

## II. RECHTSPRECHUNG

**The Supreme Court of the State New York County of New York Index No. 653810/2016 Filed: 31.10.2016**

Der Supreme Court of the State New York County of New York hat die Klage der Blue Art Limited gegen David Zwirner und seine Galerie wegen Vertragsbruch und arglistigem Verschweigen von Tatsachen abgewiesen. Gegenstand der Auseinandersetzung ist die *Skulptur „Gazing Ball (Centaur and Lapith Maiden) Edition 2/3“* von Jeff Koons.

---

Supreme Court of the State of New York New York County  
INDEX NO. 653810/2016  
Sequence Number: 002

DISMISSAL

BLUE ART LIMITED,  
Plaintiff

-against-

DAVID ZWIRNER and DAVID ZWIRNER, INC.,  
Defendants.

OSTRAGER, J:

Before the Court is the defendants' pre-answer motion to dismiss plaintiff's amended complaint pursuant to CPLR 3211 (a)(1) and (7), and for expenses pursuant to New York Arts and Cultural Affairs Law (ACAL) § 15.15(4). The plaintiff is Blue Art Limited ("Blue Art"), an art dealer. The defendants are David Zwirner, Inc., an art gallery (hereinafter the "Gallery"), and David Zwirner, owner of the Gallery.

Blue Art purchased a Jeff Koons sculpture entitled *Gazing Ball (Centaur and Lapith Maiden)* (the "Sculpture"), and identified as Edition 2 of 3, 1 AP<sup>1</sup>, pursuant to a Purchase Agreement dated June 24, 2014 (Am. Compl., 23-26) (Bishop Affirmation, Exh.D). The *Gazing Ball* Series was exhibited at the Gallery in May and June of 2013 (16). Blue Art paid \$2,000,000 for the Sculpture in a series of payments prior to June 2015 (53). The Agreement did not specify delivery date. In an email dated August 4, 2016 (approximately two weeks after the complaint was filed) a Gallery representative informed Blue Art that the Sculpture is "complete, approved, and ready for shipment" (Bishop Aff., Exh.L).

A subsequent email from the Gallery to Blue Art dated August 13, 2016 pro-

---

<sup>1</sup> "AP" stands for "Artist's Proof".

vided Blue Art with certain information with respect to the completed Sculpture, including its dimensions, year of fabrication, and how many editions the Gallery claimend had been fabricated as of that date (Am. Compl., Exh.B).

Blue Art now seeks to rescind the sale and/or recover damages. In its amended complaint, Blue Art asserts the following causes of action: (1) violation of ACAL Article 15, (2) breach of warranty, (3) breach of contract, (4) fraudulent inducement/fraudulent concealment (aigainst defendant David Zwirner, Inc.), (5) fraudulent inducement/fraudulent concealement (against defendant David Zwirner, and (6) promissory estoppel. Blue Art seeks to recover compensatory damages in the amount of \$2,000,000, treble damages in the amount of \$6,000,000 under ACAL §15.15(3)(a), and costs and disbursements associated with this action.

### Analysis

On a pre-answer motion to dismiss pursuant to CPLR 3211(a)(1) and (7), the Court must “accept the facts as alleged in the complaint as true, accord plaintiffs the benefit of every favorable inference, and determine only whether the facts as alleged fit within any cognizable legal theory. Unter CPLR 3211

(a)(1), a dismissal is warranted only if the documentary evidence submitted counclusively establishes a defense to the asserted claims as a matter of law ...“*Leon v. Martinez*, 84 NY2d 83, 87 (1994) (citations omitted). Applying that standard here, for the following reasons, the motions to dismiss by the defendants is granted in part and denied in part.

### I. Breach of Contract and Breach of Warranty

#### A. Time for Delivery

Blue Art alleges in its amended complaint that between December 2014 and June 2015, defendants made a series of oral representations that Sculpture No. 2 in the Series was being produced and would be delivered within a year of the execution of the Agreement, *i.e.* by June 2015 (35, 158-161). Blue Art further alleges it relied on these representations which post-date the execution of the June 24, 2014 Prurchase Agreement but not the payments for the Sculpture that were made prior to June 2015. The defendants do not dispute making such oral promises. Instead, they argue that the UCC §2-309(1) requires delivery within a “reasonable time“ when a contract is

silent on the delivery date. Defendants further agree that Blue Art waived its right to a one-year delivery through its acquiescence in the delay. *Ring 57 Corp. v. Litt*, 28 AD2d 548 (2d Dept 1967) (“Defendant, by her acquiescence in the series of delays and her continued willingness to give plaintiff an ‘opportunity’ to perform, waived default, if any, on plaintiff’s part”). At oral argument, defendants’ counsel stated without any evidentiary support that a 2-year wait period is not uncommon for Jeff Koons’ artwork.<sup>2</sup>

Time is never of the essence in an agreement which explicitly or impliedly provides for performance within a reasonable time. *Shipsview Corp. v. Beeche Systems Corp.*, 1996 WL 590910 (N.D.N.Y.), *citing John F. Trairnor Co. vG. Amsinck & Co.*, 236 NY 392, 395 (1923). Nor is time of the essence in an agreement where the parties have waived time as an essential element of the contract. *Shipsview Corp. supra*, *citing Taylor v Goelet*, 208 NY 253, 259 (1913). However, what constitutes a reasonable time is dependent upon “the nature, purpose and circumstances” of performance. *Id.*; *see also Zev v Merman*, 73 NY2d 781 (1988). Furthermore, contractual rights

may be waived only if they are “knowingly, voluntarily and intentionally abandoned.” *Fundamental Portfolio Advisors. Inc. v Tocqueville Asset Mgt., L.P.*, 7 NY3d 96, 104 (2006), *citing Nassau Trust Co. v Montrose Concrete Prods. Corp.*, 56 NY2d 175, 184 (1982).

It is undisputed that more than two years have passed since Blue Art purchased the Sculpture. It is also undisputed that the Sculpture has not yet been delivered to Blue Art. Liberally construing the allegations in the amended complaint and affording the plaintiff every favorable inference, as the Court must do on a pre-answer motion to dismiss for failure to state a claim, the Court finds that plaintiff’s breach of contract and breach of express warranty claims are actionable as plaintiff’s claims that it made payments pursuant to oral representations that were not honored has not been controverted. Additionally, whether a two-year wait period is “reasonable” under the circumstances, and whether the purchaser knowingly and intentionally “waived” its right to a one-year delivery are issues of fact which cannot be adjudicated in a pre-answer motion to dismiss. The breach of contract and breach of warranty claims are also bol-

<sup>2</sup> See transcript of oral argument held on October 19, 2016 at 31-32.

stered by the factual allegations discusses below concerning the alleged mislabeling of the Sculpture identified as “Edition 2 of 3, 1AP.”

### B. The Casts

Blue Art alleges that prior to and at the time of the sale, defendants expressly represented that the Sculpture would be second sculpture cast from an edition of three sculptures, plus one artist’s proof (Am.Compl., 102). Plaintiff alleges that what defendants have offered to deliver to Blue Art is the fourth cast. Blue Art alleges that the Gallery willfully mislabeled the second cast as “No.3 of 3” and allowed Sotheby’s to attempt to sell it at public auction in 2015. Blue Art also claims, albeit without any proof, that another sculpture was fabricated in 2015 and sold to a third-party. Blue Art alleges that the sculpture conveyed to Sotheby’s was the true “No. 2 of 3,” and when Sotheby’s failed to sell it at the auction, the value of the work was greatly undermined. Blue Art argues that the unsuccessful auction sale, coupled with softening in the art market and the existence of additional casts, negatively impacted the value of the Sculpture at issue.

The defendants dispute these allegations and claim that a fourth cast was never produced. Defendants assert that the Gallery’s 2013 exhibition displayed a prototype and that the Gallery has offered to deliver to Blue Art Sculpture No. 2 of 3, as per the parties’ Agreement. As for the Sotheby’s sculpture, defendants assert it was a charitable donation by Mr. Koons for the benefit of the Los Angeles Museum of Contemporary Art. In support of this claim, defendants proffered a catalogue entry from the 2015 auction stating it was for the benefit of the Museum (Bishop Aff., Exh.F).

Accepting the plaintiff’s allegations as true, as the Court must on a pre-answer motion to dismiss, the allegations of willful mislabeling of sculptures state claims upon which relief can be granted under plaintiff’s breach of contract and warranty claims. Moreover, the parties’ conflicting claims with respect to sequencing of the casts clearly pose material issues of fact which the Court will need to resolve by testimony or documentary evidence. This issue is not ripe for adjudication at the pleading stage, especially when both parties offered as exhibits various articles, website and catalogue entries, and emails that call into doubt whether

Blue Art was offered Sculpture No. 2 of 3.

### C. Dimensional Discrepancies

Blue Art alleges that defendants promised that the completed Sculpture, once fabricated, would conform to the dimensional specifications contained in the Agreement (102). Blue Art asserts that the completed Sculpture displays different dimensions. The Sculpture's dimensions are 97 1/8 by 96 1/2 by 28 1/2 inches in the Agreement and 98 1/8 by 89 1/8 by 31 1/2 inches in defendants' August 13, 2016 email. The defendants argue that the dimensional discrepancies are *de minimis* and, given that Blue Art was apprised of such discrepancies by an email four months earlier and did not previously object, Blue Art is not entitled to rescission based on such "immaterial" deviations.

As plaintiff correctly points out, a buyer of goods is entitled to a "perfect tender" under UCC § 2-601 and may reject goods if they fail to conform to the contract in any respect. Furthermore, the failure to make a perfect tender of unique and valuable artwork would not only potentially negatively impact the value of the purchases artwork but would also impact the purchaser's abil-

ity to re-sell the artwork for a profit at a future date. Therefore, this aspect of the claim survives dismissal.

### D. Rescission

Rescission of a contract is justified when a breach is so material and substantial that the very essence of the contract is affected and the object of the parties' agreement is defeated. See *Affiliated Hosp. Prod., Inc. v Merdel Game Mfg. Co.*, 513 F.2d 1183, 1186 (2d Cir. 1975); see also *Faden Bayes Corp. v Ford Motor Co.*, 259 AD2d 352 (1st Dept 1999). Further, the right to rescind and seek restitution generally exists as an alternative remedy where there has been repudiation or material breach of contract. See *Parker v. Hoppe*, 257 NY 333, 342 (1931). It is clear that Blue Art agreed to pay \$ 2 million for Sculpture No. 2 of 3 in Jeff Koons's limited edition series displayed at the Gallery in 2013. Blue Art's allegations that the real No. 2 was improperly labeled and unsuccessfully sold at a public auction, which allegedly undermined the value of the Sculpture, goes to the heart of the contract between the parties. The fact that the Sotheby's sculpture was ready to be auctioned in mid-2015 and labeled as "No. 3 of 3", a year before Blue Art's

long-awaited “No. 2 of 3” was completed and available for delivery, bolsters Blue Art’s claim for breach of contract, breach of express warranty, and its asserted right to rescind the Agreement. Therefore, this aspect of the claim survives dismissal.

## II. The ACAL Violation

Next, Blue Art alleges that the Gallery violated ACAL Article 15 by failing to provide certain written disclosures in writing in the time frame required by the statute.

ACAL §15.01(1) provides that:

An art merchant shall not sell or consign a multiple in, into or from this state unless a *written instrument* is furnished to the purchaser or consignee, *at his request, or in any event prior to a sale or consignment*, which sets forth as to each multiple the descriptive information required by this article for the appropriate time period. *If a prospective purchaser so requests, the information shall be transmitted to him prior to the payment or placing of an order for a multiple. If payment is made by a purchaser prior to delivery of such an art multiple, this information shall be*

*supplied at the time of or prior to delivery.* (Emphasis added).

ACAL §15.10(1)(a)-(g) provides in pertinent part that:

The following information shall be supplied as indicated in a written instrument as to each multiple produces, fabricated or carved, on or after January first, nineteen hundred ninety-one:

- (a) Artist. State the name of the artist.
- (b) Title. State the title of the sculpture.
- (c) Foundry. State the name, if known, of the foundry which or person who produced, fabricated or carved the sculpture.
- (d) Medium. Describe the medium or process used in producing the multiple. If an established term, in accordance with the usage of the trade, cannot be employed accurately to describe the medium or process, a brief, clear description shall be made.
- (e) Dimensions. State the dimensions of the sculpture.
- (f) Time produced. State the year the sculpture was cast, fabricated or carved.
- (g) Number cast. State the number of sculpture casts, according to the best information available, produced or fab-

ricated or carved as of the date of the sale.

Blue Art argues that the first and second sentences of ACAL §15.01(1) required the Gallery to provide the written disclosures required by ACAL § 15.10(1)(a)-(g) at the time of sale (i.e. in the 2014 Purchase Agreement), or when Blue Art specifically requested such information by email (see Cahill Aff., Exh.4). Blue Art has alleged in its amended complaint that the Gallery knowingly provided false information concerning the Sculpture by failing to correctly disclose the dimensions of the sculpture (90), whether and how the sculpture and the edition is numbered (93), the size of the sculpture series, and the size of any prior editions of the sculpture (94). Based on these allegations, Blue Art claims it is entitled to a refund, as well as treble damages under ACAL § 15.15(3)(a)(96-98).

The Gallery argues that the third sentence of ACAL § 15.01(1) controls because Blue Art paid for the Sculpture in advance. Since the Sculpture has not yet been delivered, the Gallery contends the time for making the required disclosures has not yet run out. In addition, defendants argue that the dis-

closures required by ACAL §15.10 were provided to Blue Art in the Gallery's August 13, 2016 email. Defendants argue that Blue Art's claim for treble damages under ACAL should therefore be stricken.

The parties have presented competing interpretations of ACAL § 15.01(1) as to the timing of the required statutory disclosures by art merchants under ACAL Article 15. The statute at issue was designed to protect consumers from fraud and deceptive practices in the sale of art multiples and reproductions.<sup>3</sup> If we follow the defendants' logic to conclusion, a purchaser who spends millions of dollars for a valuable artwork would potentially have to wait until the minute before the artwork is delivered to receive information concerning the artwork. In addition, information pertaining to the artist, the foundry, and so forth is not only necessary to properly value artwork sold in multiples, but could also turn out to be erroneous, or misleading, or both. At that point, an art purchaser is without recourse. As then-Attorney General Robert Abrams stated at the public hearing:

---

<sup>3</sup> *Deceptive Practices in the Sale of Art Multiples and Reproductions*, The Office of the Attorney General, Nov. 12, 1980 (Cahill aff, 2 Exh.1).

Misleading appeals have been made to the public about an object's unique qualities or its investment potential ... The extent of an artist's personal involvement in producing the work has been exaggerated in many cases. Laws currently in effect are largely inadequate to remedy these abuses and to secure the public's protection against future fraudulent practices ... The Attorney General's study bill requires written disclosure of artistic information which is pertinent in determining the value of a print and creates express warranties as to those items of information ... it is much broader in scope than past legislative proposals ... stringent enforcement power are provided (*id.*).

On a pre-answer motion to dismiss, the plaintiff's ACAL Article 15 violation is actionable, and the defendants failed to establish that dismissal of this claim is warranted as a matter of law.

### III. The Fraud Claims

As for the plaintiff's fourth and fifth causes of action for fraudulent inducement/ fraudulent concealment against Zwirner and the Gallery, the Court finds these claims duplicative of the claims that remain in the case. To

state a claim of fraudulent inducement, "there must be a knowing misrepresentation of material present fact, which is intended to deceive another party and induce that party to act on it, resulting in injury. *Wyhle Inc. v ITT Corp.*, 130 AD3d 438, 438-39 (1<sup>st</sup> Dept 2015), quoting *Go Smile, Inc. v Levine*, 81 AD3d 77, 81 (1<sup>st</sup> Dept 2010), *lv dismissed*, 17 NY3d 782 (2011).

The defendants agreed to deliver the Sculpture to Blue Art pursuant to the 2014 Purchase Agreement. The defendants' alleged post-contract oral representations did not induce Blue Art into the contract, nor create meaningful obligations that are separate and apart from the defendants' pre-existing contractual obligations. Moreover, Blue Art's claims of breach of contract, breach of warranty, and ACAL Article 15 violations potentially provide Blue Art with the right to rescind the contract, recover the \$ 2 million it paid for the Sculpture, and potentially recover treble damages under the ACAL. Therefore, the fraud claims asserted against the Gallery and Zwirner would add nothing to this action and are dismissed.



IV. Promissory Estoppel

Blue Art's sixth cause of action for promissory estoppel is dismissed. The elements of a promissory estoppel claim are: (a) a promise that is sufficiently clear and unambiguous; (b) reasonable reliance on the promise; and (c) injury caused by the reliance. *MatlinPatterson ATA Holdings LLC v Federal Express Corp.*, 87 AD3d 836, 841-42 (1<sup>st</sup> Dept 2011), *lv. denied*, 21 NY3d 853 (2013). Further, a quasi-contract claim such as promissory estoppel is not viable where the conduct underlying the claim is governed by a contract. *Schroeder v Pinterest, Inc.*, 133 AD3d 12, 33 (1<sup>st</sup> Dept 2015). As previously explained, the defendants' alleged post-contract representations are based on the defendants' promises to perform under the Agreement, and this cause of action is therefore dismissed as duplicative.

Accordingly, it is hereby

ORDERED that defendants' motion to dismiss is granted in part, and the fourth, fifth, and sixth causes of action of the amended complaint are severed and dismissed, and the motion is otherwise denied; and it is further

ORDERED that defendants are directed to serve an answer to the remaining causes of action in the amended complaint within 20 days after service of a copy of this order with notice of entry; and it is further

ORDERED that counsel are directed to appear for preliminary conference in Room 341, 60 Centre Street, on November 29, 2016 at 9:30 a.m.

Dated: October 26, 2016

Barry R. Ostrager J.S.C.

---

**The Supreme Court of the State New York County of New York Index No. 655489/2016 filed: New York County Clerk 17.10.2016**

London's Mayor Gallery verklagt das Authentifizierungsgremium des Werkverzeichnisses von Agnes Martin. Die Galerie verkaufte 13 Werke, die vermeintlich von Agnes Martin stammen, aber nicht in das Verzeichnis aufgenommen wurden. Die Galerie beziffert den ihr dadurch entstandenden Schaden auf \$7.2 Millionen Dollar.

---

The Mayor Gallery LTD.

*Plaintiff*

-against-

The Agnes Martin catalogue Raisonne LLC, Arnold Glimcher, Tiffany Bell, Membres of the Authentication committee oth the agnes martin catalogue raisonné, i.e., John Doe or Jane Doe ## 1-6,

*Defendants*

## **Complaint**

The Mayor Gallery Ltd. of London, England, brings this action alleging that defendants have unlawfully declared

that thirteen authentic Agnes Martin artworks are fakes, resulting in a loss to the Mayor Gallery LTD. Of more than \$ 7 million.

## **Preliminary Statement & Background Facts**

1. Agnes Martin was an abstract expressionist and minimalist artist. She was born in Canada, moved to the United States in the 1930's and became an American citizen in 1950. She resided, was educated and worked in both New York City and in New Mexico. She was reclusive and eccentric and was hospitalized several times for schizophrenia. She died in 2004 at the age of 92 in Taos, New Mexico. Her paintings and works on paper regularly sell at auction and worldwide for hundreds of thousands to millions of dollars.

2. A "catalogue raisonné" is a compilation of the artworks created by a specific artist. It may include all the artworks of the artist or only the artworks in a particular medium (e.g., all "works on paper"). Generally, each entry in the catalogue raisonné identifies the work by name, medium, dimensions and date of creation; many if not all entries include a photograph of the artwork. A

catalogue raisonné may take many years, sometimes a lifetime to create and is often and necessarily a “work in progress.” It may be published digitally/on-line, and therefore can be frequently and inexpensively updated.

3. For example, arguably the most famous catalogue raisonné is of Pablo Picasso’s oeuvre compiled by Christian Zervos with input from the artist himself. It is a 33 volume work compiled over four decades, listing thousands of paintings and drawings with each volume published and distributed as it was completed; the final volume was released in 1978. It is used, by art galleries, dealers and auction houses, *inter alia*, to establish authenticity of artworks purportedly created by Pablo Picasso.

4. A catalogue raisonné may be a compiled and published by a self-appointed expert, e.g., an art historian who has devoted years to the study of the artist’s works; or it may be compiled by art experts selected to create the catalogue raisonné by the state or family of a deceased artist. An “authentication committee” – consisting of reputed experts on the particular artist – is often formed and serves as the compiler of and adjunct to, the cata-

logue raisonné. Persons owning artworks by the subject artist are often solicited by the catalogue raisonné to submit their artworks for vetting and for possible inclusion in the catalogue raisonné.

5. Andy Warhol Art & Authentication Board, Inc. (The “Warhol Board”) and The Calder Foundation (“Calder Board”) are well known in the art world. The policies and practices of these two Boards provide useful points of comparison for the Agnes Martin Catalogue Raisonné:

(a) The Warhol Board required while it was in operation<sup>1</sup>, and the Calder Board has always and still requires, the completion and submission of its forms by collectors who seek authentication of their Warhol or Calder artworks;

(b) The Warhol Board responded to owners who submitted works for authentication with any one of three answers: the work is by Andy Warhol, the work is not by Andy Warhol, or that the Warhol Board was “not able at this time to form an opinion as to whether said work is, or is not, the work of Andy

---

<sup>1</sup> The Warhol authentication board vetted artworks for more than fifteen years, from approximately 1996 until early 2012 at which time it discontinued its operations.

Warhol.” In addition, the Warhol Board, when pressed, provided explanations for its adverse determinations;

(c) The Calder Board issues an “application number” for a submitted artwork that it believes is authentic. If it decides against issuing an “application number” for an artwork, it will so inform the owner by telephone; it will thereafter issue a letter that it is refusing to assign an inventory number but only upon the request of the owner. It too, when pressed, will provide an explanation for a decision to reject an artwork;

(d) Art dealers, galleries and auction houses will not accept an artwork for sale that is purported to be created by Calder or Warhol unless the artwork has been vetted and approved by the Calder or Warhol Board. Moreover, auction house sales catalogues routinely state in the entry for a Calder or Warhol that the artwork has been authenticated by the Warhol Board or given an application number by the Calder Board. For example, the entry for any Calder artwork in any auction catalogue will prominently state that “his work is registered in the archives of the Calder Foundation, New York, under the application number \_\_\_\_.” The Calder Board and the Warhol

Board are the final arbiters in the worldwide fine art market of whether a Calder or Warhol artwork is authentic or fake. An artwork rejected by either Board is worthless.

### **The Parties, Jurisdiction and Venue**

6. Plaintiff, The Mayor Gallery LTD, is a company organized under the laws of the United Kingdom with offices at 21 Cork Street, First Floor, London W1 S3 LZ. It has been in continuous operation since 1933 and it is recognized among collectors, auction houses, art dealers and galleries, as adhering to the highest ethical standards governing the purchase and sale of fine art.

7. Defendant The Agnes Martin Catalogue Raisonné LLC (hereinafter “The AM Catalogue Raisonnée LLC”) is a domestic limited liability company organized under the New York Limited Liability Company Act. It was formed in November 2012, *i.e.*, eight years after Agnes Martin’s death, to govern the creation of The Agnes Martin Catalogue Raisonné. Its offices are maintained by defendant Arnold Glimcher at his Gallery, The Pace Gallery, 32 East 57<sup>th</sup> Street, New York, New York.

8. Defendant Arnold Glimcher (“Glimcher”) maintains a residence in New York, New York. Upon information and belief, he formed and is the managing member of the defendant AM Catalogue Raisonné LLC. He represents himself to the art world as having been a close friend of and a leading expert on Agnes Martin and her artworks; he has also written and published a book about her and her artworks. Upon information and belief, he participates in and is jointly responsible for the policies, practices, procedures and actions challenged in this Complaint.

9. Defendant Glimcher is also the primary if not the executive owner and the CEO of the Pace Gallery which has its principal office and exhibition space at 32 E 57<sup>th</sup> Street, New York, New York 10022, a second New York City office and exhibition space at 510 West 25<sup>th</sup> Street and additional offices and exhibitions spaces in other parts of the world. The Pace Gallery represents itself to the art world as a leading national and international art dealer and gallery.

10. The Pace Gallery represents the Estate of Agnes Martin; it is also the authorized agent for service of process on the defendant AM Catalogue Rai-

sonné LLC. Glimcher and the Pace Gallery claim that they have represented Agnes Martin – at times serving as her exclusive agent – from 1975 to the present.

11. Auction house sales catalogues regularly include the Pace Gallery and/or Arnold Glimcher in the provenance (*i.e.*, the history of ownership) of Agnes Martin artworks. *See, eg.*, “Exhibit A” hereto, the entry from Christie’s – London Auction Catalogue for October 4, 2016 Lot # 7, Praise, acrylic and pencil on canvas, by Agnes Martin, which sold that day, with buyer’s premium, for £2,853,000 or approximately \$ 3,529,000.

12. Defendant Glimcher has also established under IRS Section 501 (c) 3 the non-profit tax-exempt Agnes Martin Foundation, with offices at Pace Gallery, 32 E. 57<sup>th</sup> Street, 4<sup>th</sup> Floor, New York New York 10022, for as yet unspecified and unfunded charitable and educational purposes. He has installed himself and his son, Marc Glimcher, as the Foundation’s only officers and directors.

13. Defendant Tiffany Bell is a resident of New York and the editor of the Agnes Martin Catalogue Raisonné which

is being produced and published digitally and on-line by Artifex Press. Defendant Bell and Artifex Press have offices at 109 West 27<sup>th</sup> Street New York, New York. Defendant Bell is also a member of the committee of art professionals (hereinafter the “Authentication Committee”) responsible for vetting artworks – including the thirteen artworks enumerated in 22-51 below – considered for inclusion in or for exclusion from the Agnes Martin Catalogue Raisonné (14, below). The mission of the Agnes Martin Catalogue Raisonné is to compile the most authoritative and comprehensive list of paintings and works on paper created by Agnes Martin.

14. Defendants John Doe or Jane Doe ##1-6 are the purported “art professionals” who serve on the Authentication Committee referred to in 8, above. Defendants Glimcher and Bell know, but as a matter of policy keep secret, the identity of these individuals (see *also*, 29, below). On information and belief these unnamed defendants live in New York and/or do business in New York in connection with their work on the Authentication Committee. They will be individually named in an amended complaint as soon as their identities are obtained.

15. The court has personal jurisdiction over defendants pursuant to CPLR §§ 301-302. Plaintiff has selected venue in New York County, as authorized by CPLR § 503 (a), because the acts and omissions giving rise to this action occurred primarily in New York County.

### **The Facts – I**

#### **Effect of Rejection of Artworks By the Agnes Martin Catalogue Raisonné.**

16. Pace Gallery, which is owned and managed by defendant Glimcher, is the designated agent, the representative of the Estate of Agnes Martin, to the art world. And Glimcher has installed himself and the Agnes Martin Catalogue Raisonné and the Authentication Committee as the final arbiters of whether an artwork will be accepted for auction or for private sale anywhere in the world. Defendants decision can render worthless an artwork purchased for millions of dollars.

17. Thus, Christie’s and Sotheby’s are the two dominate auction houses in the United States and the world. They both recognize the Agnes Martin Catalogue Raisonné as the definitive compilation of authentic artworks of Agnes Martin.

Both will not accept for auction or sale any painting or work on paper purported to be Agnes Martin unless it has been or will be included in the Agnes Martin Catalogue Raisonné. A refusal by defendants to include an artwork in the Agnes Martin Catalogue Raisonné is therefore recognized in the worldwide marketplace as a conclusive statement that the artwork is a fake. An Agnes Martin artwork rejected by defendants is worthless and the defendants have fostered and created this status for themselves.

18. Entries for artworks by Agnes Martin included in auction sales catalogues routinely include the following vital representation: “This work will be included in the forthcoming catalogue raisonné to be published digitally by Artifex Press” (e.g., see, “Exhibit A” hereto).

## **Facts – II**

### **Standard Procedures For the Submission of Artworks to the AM Catalogue Raisonné**

19. For the reasons explained above, collectors have no choice but to submit their Agnes Martin artworks to defendants for vetting subject to non-negotiable terms dictated by defendants. Collectors are required to com-

plete and submit a form “Examination Agreement,” now available on the Artifex Press website (see, e.g., as an exemplar, “Exhibit B” hereto).<sup>2</sup>

20. Following the submission of the Examination Agreement, defendant Bell and the other members of the Authentication Committee are required to carefully examine and investigate the artwork. The defendants then take only one of two actions: they either accept or reject the artwork for inclusion in the Agnes Martin Catalogue Raisonné. And they inform the collector of their decision through a cursory form letter, without any explanation of any kind (see, e.g., “Exhibit C” hereto).

21. As established below, defendants refuse to answer – indeed, they simply ignore – reasonable inquiries from the owner of rejected artworks who, having just experienced the loss of large sums of money because of defendants’ decision, seek an opportunity for rebuttal and detailed information explaining the rejection.

---

<sup>2</sup> Exhibit “B” hereto includes the handwritten form “Examination Agreement” prepared by James Mayor in person and hand-delivered to defendant Bell in connection with *Day & Night* one of the artworks rejected by defendants and at issue in this auction. See 29, below.

### **Facts – III**

#### **Levy Submits *Day & Night* to the AM Catalogue Raisonné and It Is Rejected.**

22. In September 2010, Jack Levy purchased from The Mayor Gallery *Day & Night*, acrylic on canvas, 72" x72", signed, on the front, lower left in pencil, "To Delphine, Agnes Martin, 1961-64." The Mayor Gallery represented and warranted to Levy that this artwork was created by Agnes Martin.

23. Levy's agent paid The Mayor Gallery \$2,9 million for *Day & Night*.

24. On information and belief, on or about May 1, 2014, Levy delivered *Day & Night* to the defendants accompanied by a completed and signed Examination Agreement addressed to defendant Tiffany Bell (see "Exhibit D" hereto).

25. On information and belief, a "Notification Letter" dated September 25, 2014, was sent by the defendants to Levy informing him that the artwork would not be included in the Agnes Martin Catalogue Raisonné (see final page of "Exhibit D" hereto).

26. As explained above, defendants' refusal to approve *Day & Night* for inclusion in the Agnes Martin Catalogue Raisonné, had as its purpose and was in substance and effect a declaration by defendants to Levy and to the marketplace that the artwork is a fake, rendering it worthless.

27. Levy thereupon returned *Day & Night* to The Mayor Gallery and demanded rescission of the sale and a refund of the purchase price. The Mayor Gallery, honoring its warranty of authenticity, thereupon accepted the return of the artwork and refunded to Levy the \$2,9 million purchase price plus \$288,438 in sales tax.

### **Facts – IV**

#### **They Mayor Gallery Resubmits *Day & Night* to the AM Catalogue Raisonné and it is Again Rejected**

28. The Mayor Gallery believed that the rejection of *Day & Night* may have been caused by a number of important errors in the Examination Agreement submitted by Levy. Therefore, on May 14, 2015, the Mayor Gallery – now again the owner of *Day & Night* - submitted to defendants its own Examination Agreement which corrected certain errors in the provenance (*i.e.*, the list of



previous owners). It also provided: a) additional documentary proof of the exhibition history of the artwork; and b) photographs of *Day & Night* with Agnes Martin and other previous owners of that artwork in the foreground; and c) the results of radiocarbon testing of the canvas, all of which documented and established the authenticity of *Day & Night* (see, “Exhibit B” hereto).

29. James Mayor, the principal of The Mayor Gallery, prepared, completed and presented the substantially revised Examination Agreement in person to defendant Bell at her office in New York, and he provided personal commentary on the artwork and the documents he was submitting. During that meeting he also asked defendant Bell for the names of the members of the Agnes Martin Authentication Committee; she refused to answer claiming that their names were “confidential.”

30. James Mayor also had several discussions with defendant Bell prior to May 2015 during which he questioned defendant Glimcher’s bona fides and whether the art world should refuse to cooperate and support The Agnes Martin Catalogue Raisonné. He was concerned that Glimcher’s obvious conflicts of interest (see 9-12, above)

and the longstanding frictions and disagreements that existed between him and Glimcher, prevented an objective and fair vetting of submitted artworks, including of *Day & Night*.

31. Plaintiff was told that it was unnecessary for it to resubmit the artwork itself and the defendants therefore never examined it in the context of The Mayor Gallery’s re-submission.

32. A “Notification Letter” dated October 21, 2015, on the letterhead of the “Agnes Martin Catalogue Raisonné LLC” was sent to The Mayor Gallery but under a cover letter dated October 22, 2015 signed by Aaron Richard Golub, Esquire, as counsel to “Artifex Press and the Agnes Martin Catalogue Raisonné Committee.” The “Notification Letter” informed “James Mayor, The Mayor Gallery” that *Day & Night* would not be included in the Agnes Martin Catalogue Raisonné (see, final two pages of “Exhibit B,” hereto).

33. As explained above, defendants refusal to approve *Day & Night* for inclusion in the Agnes Martin Catalogue Raisonné, had as its purpose and was in substance and effect a declaration by defendants to The Mayor Gallery

and the marketplace that the artwork is a fake, rendering it worthless.

### **Facts – V**

#### **Kolodny Submits *Untitled, Ink & Yellow Wash*, to the AM Catalogue Raisonné and It Is Rejected**

34. In 2009, Patricia and Frank Kolodny (“Kolodny”) purchased from the Mayor Gallery, *Untitled*, an ink and yellow wash on paper, signed and dated by Agnes Martin, “A. Martin ‘59”, (hereinafter “*Untitled*”) which The Mayor Gallery represented and warranted was an authentic artwork created by Agnes Martin.

35. Kolodny paid The Mayor Gallery \$ 240,000 for *Untitled*.

36. On information and belief: a) soon thereafter Kolodny gifted *Untitled* to Johanna Kolodny; and b) on August 15, 2015, Johanna Kolodny’s delivered “*Untitled*” to the AM Catalogue Raisonné along with a completed and signed Examination Agreement (see, “Exhibit E” hereto). James Mayor telephoned defendant Bell to offer answers to whatever questions she might have about this artwork and he left a message asking her to return his call; but defendant Bell never did.

37. On information and belief, a “Notification Letter” dated November 24, 2015, was sent by the defendant AM Catalogue Raisonné to Johanna Kolodny informing her that *Untitled* would not be included in the Agnes Martin Catalogue Raisonné (see, final page of “Exhibit E” hereto).

38. As explained above, defendants refusal to approve *Untitled*, for inclusion in the Agnes Martin Catalogue Raisonné, had as its purpose and was in substance and effect a declaration by defendants to Kolodny and the marketplace that the artwork is a fake, rendering it worthless.

39. Kolodny thereupon considered demanding that Mayor Gallery rescind the sale and refund the purchase price. However, he then decided to retain ownership and possession of *Untitled*, but only until and if The Mayor Gallery established that it was authentic and marketable.

### **Facts – VI**

#### **Shainwald Submits *The Invisible* to the AM Catalogue Raisonné and It Is Rejected**

40. In December 2012, Sybil Shainwald purchased from The Mayor Gal-

lery, *The Invisible*, 1957, graphite on paper, signed and titled by Agnes Martin, which The Mayor Gallery represented and warranted was an authentic artwork by Agnes Martin.

41. Shainwald paid The Mayor Gallery \$ 180,000 for *The Invisible*.

42. On information and belief, on August 15, 2015, Shainwald delivered "*The Invisible*" to the AM Catalogue Raisonné LLC along with a completed and signed Examination Agreement " (see, "Exhibit F" hereto).

43. On information and belief, a "Notification Letter" dated November 24, 2015, was sent by the defendant AM Catalogue Raisonné LLC to Shainwald informing her that *The Invisible* would not be included in the Agnes Martin Catalogue Raisonné, (see, final page of "Exhibit F" hereto).

44. As explained above, defendants refusal to approve *The Invisible* for inclusion in the Agnes Martin Catalogue Raisonné, had as its purpose and was in substance and effect a declaration by defendants to Shainwald and the marketplace that the artwork is a fake, rendering it worthless.

45. Shainwald thereupon demanded that plaintiff Mayor Gallery rescind the sale and refund the purchase price. The Mayor Gallery thereupon honored its warranty of authenticity and refunded the \$180,000 purchase price to Shainwald.

## **Facts – VII**

### **Labouchère Submits Ten Artworks to the AM Catalogue Raisonné and They Are All Rejected**

46. In March and October 2013, Pierre de Labouchère purchased from The Mayor Gallery ten artworks, all acrylic on canvas, signed by the artist on the back, which plaintiff Mayor Gallery represented and warranted were created by Agnes Martin as follows: (a) Ancient Melody; (b) Dawn #3; (c) Untitled (Solitude); (d) Untitled (74\_14 GYB), (e) The Mountain; (f) Untitled (81 BY); (g) Untitled (12BY); (h) Elation; (l) Discipline; and (j) Infinite Space.

47. Labouchère paid a total of € 3,250,000 (currently converting to \$3,625,000) for the ten artworks.

48. On information and belief, on or about October 13, 2014 Labouchère delivered the ten artworks to the AM Catalogue Raisonné; each was ac-

accompanied by a completed and signed Examination Agreement (see, e.g., one of the identical ten forms, “Exhibit G” hereto).

49. On information and belief, a “Notification Letter” dated November 24, 2015, was sent by the defendant AM Catalogue Raisonné to Labouchère for each of the ten artworks informing him that the artwork would not be included in the Agnes Martin Catalogue Raisonné (see, e.g., one of the ten “notification letters,” final page of “Exhibit G” hereto).

50. As explained above, defendants’ refusal to approve the ten artworks for inclusion in the Agnes Martin Catalogue Raisonné had as its purpose and was in substance and effect a declaration by defendants to Labouchère and the marketplace that the artwork is a fake, rendering it worthless.

51. Labouchère thereupon considered demanding that The Mayor Gallery rescind the sales and refund the purchase price. However, he then decided to retain ownership and possession of the ten artworks, but only until and if The Mayor Gallery established that the artworks were authentic and marketable.

## **Facts – VIII**

### **Defendants Are Asked to Explain and Defend Their Decisions To Reject All thirteen of the Above Enumerated Artworks But They Refuse to Do So.**

52. As alleged in paragraph 31, above, The Mayor Gallery received a “Notification Letter” dated October 21, 2015, but under a cover letter dated October 22, 2015 from Aaron Richard Golub, Esq., counsel to the “Agnes Martin Catalogue Raisonné Committee” (see, final pages of Exhibit B” hereto).

53. By email-pdf and first class mail dated January 6, 2016, addressed to Aaron Richard Golub, undersigned counsel for The Mayor Gallery asked specific and reasonable questions, the answers to which would enable The Mayor Gallery to fully understand and fully answer the specific reasons the defendants rejected *Day & Night* (see, “Exhibit H” hereto, pp. 1-3).

54. The letter (“Exhibit H” hereto at p.3) stated, *inter alia*:

We believe that if Mr. Mayor and perhaps others with relevant information, are given an opportunity to fully examine and respond to the above request-

ed documents and facts, your client may reconsider its October 21, 2015 letter and decide instead to include ... (*Day & Night*) in the Agnes Martin Catalogue Raisonné.

55. By emails dated January 25, 2016 and February 25, 2016, undersigned counsel asked for the status of the request for information as set forth in the January 6, 2016 letter (see, "Exhibit H" hereto, pp. 4 & 8).

56. The January 6, January 25 and February 25, 2016 requests were and continue to be ignored by Mr. Golub and defendants.

57. As alleged in paragraph 37, above, Kolodny received a "Notification Letter" dated November 24, 2015, from the defendant AM Catalogue Raisonné LLC rejecting Agnes Martin's *Untitled*.

58. The undersigned counsel to the Mayor Gallery – by email-pdf and first class mail dated March 2, 2016, addressed to defendant Tiffany Bell and Aaron Richard Golub, Esq., asked specific and reasonable questions, the answers to which would enable it to fully understand and fully answer the specific reasons defendants rejected Agnes Martin's *Untitled*. The letter

stated that if necessary, defendants' answers could be provided to Ms. Kolodny (see, "Exhibit H" hereto, pp. 11-12).

59. This March 2, 2016 request was and continues to be ignored by Mr. Golub and defendants.

60. As alleged in paragraph 43, above Shainwald received a "Notification Letter" dated November 24, 2015, from the defendant AM Catalogue Raisonné LLC rejecting Agnes Martin's *The Invisible*.

61. By email-pdf and first class mail dated March 2, 2016, addressed to defendant Tiffany Bell and Aaron Richard Golub, Esq., undersigned counsel for The Mayor Gallery asked specific and reasonable questions, the answers to which would enable the Gallery to fully understand and fully answer the specific reasons defendants rejected Agnes Martin's *The Invisible* 1957 (see, "Exhibit H" hereto, pp.13-14). The letter stated that if necessary, defendants' answers could be provided to Ms. Shainwald. *Id.*

62. This March 2, 2016 request was and continues to be ignored by Mr. Golub and defendants.

\*\*\*\*\*

63. As alleged in paragraph 49, above Labouchère received ten separate “Notification Letter(s)” dated November 24, 2015, from the defendant AM Catalogue Raisonné rejecting the ten Agnes Martin artworks.

64. By email-pdf first class mail dated February 23, 2016, addressed to defendant Tiffany Bell and Aaron Richard Golub, Esq., undersigned counsel for The Mayor Gallery asked specific and reasonable questions, the answers to which would enable it to fully understand and fully answer the specific reasons defendants rejected the ten artworks by Agnes Martin submitted by Labouchère. (see “Exhibit H” hereto, pp. 15-16). The letter stated that if necessary, defendants’ answers could be provided to Labouchère. *Id.*

65. On February 24, 2016, Aaron Richard Golub, Esq. responded by letter and email (see, “Exhibit H” hereto, p.7). He ignored entirely the requests for documents and information sought in undersigned counsel’s February 23,

2016 letter. Instead Mr. Golub warned “be guided in all respects by the agreement your client signed.” (This despite the fact that neither James Mayor nor The Mayor Gallery signed any agreement in connection with the Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère submissions.) In addition, Mr. Golub in his February 24, 2016 letter reserved “any rights of Artifex and the Agnes Martin Catalogue Raisonné Committee.” *Id.*

#### **First Cause of Action – Product Disparagement For All Thirteen Artworks**

66. Plaintiff repeats and re-alleges the allegations contained in paragraphs 1 to 65, above, as if fully set forth herein.

67. The thirteen artworks referred to herein and purchased by The Mayor Gallery, Kolodny, Shainwald and Labouchère (22-51 above) are authentic, *i.e.*, they were created and signed by the artist, Agnes Martin.

68. The statements made in defendants’ Notification Letters sent to The Mayor Gallery, Kolodny, Shainwald and Labouchère rejecting the thirteen artworks, were in substance and effect statements by defendants to The

Mayor Gallery, Kolodny, Shainwald, and Labouchère, and the art world generally, that the artworks submitted for vetting were fakes.

69. As explained above, these statements were made without a careful examination of the facts relating to authenticity and without providing - indeed refusing to provide - information and documents explaining and supporting the decision. Nor did defendants give The Mayor Gallery, Kolodny, Shainwald and Labouchère an opportunity to review and rebut any documents or information relied upon by defendants in connection with their decisions. In substance, defendants conducted their vetting peremptorily and dictatorially much like a Star Chamber - without disclosing their identities or their policies, practices and procedures and without disclosing their identities or their policies, practices and procedures and without disclosing the evidence supporting or justifying their decision and without affording The Mayor Gallery, Kolodny, Shainwald and Labouchère an opportunity to review, respond or dispute their conclusions.

70. The statements in the Notification Letters were therefore made with “mal-

ice,” *i.e.*, with a reckless disregard for whether the statements were true or false.

71. Solely because of the Notification Letters, Kolodny, Shainwald and Labouchère sought rescission of their contracts under which they agreed to purchase the artworks from The Mayor Gallery.

72. The Mayor Gallery, solely because of the Notification Letter, cannot again offer *Day and Night* for sale.

73. The Mayor Gallery entered into an Examination Agreement but only for *Day & Night*, under which it agreed not to sue defendants for any claims arising from its submission of *Day & Night* (see, “Exhibit B” hereto, 10 and final sentence of 3.). Either that entire Examination Agreement or the specific provision therein barring any lawsuit by The Mayor Gallery, are void as against public policy, unconscionable or otherwise unenforceable.

74. Plaintiff was damaged by defendants’ product disparagement in the amount of \$7,233,438 - the total amount paid by and that has already been or must be refunded to Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère.

75. Defendants have thereby committed the tort of product disparagement against The Mayor Gallery.

**Second Cause of Action for Tortious Interference With Contract – For All Thirteen Artworks**

76. Plaintiff repeats and realleges the allegations contained in paragraph 1 to 75, above, as if fully set forth herein.

77. The Mayor Gallery had a contract with each of Levy, Kolodny, Shainman and Labouchère under which the Gallery sold and each of them purchased artworks by Agnes Martin.

78. All of the artworks submitted to defendants for vetting were authentic.

79. Defendants by improperly finding that the artworks were not authentic, induced or caused Levy, Kolodny, Shainman and Labouchère to rescind their purchases and demand refunds of the purchase price from the Mayor Gallery.

80. Plaintiff was damaged by defendants' interference with these contracts in the amount of \$7,233,438 – the total amount paid by and that has already

been or must be refunded to Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère.

81. Defendants thereby tortiously interfered with the contracts of sale between The Mayor Gallery and Levy, Kolodny, Shainmann and Labouchère.

**Third Cause of Action for Tortious Interference With Perspective Business Relations – For All Thirteen Artworks**

82. Plaintiff repeats and re-alleges the allegations contained in paragraphs 1-81, above, as if fully set forth herein.

83. The Mayor Gallery had a profitable business relationship with Levy, Kolodny, Shainman and Labouchère under which The Mayor Gallery sold them artworks.

84. Defendants interfered with those relationships by wrongfully taking action against Levy, Kolodny, Shainman and Labouchère, *i.e.*, by finding and advising them that artworks they had purchased from Mayor were fakes and in effect forcing them to rescind their purchases of artworks from Mayor.

85. Defendants used unfair or improper means to interfere with the relation-



ships. Specifically, defendants rejections of the artworks purchased by Levy; Kolodny, Shainman and Labouchère were made without a careful examination of the facts relating to authenticity and without providing - indeed refusing to provide - information and documents explaining and supporting the decision. Nor did defendants give Mayor, Kolodny, Shainwald and Labouchère an opportunity to review and rebut any documents or information relied upon by defendants in connection with their decisions.

86. Defendants had no competing interest supporting their actions against Levy, Kolodny, Shainman and Labouchère. In fact, their announced mission of identifying all authentic and fake works by Agnes Martin is enhanced by a careful and thorough vetting of all artworks purportedly created by Agnes Martin.

87. Plaintiff was damaged by defendants' interference with plaintiff's business relationships with Levy, Kolodny, Shainman and Labouchère in the amount of \$7,233,438 - the total amount paid by and that has already been or must be refunded to Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère.

88. Defendants thereby tortiously interfered with the prospective business relations between The Mayor Gallery on the one hand, and Levy, Kolodny, Shainman and Labouchère on the other hand.

**Forth Cause of Action For Negligent Misrepresentation - For All Thirteen of the Artworks**

89. Plaintiff repeats and re-alleges the allegations contained in paragraphs 1 to 88, above, as if fully set forth herein.

90. All of the thirteen artworks submitted to defendants for vetting were authentic.

91. Defendants failed to properly investigate the authenticity of the artworks and negligently misrepresented to Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère that the thirteen artworks were fakes which in effect forced them to rescind their purchases and demand a refund of the purchase price.

92. Defendant Tiffany Bell met with James Mayor, principal of the Mayor Gallery, on several occasions prior to the submissions of the artworks and she and the other defendants knew from those meetings as well from the

submitted Examination Agreements, that The Mayor Gallery would be adversely affected by any determination that the artworks submitted by Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère were fakes. Defendant also knew that any adverse determination would have the purpose and effect of foreclosing any sale of the artworks by The Mayor Gallery.

93. Defendants also knew what if they declared that the artworks submitted by The Mayor Gallery, Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère were fakes, The Mayor Gallery would have no choice but to rely on defendants' determinations and would be impelled to rescind the sales and refund the purchase price.

94. Plaintiff was damaged by defendants' negligent misrepresentations in the amount of \$7,233,438 – the total amount that has already been or must be refunded to Levy, Kolodny, Shainwald and Labouchère.

95. For the foregoing reasons, defendants committed the tort of negligent misrepresentation against The Mayor Gallery.

**ALTERNATIVE CAUSE OF ACTION**  
**Fifth Cause of Action – Breach of Contract, i.e., For Breach of Implied Duty of Good Faith & Fair Dealing**  
**For the artwork *Day & Night***

96. Plaintiff repeats and re-alleges the allegations contained in paragraph 1 to 95, above, as if fully set forth herein.

96. Defendant Tiffany Bell, as editor of the Agnes Martin Catalogue Raisonné and the Authentication Committee and defendant Arnold Glimcher, as the managing member of the AM Catalogue Raisonnée LLC and as the owner and CEO of the Pace Gallery which represents The Agnes Martin Estate, have a unique status. They are recognized in the art world as the final arbiters of whether an artwork purported to be by Agnes Martin is in fact authentic.

97. For this reason Sotheby's, Christie's and other auction houses, art galleries, and dealers will not accept for sale any purported Agnes Martin artwork if defendants do not vet and approve the artwork as authentic.

98. Plaintiff and defendant, AM Catalogue Raisonnée LLC, entered into an Examination Agreement dated May 14,

2015, under which plaintiff submitted *Day & Night* to the said defendant for vetting to determine whether that artwork would be included or excluded from the Agnes Martin Catalogue Raisonné (see, “Exhibit B,” hereto). The Agreement provided that the substantive law of New York would be controlling (Id. 11).

99. Implied in The Examination Agreement is a duty imposed on defendants to vet *Day & Night* in “good faith.” In this case, this includes a duty to:

a) to conduct a physical examination of the artwork, gather, review and consider all of the facts and evidence supporting acceptance of the artwork as authentic alongside any facts that support rejection of the works as a fake. In fact, 2 of the Examination Agreement explicitly represents, e.g., that the taking of paint samples from and the conducting of other tests on the artwork may be necessary to determine authenticity and it explicitly requires that the cost of all such tests and investigations be paid by the owner of the artwork.

b) fully and in good faith answer the requests of The Mayor Gallery, for:

(i) the name of the person who signed the October 21, 2015 Notification (of rejection) Letter (the signature is illegible and no individual is named as the author of the letter) and that person’s role in the authentication process.

(ii) The names of the members of the Catalogue Raisonné LLC and the Authentication Committee; a copy of the curriculum vitae of each such member.

(iii) The steps and procedures followed by the Catalogue Raisonné and the Authentication Committee that concluded in the rejection.

(iv) The detailed reasons the Catalogue Raisonné and the Authentication Committee rejected “*Day & Night*.” A copy of any and all documents that were relied upon in connection with the rejection.

vi) A copy of the Operating Agreement, if any, for the Agnes Martin Catalogue Raisonné LLC.

(c) afford The Mayor Gallery an opportunity to rebut the above information before defendants issued a Notification Letter rejecting the artwork.

See “Exhibit H”, hereto, pp. 2-3.

(d) Finally, Jack Levy, in his Examination Agreement for Day & Night submitted a year before The Mayor Gallery's submission made a number of significant errors which were later corrected by The Mayor Gallery's substantially revised Examination Agreement (see, 28, above). The Mayor Gallery's submission also contained additional supporting documentation, photographic evidence and the results of scientific testing of the artwork's canvas. *Id.* Defendants had a duty to answer The Mayor Gallery's request that defendants provide the reasons they had found such new evidence unpersuasive (see, "Exhibit B" hereto).

100. The Mayor Gallery requested that defendants provide all of the above information and further that they allow The Mayor Gallery to rebut any such information (see, "Exhibit H," hereto).

101. Defendants refuses to provide any of the above information or allow for rebuttal by The Mayor Gallery (see, "Exhibit H." hereto).

102. Defendants failure to provide the above information and to allow for rebuttal by The Mayor Gallery was a breach of defendants' implied duty un-

der the Examination Agreement of good faith and fair dealing.

WHEREFORE, Plaintiff The Mayor Gallery, prays for judgment:

A. On its First, Second, Third and Fourth Causes of Action money damages against defendatns in the total amount of \$7,233,438 with pre and post-judgment interest thereon as permitted by law.

B. In the altenrative, on its Fifth Cause of Action, an injunction enjoining defendants to provide the information and take the steps requested by plaintiff as set forth in 99-101 of the Complaint.

C. Such additional or alternative relief as the Court deems just and equitable.

October 17,2016

---

**Bundesverfassungsgericht 1 BvR  
1585/13 vom 31. Mai 2016**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, inwieweit sich Musikschaffende bei der Übernahme von Ausschnitten aus fremden Tonträgern im Wege des sogenannten Sampling gegenüber leistungsschutzrechtlichen Ansprüchen der Tonträgerhersteller auf die Kunstfreiheit berufen können. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Verwertungsinteressen der Tonträgerhersteller in der Abwägung mit den Nutzungsinteressen für eine künstlerische Betätigung zurücktreten.

---

Wagner  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



**IM NAMEN DES VOLKES**  
**In dem Verfahren**  
**über**  
**die Verfassungsbeschwerde**

1. der P... GmbH,
2. des Herrn P...,

3. des Herrn H...,
4. der Frau S...,
5. des Herrn G...,
6. des Herrn O...,
7. des Herrn H...,
8. des Herrn S...,
9. des Herrn F...,
10. der Frau W...,
11. des Herrn K...,
12. der Frau T...,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte  
Schalast & Partner, Mendelssohnstraße  
75 - 77, 60325 Frankfurt -

gegen

- a) das Urteil des Bundesgerichts-  
hofs vom 13. Dezember 2012 - I  
ZR182/11 -,
- b) das Urteil des Hanseatischen  
Oberlandesgerichts vom 17. Au-  
gust 2011 - 5 U 48/05 -,
- c) das Urteil des Bundesgerichts-  
hofs vom 20. November 2008 - I  
ZR 112/06 -,
- d) das Urteil des Hanseatischen  
Oberlandesgerichts vom 7. Juni  
2006 - 5 U 48/05 -,

e) das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 8. Oktober 2004 - 308 O 90/99 –

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

Vizepräsident Kirchhof,

Gaier,

Eichberger,

Schluckebier,

Masing,

Paulus,

Baer,

Britz

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2015 durch

### Urteil

für Recht erkannt:

**1. Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 4) bis 12) wird verworfen.**

**2. Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 - und vom 20. November 2008 - I ZR 112/06 -, die Urteile des**

**Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 17. August 2011 - 5 U 48/05 - und vom 7. Juni 2006 - 5 U 48/05 - sowie das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 8. Oktober 2004 - 308 O 90/99 - verletzen die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in ihrem Grundrecht aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1, 1. Alternative des Grundgesetzes. Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 - und vom 20. November 2008 - I ZR 112/06 - sowie das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 17. August 2011 - 5 U 48/05 - werden aufgehoben. Die Sache wird an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen.**

**3. Die notwendigen Auslagen der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) haben jeweils zur Hälfte die Freie und Hansestadt Hamburg und der Bund zu erstatten.**

### Gründe:

#### A.

#### I.

1 Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, inwieweit sich Musikschaffende bei der Übernahme von Ausschnitten aus fremden Tonträgern im Wege des sogenannten Sampling

gegenüber leistungsschutzrechtlichen Ansprüchen der Tonträgerhersteller auf die Kunstfreiheit berufen können. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die fachgerichtliche Feststellung, dass die Übernahme einer zweisekündigen Rhythmussequenz aus der Tonspur des Musikstücks „Metall auf Metall“ der Band „Kraftwerk“ in zwei Versionen des Titels „Nur mir“ einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht darstelle, der nicht durch das Recht auf freie Benutzung gerechtfertigt sei.

2 1. „Sampling“ ist ein musikalisches Gestaltungsmittel der Verarbeitung von Klängen aus unterschiedlichen Tonquellen („Samples“) in einem neuen Musikstück. Mit der Entwicklung der digitalen Technologie gewann das Sampling erheblich an Bedeutung. Samples können in unterschiedlichen Zusammenhängen eingesetzt werden, wobei der Umfang der Samples von der Entnahme einzelner Klänge bis zu ganzen Musikstücken reicht und die Wiedererkennbarkeit des Originals bei der Verwendung des Sample beabsichtigt sein kann. Spezielle musikalische Gattungen, die typischerweise auf die Verwendung von Samples angelegt sind, stellen insbesondere die Toncollage, das Sample Medley, der Remix, die Coverversion und der Mashup dar. Die Herstellung und der

Vertrieb von Samples sind zu einem eigenen Geschäftsfeld geworden. Von Online-Sampledatenbanken können die unterschiedlichsten Samples gegen eine Gebühr zur eigenen Nutzung heruntergeladen werden.

3 2. a) Die Übernahme von Ausschnitten aus Musikstücken, die auf Tonträgern aufgezeichnet sind, kann neben Urheberrechten und Leistungsschutzrechten der ausübenden Künstler auch das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers berühren. § 85 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz - UrhG) definiert dieses wie folgt:

#### § 85 Verwertungsrechte

(1) Der Hersteller eines Tonträgers hat das ausschließliche Recht, den Tonträger zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich zugänglich zu machen. Ist der Tonträger in einem Unternehmen hergestellt worden, so gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller. Das Recht entsteht nicht durch Vervielfältigung eines Tonträgers.

(2) - (3) ...

(4) § 10 Abs. 1 und § 27 Abs. 2 und 3 sowie die Vorschriften des Teils 1 Abschnitt 6 gelten entsprechend.

4 Der mit der Einführung dieses Leistungsschutzrechts für Tonträgerhersteller durch das Urheberrechtsgesetz von 1965 verfolgte Zweck bestand in der Bekämpfung der Tonträgerpiraterie (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BTDrucks IV/270, S. 34: „unbefugte<s> Nachpressen von Schallplatten“). Anders als beim Urheberrecht, das die geistige Leistung des Urhebers schützt, ist nach dem Gesetzentwurf der Schutzgegenstand des Leistungsschutzrechts gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG die im Tonträger verkörperte technische und wirtschaftliche Herstellerleistung (vgl. BTDrucks IV/270, S. 95 f.).

5 Aufgrund der Verweisung in § 85 Abs. 4 UrhG ist insbesondere das Zitatrecht (§ 51 UrhG) auf geschützte Tonträger entsprechend anwendbar. Dagegen verweist die Vorschrift nicht ausdrücklich auf die Regelung des Rechts auf freie Benutzung in § 24 UrhG. Diese lautet wie folgt:

#### § 24 Freie Benutzung

(1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird.

6 § 24 UrhG steht in unmittelbarem systematischem Zusammenhang mit dem ausschließlichen Recht des Urhebers gemäß § 23 UrhG, Bearbeitungen oder Umgestaltungen seines Werks zu veröffentlichen und zu verwerten.

7 b) Der Schutz der Rechte der Tonträgerhersteller ist auch Gegenstand völkerrechtlicher Abkommen im Bereich des Urheberrechts, insbesondere des Übereinkommens zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger vom 29. Oktober 1971 (Convention for the Protection of Producers of Phonograms against unauthorized Duplication of their Phonograms, UNTS 866, S. 67, BGBl 1973 II S. 1669, „Genfer Tonträger-Übereinkommen“). Dieses schützt die Tonträgerhersteller gegen die Herstellung und Verbreitung von Vervielfältigungsstücken ohne ihre Zustimmung und definiert ein Vervielfältigungsstück in Art. 1 Buchstabe c als „Gegenstand, der einem Tonträger unmittelbar oder mittelbar entnommene Töne enthält und der alle oder einen wesentlichen



Teil der in dem Tonträger festgelegten Töne verkörpert“. Art. 7 Abs. 1 erlaubt den Vertragsstaaten, einen strengeren Schutz vorzusehen.

8 c) Im Recht der Europäischen Union räumt die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl Nr. L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10, „Urheberrechtsrichtlinie“) in Art. 2 Buchstabe c Tonträgerherstellern das ausschließliche Vervielfältigungsrecht an ihren Tonträgern ein. Das Vervielfältigungsrecht wird dabei definiert als „das ausschließliche Recht (...), die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten“. Ausdrückliche Regelungen zum Bearbeitungsrecht oder zum Recht auf freie Benutzung enthält die Urheberrechtsrichtlinie nicht. Dagegen belässt sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, enumerativ aufgezählte Schrankenregelungen einzuführen. Dazu gehören auch das Zitatrecht (Art. 5 Abs. 3 Buchstabe d), das Recht auf beiläufige Einbeziehung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands in anderes Material (Art. 5

Abs. 3 Buchstabe i) sowie das Recht auf Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches (Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k). Die Urheberrechtsrichtlinie findet gemäß Art. 10 Abs. 1 auf solche Werke und Schutzgegenstände Anwendung, die zum 22. Dezember 2002 nach dem Recht der Mitgliedstaaten geschützt waren. Sie berührt nach ihrem Art. 10 Abs. 2 jedoch nicht Handlungen und Rechte, die vor dem 22. Dezember 2002 abgeschlossen oder erworben wurden.

## II.

9 1. Kläger des Ausgangsverfahrens sind die beiden Gründer der Musikgruppe Kraftwerk. Die Beschwerdeführerin zu 1) ist eine Musikproduktionsgesellschaft, der Beschwerdeführer zu 2) ein Sänger, Komponist und Musikproduzent, der Beschwerdeführer zu 3) Komponist und Musikproduzent. Die Beschwerdeführerin zu 4) ist Sängerin. Bei den Beschwerdeführern zu 5) bis 12) handelt es sich um Künstlerinnen und Künstler, insbesondere Komponisten, Produzenten und Sänger aus dem Bereich der Unterhaltungsmusik. Sie waren, anders als die Beschwerdeführer zu 1) bis 4), nicht am Ausgangsverfahren oder an der Entstehung und Vermarktung des Titels „Nur mir“ beteiligt.

10 1977 veröffentlichte Kraftwerk als Teil des Albums „Trans Europa Express“ den Titel „Metall auf Metall“. Produzenten des Albums sind unter anderem die Kläger, die den Titel auch einspielten und für sich die Schutzrechte als Hersteller des Tonträgers in Anspruch nehmen.

11 1997 erschien als Teil des von der Beschwerdeführerin zu 1) produzierten Albums „Die neue S-Klasse“ der von den Beschwerdeführern zu 2) und 3) komponierte und von der Beschwerdeführerin zu 4) dargebotene Titel „Nur mir“ in den beiden Versionen „Original Album Mix“ und „Original Radio Edit“. Der Titel ist der Stilrichtung des Hip-Hop zuzuordnen. Zur Herstellung beider Versionen des Titels hatten die Beschwerdeführer zu 2) und 3) der Tonspur des Titels „Metall auf Metall“ eine Rhythmussequenz von zwei Sekunden entnommen und diese dem Titel „Nur mir“ unterlegt, wobei die Sequenz in der Geschwindigkeit um 5 % verlangsamt fortlaufend wiederholt wird („Loop“).

12 2. Die Kläger des Ausgangsverfahrens sahen durch die Übernahme der Rhythmussequenz ihre Rechte an dem Titel „Metall auf Metall“ verletzt und erhoben Klage gegen die Be-

schwerdeführer zu 1) bis 3). Sie stützten ihre Klage unter anderem auf eine Verletzung ihrer Rechte als Tonträgerhersteller der Aufnahme.

13 Das Landgericht verurteilte die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) unter Androhung eines Ordnungsgelds dazu, den Vertrieb der beiden Versionen des Titels „Nur mir“ zu unterlassen, über die hergestellten und/oder ausgelieferten Tonträger des oben bezeichneten Albums Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen sowie sämtliche Vervielfältigungsstücke herauszugeben. Außerdem stellte es die Schadensersatzverpflichtung der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) für alle Schäden der Kläger durch Herstellung und/oder Vertrieb der Tonträger fest (LG Hamburg, Urteil vom 8. Oktober 2004 - 308 O 90/99 -, juris). Die Verurteilung stützte das Landgericht auf die Verletzung des Tonträgerherstellerrechts der Kläger aus § 85 Abs. 1 UrhG.

14 Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) im Wesentlichen zurück (Hanseatisches OLG, Urteil vom 7. Juni 2006 - 5 U 48/05 -, GRUR-RR 2007, S. 3). Nur bei der Verwendung kleinster Tonpartikel im Wege des Sampling sei ei-

ne Verletzung der Tonträgerherstellerrechte zu verneinen. Ein solcher Fall liege jedoch nicht vor.

15 3. Auf die Revision der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) hob der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück (BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 112/06 -, NJW 2009, S. 770).

16 Das Berufungsgericht habe im Ergebnis mit Recht einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht angenommen. Ein solcher Eingriff sei bereits dann gegeben, wenn einem Tonträger kleinste Tonfetzen entnommen würden. Es komme nicht darauf an, ob es sich bei der Tonfolge um ein schöpferisches Werk oder eine künstlerische Darbietung handle. § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG schütze die wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung des Tonträgerherstellers. Da dieser die unternehmerische Leistung für den gesamten Tonträger erbringe, gebe es keinen Teil des Tonträgers, auf den nicht ein Teil dieses Aufwands entfiele und der daher nicht geschützt wäre. Ebenso sei unerheblich, ob der Eingriff in die Rechte des Tonträgerherstellers dem Nutzer einen wirtschaftlichen Vor-

teil einbringe oder ihm Aufwand erspare oder dem Tonträgerhersteller einen messbaren und nachweisbaren wirtschaftlichen Nachteil zufüge. Im Übrigen werde dem Hersteller des Tonträgers durch die ungenehmigte Übernahme selbst kleinster Teile einer Tonaufnahme regelmäßig eine mit seiner unternehmerischen Leistung geschaffene Verwertungsmöglichkeit entzogen. Auch kleinste Teile von Tonaufnahmen hätten - wie der Handel mit Samples zeige - einen wirtschaftlichen Wert.

17 Dem Tonträgerhersteller sei nicht aus Rechtsgründen zuzumuten, im Interesse einer freien musikalischen Entwicklung generell auf einen Leistungsschutz für kleinste Teile von Tonaufnahmen zu verzichten. Es sei nicht zu befürchten, dass die musikalische Entwicklung in vielen Musikbereichen schlagartig zum Erliegen komme, wenn den Berechtigten insoweit Leistungsschutz gewährt werde.

18 Die Revision rüge jedoch mit Erfolg, dass das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob sich die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) hinsichtlich des Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht der Kläger auf das Recht zur freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG be-

rufen könnten, das im Fall der Benutzung eines fremden Tonträgers grundsätzlich entsprechend anwendbar sei. Eine Rechtfertigung des Eingriffs scheidet jedoch aus, wenn derjenige, der die auf einem fremden Tonträger aufgezeichneten Töne oder Klänge für eigene Zwecke verwenden wolle, imstande sei, diese selbst herzustellen.

19 4. Nach Fortsetzung des Berufungsverfahrens wies das Oberlandesgericht die Berufung der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) erneut zurück, da diese sich nicht auf § 24 Abs. 1 UrhG berufen könnten (Hanseatisches OLG, Urteil vom 17. August 2011 - 5 U 48/05 -, ZUM 2011, S. 748). Zwar stelle der Titel „Nur mir“ ein selbständiges Werk dar, das den erforderlichen Abstand zu dem Originaltonträger aufweise.

Die durchgeführte Beweisaufnahme habe aber ergeben, dass die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in der Lage gewesen seien, die übernommene Sequenz in gleichwertiger Weise selbst herzustellen. Aus den Darlegungen zweier als Zeugen vernommener Privatgutachter ergebe sich, dass ein durchschnittlich ausgestatteter Musikproduzent im Jahr 1997 in der Lage gewesen sei, einen dem Original gleichwertigen Nachbau der entnommenen Sequenz in ein bis zwei Tagen

selbst herzustellen.

20 5. Die gegen dieses Urteil erhobene Revision der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) wies der Bundesgerichtshof zurück (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 -, NJW 2013, S. 1885). Die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) hätten durch die Übernahme der Rhythmussequenz von zwei Sekunden das Tonträgerherstellerrecht der Kläger verletzt und könnten sich dabei nicht auf ein Recht zur freien Benutzung berufen.

21 Der Senat halte an seiner Auffassung fest, dass eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG nicht in Betracht komme, wenn es möglich sei, die auf dem Tonträger aufgezeichnete Tonfolge selbst einzuspielen. In diesem Fall rechtfertige der Zweck des § 24 Abs. 1 UrhG, eine Fortentwicklung des Kulturschaffens zu ermöglichen, nicht den Eingriff in die unternehmerische Leistung des Tonträgerherstellers. Die insofern unterschiedlichen Maßstäbe für die freie Benutzung von Musikwerken einerseits und Tonträgern andererseits stünden nicht im Widerspruch zum Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, da die entsprechenden Schutzrechte unterschiedliche Schutzgegenstände hätten.

Auch mit Blick darauf, dass das Sampling von Musiksequenzen als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen sei, verlange Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG bei durch Sampling von Tonfolgen geschaffenen Kunstwerken keinen weiteren Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 UrhG als bei nichtkünstlerischen Musikwerken.

22 Die Schranken der Kunstfreiheit ergäben sich unter anderem aus dem Schutz des geistigen Eigentums und hier insbesondere des Leistungsschutzrechts des Tonträgerherstellers. Auch das Eigentum sei allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, vielmehr sei im Bereich des Urheberrechts lediglich die grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Seite dieses Rechts zum Rechtsinhaber geboten. Sachgerechte Maßstäbe für die Grenzen dieses Schutzes ergäben sich beispielsweise aus den Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG und der Vorschrift des § 24 UrhG. Dabei könne die geforderte kunstspezifische Betrachtung es verlangen, solchen Bestimmungen im Wege der Auslegung zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der für Kunstwerke weiter sei als bei nichtkünstlerischen Werken.

23 Bei der danach vorzunehmenden Interessenabwägung könne zugunsten der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) unterstellt werden, dass die Verwendung von Samples in der Musikbranche mittlerweile weit verbreitet sei und sich die entlehrende Bezugnahme zu einer eigenen Stilrichtung entwickelt habe. Diese tatsächliche Entwicklung gebiete es jedoch auch bei einer kunstspezifischen Betrachtung nicht, dass Musikproduzenten bei ihrem künstlerischen Schaffen sich die durch § 85 Abs. 1 UrhG geschützte wirtschaftliche Leistung der Tonträgerhersteller ohne deren Einwilligung und damit ohne Vergütung zu eigen machen dürften, wenn es ihnen möglich sei, die begehrte Tonfolge ohne Eingriff in deren Rechte selbst herzustellen. Zum einen sei in diesem Fall keine unangemessene Behinderung der kulturellen Fortentwicklung zu befürchten. Zum anderen lasse sich der Kunstfreiheit kein Schutz des - unter Umständen auch von eigenen wirtschaftlichen Interessen geprägten - künstlerischen Schaffens zu denkbar günstigsten wirtschaftlichen Konditionen auf Kosten unternehmerischer Leistungen Dritter entnehmen. Die Unsicherheit bei der Beurteilung der Übernahme einer Tonfolge in analoger Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG sei hinzunehmen, da sie durch

den Erwerb entsprechender Rechte, die eigene Herstellung der Tonaufnahme oder aber das Absehen von einer Übernahme vermieden werden könne.

24 Die Revision wende sich erfolglos gegen die vom Berufungsgericht herangezogenen Maßstäbe zur Beurteilung der Frage, ob es möglich sei, eine Tonfolge selbst einzuspielen. Das Berufungsgericht sei im Ergebnis mit Recht davon ausgegangen, dass die Übernahme der Rhythmussequenz nicht deshalb gestattet sei, weil der Nachbau dieser Sequenz nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme einen Zeitraum von zwei Tagen in Anspruch genommen hätte. Es komme grundsätzlich nicht darauf an, ob dem Musikproduzenten die Herstellung einer solchen Tonaufnahme zumutbar sei.

### III.

25 Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer im Wesentlichen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG (Kunstfreiheit) und aus Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz).

26 1. Beim Sampling würden nicht Kompositionen oder Texte übernom-

men, sondern entnommene Teile wie ein neues Instrument genutzt. Durch das Zusammenspiel des Sample mit zahlreichen anderen Tonpartikeln entstehe eine Tonaufnahme, die mit der alten Quell-Tonaufnahme nichts mehr zu tun habe.

Die Entnahme musikalischen Materials aus anderen Tonaufnahmen im Wege des Sampling und die Gestaltung einer individualisierten Medienmontage seien Teil der Musikkultur des Hip-Hop, für die entscheidend sei, dass direkt auf phonographische Ursprungsdokumente zurückgegriffen werde und die übernommenen Passagen nicht nur nachgebaut seien.

27 Die Qualifizierung der Übernahme kleinster Tonfetzen als Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht greife in die Kunstfreiheit der Beschwerdeführer ein. Ihnen werde verboten, Tonpartikel aus anderen Tonaufnahmen zu entnehmen und bei der Herstellung neuer Tonaufnahmen zu verwenden. Dadurch werde es ihnen unmöglich, sich mit Tonaufnahmen der Vergangenheit musikalisch auseinanderzusetzen, welche die heutige Popmusik, insbesondere die elektronische Musik, maßgeblich geprägt hätten.

28 Dieser Eingriff sei nicht gerechtfertigt. Die angegriffenen Entscheidungen verfehlten die kunstspezifische Betrachtung, der zufolge gerade beim Sampling bewusst und gewollt auf die bekannte Tonsequenz zum Zweck der künstlerischen Auseinandersetzung und Fortentwicklung Bezug genommen werde. Das Tonträgerherstellerrecht gewähre lediglich ein Recht auf angemessene Verwertungsmöglichkeit, nicht aber eine Monopolisierung kurzer Tonausschnitte.

29 Der Eingriff in die Kunstfreiheit sei auch nicht damit zu rechtfertigen, dass die Leistung des Tonträgerherstellers auch im kleinsten Aufnahmeteil enthalten sei und somit selbst Tonteile absolut geschützt sein sollten. Schließlich müsse bei allen Schutzrechten der Teilschutz vom gesetzgeberischen Zweck getragen sein. Die verwandten Schutzrechte seien gegenüber dem urheberrechtlichen Werk akzessorisch, weshalb nur gegen ein Sample vorgegangen werden könne, das zugleich eine Urheberrechtsverletzung darstelle. Dem Interesse der Rechteinhaber vor Einbußen der wirtschaftlichen Verwertung stehe das durch die Kunstfreiheit geschützte Interesse der Kunstschaffenden gegenüber, ohne die Gefahr von Eingriffen finanzieller oder inhaltlicher Art in einen künstlerischen

Dialog und Schaffensprozess zu vorhandenen Werken treten zu können.

30 Die Beschränkung der Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG durch die Voraussetzung, dass es an der gleichwertigen Nachspielbarkeit fehlen müsse, komme einem absoluten Entnahmeverbot gleich. Dies verunsichere die Kunstschaffenden derart darüber, ob ihr Tun Leistungsschutzrechte verletze, dass die Gefahr der Illegalität sie nachhaltig von musikalischer Auseinandersetzung und Fortentwicklung abschrecke. Die Verkennung des schöpferischen Entstehungsprozesses stelle einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Wirk- und Werkbereich der Kunstfreiheit dar. Durch die Bezugnahme auf das gesampelte Werk werde gerade der Originalkontext für die Auseinandersetzung und Fortentwicklung gesucht, nicht dessen Substitution. Dadurch unterscheide sich das Sample vom Plagiat.

31 Die Inanspruchnahme fremden Schaffens sei gerechtfertigt, wenn eine neue eigenschöpferische Leistung das kulturelle Gesamtgut bereichere. In der Kultur der Collagenkunst würden Vielfältigungen von Originalwerken in ein neues Kunstwerk hineingesetzt, und niemand

komme auf die Idee, diese Neuschöpfungen durch Urheber- oder Leistungsschutzrechte zu verhindern. § 24 UrhG solle gerade die kulturelle Fortentwicklung fördern und eine bewusste Anlehnung an bereits Geschaffenes ermöglichen.

32 2. Die Beschwerdeführer machen daneben eine Verletzung in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG dadurch geltend, dass die Gerichte ohne sachlichen Grund für Leistungsschutzrechte neue ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen aufgestellt und angewandt hätten, die für Urheberrechte nicht gälten.

#### IV.

33 Zu der Verfassungsbeschwerde haben die Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg, die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V., die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Anwaltverein e.V., der Deutsche Musikrat e.V., der Deutsche Rock & Pop Musikerverband e.V., der Bundesverband Musikindustrie e.V., der Verband unabhängiger Musikunternehmen e.V., die Digitale Gesellschaft e.V. und die Kläger des Ausgangsverfahrens Stellung genommen.

34 1. Nach Angaben der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) ist das Sampleclearing, also die Klärung der Rechte und die Lizenzierung, für Laien kompliziert und kostenintensiv. Eine Entspannung deute sich dort an, wo frei lizenzierte Samples zur Verfügung stünden.

Eine allgemeine Verweisung der Künstler auf die Nutzung von Sampledatenbanken hätte allerdings zur Folge, dass vor allem mittelmäßige Samples verwendet würden.

35 Die Antwort auf die Frage, ob das Sampling kurzer Sequenzen vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht erfasst sei, werde vom Urheberrechtsgesetz ebenso wie von den einschlägigen völker- und unionsrechtlichen Vorschriften nicht zwingend vorgegeben. Eine am Schutzzweck orientierte Auslegung des § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG spreche eher für eine Ausnahme; die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei aber insofern wegen der unterschiedlichen Schutzgegenstände von Urheber- und Tonträgerherstellerecht zumindest vertretbar. Die vom Bundesgerichtshof im Rahmen von § 24 UrhG erörterte Problematik hätte nach Auffassung der Vereinigung durch eine entsprechende Heranzie-



hung des Zitatrechts besser gelöst werden können.

36 Das Kriterium der Nachspielbarkeit sei insbesondere bei der Verwendung mehrerer Samples in einem Stück problematisch. Die Konsequenz, dass gerade komplexere Tonaufnahmen weniger gegenüber Sampling geschützt würden, sei kurios. Indem der Bundesgerichtshof auf die Schwierigkeit der Nachahmung der ursprünglichen Tonaufnahme abstelle, knüpfe er die Entscheidung an ein Kriterium, das mit der Erzeugung der Musik selbst zu tun habe und nicht mit der geschützten kaufmännisch-organisatorischen Investition des Tonträgerherstellers. Anders als in Pirateriefällen komme es beim Sampling nicht zu einem direkten Wettbewerb zwischen ursprünglichem und nachfolgendem Tonträger; eine Beeinträchtigung bestehe lediglich in der Tatsache, dass der Hersteller des Originaltonträgers keine Lizenzgebühren erhalte. Ob diese ihm zustünden, gelte es aber überhaupt erst zu ermitteln.

37 Zur Beurteilung nach europäischem Unionsrecht führt die Vereinigung aus, dass das Vervielfältigungsrecht durch Art. 2 der Urheberrechtsrichtlinie vollständig harmonisiert wor-

den sei. Ob der Gerichtshof der Europäischen Union auch Vervielfältigungen von Tonfetzen als vom Leistungsschutzrecht erfasst ansähe, sei angesichts seines flexiblen ökonomischen Ansatzes zur Bestimmung des Schutzgegenstandes fraglich. Bei einer entsprechenden Vorlage könne der Gerichtshof bei dieser Frage auch die Grundrechte berücksichtigen.

38 Die Beurteilung des Sampling anhand von § 24 UrhG müsse sich an Art. 2 der Urheberrechtsrichtlinie messen lassen, da nach vorherrschender Ansicht im deutschen Schrifttum § 24 UrhG eine Begrenzung des Schutzgegenstandes des Urheberrechts beziehungsweise Tonträgerherstellerrechts zur Folge habe und systematisch keine Schrankenregelung darstelle. Für eine Lösung über das Zitatrecht stelle Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie den Maßstab nach Unionsrecht dar. Da die darin enthaltenen Schrankenregelungen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kohärent und unionsweit einheitlich auszulegen seien, stehe eine Determinierung des deutschen Rechts insofern außer Zweifel.

39 2. Die Bundesrechtsanwaltskammer hält die Verfassungsbeschwerde für begründet. Gerade der

Musik des Hip-Hop gehe es darum, sich mit alten und bekannten Klängen auseinanderzusetzen und diese in einen neuen, aktuellen musikalischen Kontext zu stellen. Das Finden einzigartiger, unverbrauchter Originale aus dem unbegrenzten Medienarchiv sei dabei ein zentraler Teil der künstlerischen Arbeit. Beim Sampling sei aus einer Technologie, die anfangs nur zur Simulation akustischer Instrumente entwickelt worden sei, ein künstlerisches Verfahren geworden, das inzwischen selbst als Inspirationsquelle für eine Musikergeneration diene.

40 Das faktische Verbot des Sampling durch den Bundesgerichtshof stelle einen Eingriff in die Kunstfreiheit dar, weil sich Sampling nicht im technischen Vorgang der Anfertigung einer elektronischen Kopie von Tonpartikeln erschöpfe, sondern selbst eine freie schöpferische Gestaltung darstelle. Eine kunstspezifische Betrachtung verbiete es, die Künstler auf das Nachspielen der entnommenen Sequenzen zu verweisen; denn die Verwendung des Originals sei beim Sampling wesentlicher Bestandteil des künstlerischen Ausdrucks.

41 3. Dagegen sieht der Deutsche Anwaltverein die Kunstfreiheit nicht als

verletzt an. Die Einschränkungen bei der entsprechenden Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG auf das Tonträgerherstellerrecht gingen auf die Besonderheiten seines Schutzgegenstandes zurück. Die wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistungen des Tonträgerherstellers könnten aufgrund des Fortschritts der digitalen Technik von Dritten leicht übernommen werden.

42 4. Der Deutsche Musikrat sieht in der Vorgabe, bei der Musikproduktion nicht auf bestehende Einspielungen zurückzugreifen, sondern eigene Einspielungen vorzunehmen, prinzipiell einen Gewinn für die musikalische Produktion. Eine Beteiligung der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller an den durch die Verwertung ihrer Aufnahmen durch Sampling erzielten Erlösen sei verfassungsrechtlich zwingend geboten.

43 5. Nach Auffassung des Deutschen Rock & Pop Musikerverbandes spielt Sampling in Deutschland und vor allem international eine große Rolle. Das Erfordernis, übernommene Sequenzen selbst einzuspielen oder die Übernahme mit dem Tonträgerhersteller zu klären, schränke die musikalische Produktion enorm ein, da sowohl

die Rechteklärung als auch die Anfertigung sequenzidentischer Tonproduktionen sehr zeitaufwendig seien.

44 6. Nach Angaben des Bundesverbandes Musikindustrie ist die Sampling-Technologie aus der heutigen Musikproduktion nicht mehr wegzudenken. In Großbritannien und den Vereinigten Staaten existierten für die Lizenzierung von Samples sogar eigene Dienstleister. Gerade die Komplexität vermeintlich simpler Klänge gehöre zu den Gründen, die ursprünglich zu einem eigenen Schutz des Tonträgerherstellers geführt hätten. Empfänden die Künstler die Neuerzeugung eines Sounds als zu aufwendig, sei ein Rechteerwerb vorzusehen. Auch in anderen Kreativbranchen gelte die Regel „Selber machen oder bezahlen“. Dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade Vorlagen, die objektiv nicht selbständig nachgeschaffen werden könnten, ohne Zustimmung des Rechteinhabers verwendet werden dürften, stelle den Gehalt des § 24 UrhG geradezu auf den Kopf.

45 Zu den Einnahmen der Tonträgerhersteller aus der Erteilung von Sampling-Lizenzen lägen keine segmentierbaren Zahlen vor, sie seien

aber jedenfalls nicht unerheblich. Äußerst relevant seien auch die Einnahmen oder Einnahmehancen für die Lizenzierung von Internetplattformen wie Youtube, auf denen nichtprofessionelle Nutzer selbst generierte Inhalte mit urheberrechtlich geschütztem Material einstellen könnten (sogenannter „user-generated content“). Bei der Kalkulation „gewöhnlicher“ Tonträgerproduktionen sei regelmäßig nicht absehbar, ob und in welchem Umfang sie künftig von Dritten

zu Samplingzwecken genutzt würden. Die Position gehöre aber zu den klassischen Zweitverwertungen, die für Tonträgerhersteller eine außerordentlich große Bedeutung hätten. Eine erhebliche Zahl neuer Musikproduktionen müsse unterbleiben, wenn ihnen dauerhaft Zweitverwertungseinkommen aus der Samplelizenzierung entzogen werde.

46 7. Der Verband unabhängiger Musikunternehmen hält die Klärung der Nutzungsgenehmigung von 46 Samples für problematisch: Rechtssicher könne sie nur von erfahrenen Anwälten durchgeführt werden, was zu Transaktionskosten führe; häufig sei es praktisch schwierig, die Rechteinhaber zu finden, und die Verhandlungen mit ihnen könnten scheitern. Für viele Mu-

sikunternehmen sei das Sampleclearing geübte Praxis, es gebe Kriterien für die Höhe der Lizenzgebühren wie etwa die Intensität der Samplennutzung und die Bekanntheit des Originals. Die Einnahmen durch die Vergabe von Samplennutzungsrechten seien für alle Produzenten ein notwendiger Baustein ihrer Finanzierung neuer Produktionen. Die Ausnahme des § 24 Abs. 1 UrhG sei aufgrund der Prämissen des Bundesgerichtshofs für die Praxis kaum relevant. Professionelle Produzenten verwendeten Samples nur, wenn sie gegenüber den Rechteinhabern rechtlich geklärt seien.

47 8. Die Digitale Gesellschaft legt dar, dass den digitalen Technologien und der Vernetzung auf dem Gebiet der Produktion und Verbreitung kultureller, insbesondere medialer Inhalte eine transformierende Kraft zukomme. Kulturgüter entstünden nicht mehr allein oder auch nur vorwiegend im Rahmen eines professionellen, auf Gewinnerzielung gerichteten Prozesses, sondern häufig durch Laien. Diese Entwicklung habe soziokulturelle Phänomene wie beispielsweise den Remix oder den Mashup hervorgebracht, die sich in der digitalen Generation mittlerweile als selbstverständliche Kommunikations- und Ausdrucksmittel etab-

liert hätten. Dabei stehe stets die kreative Kopie im Sinne einer Bearbeitung und Abwandlung bereits existierender Inhalte im Mittelpunkt.

48 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trage dieser Entwicklung in keiner Weise Rechnung. Es werde für Laien unmöglich, im Rahmen eigenen künstlerischen Schaffens auf vorhandene Tonaufnahmen zurückzugreifen. In der Netzkultur etablierte Praktiken würden weitestgehend illegalisiert und dadurch das gesetzgeberische Ziel des § 24 UrhG, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber und der Möglichkeit einer kulturellen Fortentwicklung herzustellen, verfehlt. Sampleclearing verursache extrem hohe Transaktionskosten. Da es kein zentrales Verzeichnis für Samples gebe, sei zunächst eine aufwendige Recherche erforderlich; eventuelle Lizenzkosten seien von den Künstlern oft nicht finanzierbar. Wegen der hohen Rechtsrisiken und Transaktionskosten sei die wirtschaftliche Bedeutung von Samplelizenzierungen gering und allenfalls für größere Produzenten nutzbar.

49 9. Die Kläger des Ausgangsverfahrens gehen davon aus, dass der

Übernahme der Sequenz aus dem Titel „Metall auf Metall“ in das Werk „Nur mir“ eine reine Materialfunktion zukomme, die allein dem Zweck gedient habe, den zeitlichen und finanziellen Aufwand für eine eigene Produktion zu vermeiden. Die legale Möglichkeit eines Musikzitats, das eine musikalische Auseinandersetzung mit dem Vorbestehenden hinreichend ermögliche, komme deshalb vorliegend nicht in Betracht.

50 Die Verfassungsbeschwerde sei unbegründet. Tonträgerherstellerrechte seien als Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Inhalt und Schranken des Tonträgerherstellerrechts würden allein durch § 85 UrhG bestimmt, der keine Beschränkungen im Hinblick auf kleinste Tonpartikel oder auf eine Messbarkeitsschwelle hinsichtlich der wirtschaftlichen Beeinträchtigung enthalte. Als Schranken seien allein die §§ 44a ff. UrhG vorgesehen, nicht jedoch das Recht auf freie Benutzung. Dessen analoge Anwendung durch den Bundesgerichtshof stelle eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dar.

51 Der Schutzbereich der Kunstfreiheit sei bereits nicht eröffnet, da diese nicht die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden

Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung erlaube. Die Beschwerdeführer seien auf einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht insbesondere deshalb nicht angewiesen, weil sie auch selbst in der Lage gewesen wären, die Rhythmussequenz in gleichwertiger Weise nachzuspielen.

## V.

52 In der mündlichen Verhandlung haben die Beschwerdeführer und die Kläger des Ausgangsverfahrens Stellung genommen; außerdem hat sich die Bundesregierung geäußert. Als Sachkundige haben die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, der Bundesverband Musikindustrie, der Verband unabhängiger Musikunternehmen und die Digitale Gesellschaft ihre schriftlichen Stellungnahmen vertieft und ergänzt; zudem hat sich Professor S. von der Popakademie Baden-Württemberg geäußert.

53 1. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass kleinste Tonfetzen nicht vom Schutz des Tonträgerherstellerrechts erfasst sind. Dies sei zum einen systemwidrig, da kleinste Tonfetzen keine urheberrechtlich geschützten Werke darstellen könnten. Wenn Urheber damit weitergehende

Eingriffe hinnehmen müssten, könne für Tonträgerhersteller nichts anderes gelten. Gegen den Schutz kleinster Tonfetzen durch § 85 UrhG bestünden auch verfassungsrechtliche Bedenken. Die Nutzung solcher Tonfetzen könne die Verwertung des ursprünglichen Tonträgers nicht behindern. Die Verwertungsinteressen der Tonträgerhersteller hätten jedenfalls bei kürzeren Tonsequenzen beim Fehlen konkreter wirtschaftlicher Nachteile zurückzustehen.

54 2. Der Beschwerdeführer zu 2) hat ausgeführt, ihm sei bei der Entstehung des Titels „Nur mir“ nicht bewusst gewesen, dass die übernommene Rhythmussequenz aus dem Tonträger des Titels „Metall auf Metall“ stamme. Er arbeite mit einem Archiv, das zahlreiche Samples enthalte. Irgendwann wisse man nicht mehr, welches Sample woher komme. Bei der Übernahme des konkreten Sample sei es ihm um die Kälte seines Klanges gegangen. Es gehe den Beschwerdeführern nicht darum, für die Verwendung von Samples prinzipiell nicht zu zahlen, sondern darum, nicht vorher bei den Tonträgerherstellern um Erlaubnis fragen zu müssen. Ein gerichtlich überprüfbarer angemessener Ausgleich für die Tonträgerhersteller im Nachhinein sei be-

denkenswert. Er habe sich mit dem Anliegen einer außerprozessualen Rechtklärung telefonisch an die Prozessbevollmächtigte der Kläger gewandt. Diese hätten an einer solchen Klärung jedoch kein Interesse gehabt.

55 3. Die Kläger des Ausgangsverfahrens haben vorgetragen, dass zahlreiche Künstler gerade aus den Vereinigten Staaten und Großbritannien bei ihnen bereits um Erlaubnis für die Verwendung von Samples aus Kraftwerkstiteln in eigenen Stücken gefragt hätten. Über die Bedeutung der Einnahmen aus der Samplelizenzierung hätten sie sich zum Zeitpunkt der Entstehung des Titels „Metall auf Metall“ keine Gedanken gemacht; inzwischen spielten diese Einnahmen eine erhebliche Rolle. Sie wenden sich dagegen, dass durch die Beschwerdeführer ohne ihre Einwilligung ein Ausschnitt aus einem schwierigen Schaffensprozess zu rein kommerziellen Zwecken entnommen worden sei.

56 4. Nach den Ausführungen von Professor S. ist der Einsatz des Sampling für die Musikrichtung des Hip-Hop unerlässlich. Die Nachproduktion oder Verwendung von nachgespielten Samples beispielsweise aus Sample-CDs sei für die Musikschaaffenden sinn-

los, da dies ideell etwas anderes darstelle als die Übernahme von Originalen. In anderen Musikbereichen wie dem Mainstream-Pop oder dem Schlager würden Samples auch zur Abkürzung von Produktionsprozessen und damit zur Profitmaximierung eingesetzt. Im Nachhinein sei aber eine Unterscheidung, ob die Verwendung eines Sample zur Auseinandersetzung mit dem Original oder aus Kostengründen erfolgt sei, nach verlässlichen Kriterien kaum möglich.

57 Ein Sampleclearing sei für Musikschafter in der Regel kaum praktikabel, da es keine objektiven Kriterien für die Höhe der Gebühren gebe und viele Anfragen ins Leere gingen oder zu enormen Forderungen führten. Abmahnungen wegen nicht genehmigter Samplennutzungen hätten bei Musikproduzenten zu einem Klima der Angst geführt. Bildlich gesprochen sitze der Rechtsanwalt oft mit im Studio. Grund für die derzeitige Verschlechterung der Monetarisierung musikalischen Schaffens sei nicht das Verwenden von Samples, sondern das Streaming im Internet. Ein eigenes Nachspielen gelinge selbst professionellen Künstlern nur bedingt, oft jedenfalls nicht so, dass das Ergebnis aus der Sicht des jeweiligen Künstlers mit dem Original

identisch sei.

## **B.**

58 Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) ist zulässig, die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 4) bis 12) unzulässig.

## **I.**

59 Die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) rügen in zulässiger Weise eine Verletzung in ihrer Kunstfreiheit. Neben den Beschwerdeführern zu 2) und 3) als Komponisten kann sich auch die Beschwerdeführerin zu 1) als Musikproduktionsgesellschaft auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen. Soweit es zur Herstellung der Beziehungen zwischen Künstler und Publikum der publizistischen Medien bedarf, sind auch die Personen durch die Kunstfreiheitsgarantie geschützt, die eine solche vermittelnde Tätigkeit ausüben (BVerfGE 119, 1 <22>). Da es gerade um die Mittlerfunktion geht, die auch von einem Unternehmen wahrgenommen werden kann, ist die Kunstfreiheit insofern gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ihrem Wesen nach auch auf die Beschwerdeführerin zu 1) als inländische juristische Person des Privatrechts anwendbar.

60 Soweit die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) eine Verletzung in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung durch Verstoß gegen ein Verbot der Besserstellung von Tonträgerherstellern gegenüber Urhebern behaupten, sind sie davon nicht selbst betroffen, weil die angegriffenen Entscheidungen sie nicht in ihrer Stellung als Inhaber von Urheberrechten belasten (vgl. BVerfGE 129, 49 <68 f.>; 132, 72 <81 f. Rn. 21>).

## II.

61 Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 4) bis 12) ist hingegen unzulässig.

62 Die Beschwerdeführerin zu 4) hat nicht ausreichend dargelegt, den Anforderungen des Grundsatzes der Subsidiarität entsprechend alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergriffen zu haben, um - insbesondere durch Beteiligung am Ausgangsverfahren als Nebenintervenientin gemäß §§ 66, 67 ZPO - eine Grundrechtsverletzung durch die Fachgerichte zu verhindern (vgl. BVerfGE 73, 322 <325>; 112, 50 <60>; 134, 106 <115 Rn. 27>; 138, 261 <271 Rn. 23>).

63 Die Verfassungsbeschwerde der ebenfalls nicht am Ausgangsverfahren

beteiligten Beschwerdeführer zu 5) bis 12) ist unzulässig, da sie durch die angegriffenen Entscheidungen nicht selbst und unmittelbar in ihren Rechten betroffen sind. Eine nur faktische Beeinträchtigung im Sinne einer Reflexwirkung reicht hierfür nicht aus (vgl. BVerfGE 13, 230 <232 f.>; 78, 350 <354>; 108, 370 <384>). Richtet sich eine Verfassungsbeschwerde wie hier gegen gerichtliche Entscheidungen, kann sich die Beschwer - selbst wenn die Beschwerdeführer am Ausgangsverfahren beteiligt waren - in aller Regel nur aus dem Tenor der Entscheidung ergeben. Rechtsausführungen sowie nachteilige oder als nachteilig empfundene Ausführungen in den Gründen einer Entscheidung allein begründen keine Beschwer. Es ist auch keiner der Ausnahmefälle einschlägig (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Juli 2015 - 2 BvR 2292/13 -, NZA 2015, S. 1117 <1119 Rn. 48 ff.>).

## C.

64 Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit sie zulässig ist.

65 Die gesetzliche Regelung in § 85 Abs. 1 Satz 1 und § 24 Abs. 1 UrhG ist zwar verfassungsgemäß. Insbesondere belässt sie den Gerichten bei ihrer



Auslegung und Anwendung auf Fälle des Sampling hinreichenden Spielraum, um einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem durch die Kunstfreiheit geschützten Recht auf künstlerische Auseinandersetzung mit vorhandenen Tonträgern einerseits und den durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Eigentumsrechten der Tonträgerhersteller andererseits herzustellen (I). Dies ist im Ausgangsverfahren jedoch nicht im erforderlichen Maße beachtet worden; denn die Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften in den angegriffenen Entscheidungen trägt der Kunstfreiheit der Beschwerdeführer nicht hinreichend Rechnung (II).

#### I.

66 Die den angegriffenen Urteilen zugrunde gelegten gesetzlichen Vorschriften über das Tonträgerherstellerrecht (§ 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG) und das Recht auf freie Benutzung (§ 24 Abs. 1 UrhG) sind mit der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und dem Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Sie berücksichtigen als generelle Regelungen hinreichend die Rechte der Tonträgerhersteller an ihrem geistigen Eigentum einerseits und die künstlerische Betätigungsfreiheit bei der Nutzung von Tonträgern ande-

rerseits.

67 1. Die Regelungen über das Tonträgerherstellerrecht und über die freie Benutzung betreffen in ihrem Zusammenwirken zum einen das Eigentumsrecht der Tonträgerhersteller, zum anderen die Kunstfreiheit von Nutzern der Tonträger.

68 Die Kunstfreiheit schützt die künstlerische Betätigung selbst („Werkbereich“), darüber hinaus aber auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks, die sachnotwendig für die Begegnung der Öffentlichkeit mit dem Werk sind („Wirkbereich“, vgl. BVerfGE 67, 213 <224>; 119, 1 <21 f.>). Es kann die künstlerische Betätigungsfreiheit der Musikschaaffenden beeinträchtigen, dass Tonträgerherstellern in § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG ein Schutzrecht auch hinsichtlich der Vervielfältigung und Verbreitung der von ihnen produzierten Tonträger zugesprochen wird und Dritten daher eine zustimmungsfreie Nutzung dieser Tonträger bei der Herstellung von Kunstwerken nur unter den gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen - nach den angegriffenen Entscheidungen unter anderem in § 24 Abs. 1 UrhG - gestattet ist.

69 Umgekehrt beschränkt die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Nutzung von Tonträgern ohne Zustimmung ihres Herstellers diesen in seiner Eigentumsfreiheit. Art. 14 Abs. 1 GG schützt das geistige Eigentum, insbesondere das Urheberrecht (vgl. BVerfGE 31, 229 <240>; 129, 78 <101>; 134, 204 <224 f. Rn. 72>), und dabei auch das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG (vgl. BVerfGE 81, 12 <16>).

70 2. Die Einräumung von dem Urheberrecht verwandten Leistungsschutzrechten sowie die Ausgestaltung ihrer Reichweite und Grenzen dienen als privatrechtliche Regelungen dem Ausgleich widerstreitender Interessen. Insoweit handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (vgl. BVerfGE 89, 214 <232>; 129, 78 <101 f.>; 134, 204 <223 Rn.

68>).

71 Entsprechend kann die hierbei vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung nicht allein aus der Perspektive eines einzelnen Grundrechts vorgenommen werden, sondern hat sich auf den Ausgleich zwischen gleichberechtigten Grundrechtsträgern zu beziehen. Will der Gesetzgeber einen solchen Ausgleich den Gerichten im Einzelfall überantworten, genügt es, wenn diese auf der Grundlageder maßgeblichen Vorschriften die Möglichkeit haben, zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zu gelangen (vgl. BVerfGE 115, 205 <235>; 134, 204 <223 Rn. 69>). Eine Grundrechtsverletzung durch die gesetzliche Regelung kann nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen der Gegenseite in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann (vgl. BVerfGE 97, 169 <176 f.>; 134, 204 <224 Rn. 70>).

72 Der Gesetzgeber hat dem Tonträgerhersteller ebenso wie dem Urheber das vermögenswerte Ergebnis sei-

ner Leistung, den Tonträger vervielfältigen und verbreiten zu dürfen, im Wege privatrechtlicher Normierung zugeordnet. Der grundgesetzlich geschützte Kern dieses Leistungsschutzrechts ist die Freiheit des Herstellers, in eigener Verantwortung unter Ausschließung anderer über dieses Recht zu verfügen (vgl. BVerfGE 81, 12 <16>). Es ist im Einzelnen Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung des Leistungsschutzrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (vgl. BVerfGE 31, 229 <240 f.>; 79, 1 <25>; 129, 78 <101>). Dabei hat er einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfGE 21, 73 <83>; 79, 1 <25>; 79, 29 <40>; 129, 78 <101>; 134, 204 <223 f. Rn. 70>).

73 Insofern ist zu differenzieren zwischen Beschränkungen des Verfügungsrechts des Urhebers oder Tonträgerherstellers, die leichter mit Gemeinwohlgründen zu rechtfertigen sind, und solchen des Verwertungsrechts, die nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden können (vgl. BVerfGE 31, 229 <243>; 49, 382 <400>; 79, 29 <41>).

Das heißt indes nicht, dass der Gesetzgeber das Verfügungsrecht aufgrund jedweden staatlichen oder politischen Interesses entziehen darf. Denn historisch und wirtschaftlich stellt es für den Rechteinhaber das Mittel dar, mit dem Interessierten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können. Ist die Nutzung bereits erfolgt, ist die Verhandlungsposition des Rechteinhabers geschwächt. Ein gesetzlich festgelegter nachträglicher Vergütungsanspruch ist daher stets nur Ersatz (vgl. BVerfGE 31, 229 <243>; 79, 29 <41>).

74 Allerdings gebietet die Eigentumsgarantie auch nicht, dem Tonträgerhersteller jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen (vgl. BVerfGE 81, 12 <17>; 129, 78 <101>). Vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen; er muss von Verfassungs wegen nur sicherstellen, dass das, was dem Leistungsschutzrechtsinhaber „unter dem Strich“ verbleibt, noch als angemessenes Entgelt für seine Leistung anzusehen ist (vgl. BVerfGE 79, 29 <42>).

75 Neben den Eigentumsinteressen der Urheber und Leistungsschutzrechtsinhaber hat der Gesetzgeber bei

der Ausgestaltung von Reichweite und Grenzen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verankerten Freiheit der Kunst hinreichend Rechnung zu tragen, die von ihm auch im Verhältnis von Privaten zueinander zu berücksichtigen ist. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Verfügungsrecht des Urhebers oder Tonträgerherstellers, da dieses seinem Inhaber die Rechtsmacht verleiht, gemäß § 97 Abs. 1 UrhG auf Unterlassung der widerrechtlichen Nutzung und Beseitigung der Beeinträchtigung zu klagen sowie damit künstlerische Werke durch staatliche Gerichte verbieten zu lassen (vgl. BVerfGE 119, 1 <21>).

76 3. Diesen Anforderungen werden die gesetzlichen Vorschriften des § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG und des in den angegriffenen Entscheidungen zu dessen Einschränkung entsprechend herangezogenen § 24 Abs. 1 UrhG in ihrem Zusammenwirken gerecht. Sie geben den mit ihrer Auslegung und Anwendung betrauten Gerichten hinreichende Spielräume, um zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der künstlerischen Betätigungsfreiheit einerseits und des eigentumsrechtlichen Schutzes des Tonträgerherstellers andererseits zu gelangen.

77 Die grundsätzliche Anerkennung eines Leistungsschutzrechts zugunsten des Tonträgerherstellers in § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG, das den Schutz seiner wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistung zum Gegenstand hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 112/06, Metall auf Metall I -, NJW 2009, S. 770 <771>), ist auch mit Blick auf die Beschränkung der künstlerischen Betätigungsfreiheit verfassungsrechtlich unbedenklich. Insbesondere schließt sie eine Berücksichtigung der durch das Grundgesetz gewährleisteten Kunstfreiheit nicht aus. Die objektive Entscheidung für die Freiheit der Kunst kann bereits bei der Auslegung des Umfangs und der Reichweite des Schutzrechts berücksichtigt werden, da § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG insoweit Raum zur Auslegung belässt. Ebenso kann der Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit gegenüber der Befugnis der Hersteller, andere von der Nutzung ihrer Tonträger auszuschließen, unter Berufung auf die in § 85 Abs. 4 UrhG für anwendbar erklärten Urheberrechtsschranken sichergestellt werden oder auch - wie in den angegriffenen Entscheidungen - durch eine entsprechende Anwendung des Rechts auf freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG (vgl. BGH, Urteil vom

20. November 2008 - I ZR 112/06, Metall auf Metall I -, NJW 2009, S. 770 <772>).

78 Umgekehrt führt allein die Möglichkeit von Künstlerinnen und Künstlern, sich unter näher bestimmten Umständen, wie hier unter entsprechender Heranziehung des § 24 Abs. 1 UrhG, auf ein Recht auf freie Benutzung von Tonträgern im Sinne des § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG zu berufen, nicht schon grundsätzlich zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung des durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Kerns des Tonträgerherstellerrechts. Es ist nicht ersichtlich, dass bereits durch die grundsätzliche Zulässigkeit erlaubnis- und entschädigungsfreier Nutzungen einzelner Sequenzen von Tonträgern zur Schaffung eines neuen Werks eine Situation geschaffen wird, in der eine angemessene Vergütung der Leistung der Tonträgerhersteller insgesamt nicht mehr gewährleistet wäre.

79 Mit den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist auch, dass § 24 Abs. 1 UrhG durch den 79 Verzicht auf eine entsprechende Vergütungsregelung neben dem Verfügungsrecht der Urheber oder Tonträgerhersteller auch ihr Verwertungsrecht beschränkt. Die Entscheidung des Ge-

setzgebers, die enge Ausnahmeregelung in § 24 Abs. 1 UrhG nicht durch eine Vergütungspflicht zu ergänzen, die den Urheber oder Tonträgerhersteller an den Einnahmen teilhaben ließe, die im Rahmen der freien Benutzung seines Werks oder Tonträgers erst in Verbindung mit der schöpferischen Leistung eines anderen entstehen könnten, hält sich in den Grenzen des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums.

80 Dem Gesetzgeber wäre es allerdings zur Stärkung der Verwertungsinteressen auch nicht von vornherein verwehrt, das Recht auf freie Benutzung mit einer Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung zu verknüpfen. Hierbei könnte er der Kunstfreiheit beispielsweise durch nachlaufende, an den kommerziellen Erfolg eines neuen Werks anknüpfende Vergütungspflichten Rechnung tragen. Auch ohne Vergütungsregelung lässt die gesetzliche Regelung aber ausreichend Spielraum, um hier die Verwertungsinteressen des Tonträgerherstellers bei der Bestimmung der Reichweite des Rechts auf freie Benutzung zu berücksichtigen und ihm - unabhängig vom Einzelfall - „unter dem Strich“ ein angemessenes Entgelt für seine Leistung zu belassen (vgl. BVerfGE 79, 29 <42>). Die Zuläs-

sigkeit einer freien Benutzung von Tonträgern zu künstlerischen Zwecken ist nicht gleichbedeutend mit der generellen Zulässigkeit des erlaubnis- und vergütungsfreien Sampling. So bleibt es im Falle nichtkünstlerischer Nutzungen bei der Lizenzierungspflicht. Zudem erlaubt § 24 Abs. 1 UrhG eine freie Benutzung auch nur, soweit ein hinreichender Abstand des Werks zu der entnommenen Sequenz oder zum Originaltonträger insgesamt besteht (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2009 - I ZR 112/06, Metall auf Metall I -, NJW 2009, S. 770 <773>; zum Abstand bei Laufbildern BGHZ 175, 135 <143> - TV Total).

## II.

81 Dagegen verletzen die angegriffenen Entscheidungen die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in ihrer durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierten Freiheit der künstlerischen Betätigung.

82 1. a) Die Zivilgerichte haben bei der Auslegung und Anwendung des Urheberrechts die im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessenabwägung zwischen dem Eigentumsschutz der Tonträgerhersteller und den damit konkurrierenden Grundrechtspositionen nachzuvollziehen und dabei unverhältnismäßige Grundrechtsbe-

schränkungen zu vermeiden (vgl. BVerfGE 89, 1 <9>; 129, 78 <101 f.>). Sind bei der Auslegung und Anwendung einfachrechtlicher Normen mehrere Deutungen möglich, so verdient diejenige den Vorzug, die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht (vgl. BVerfGE 8, 210 <221>; 88, 145 <166>; 129, 78 <102>) und die die Grundrechte der Beteiligten möglichst weitgehend in praktischer Konkordanz zur Geltung bringt. Der Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Normen ist nicht auf Generalklauseln beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften (vgl. BVerfGE 112, 332 <358>; 129, 78 <102>).

83 Dabei gibt das Grundgesetz den Zivilgerichten regelmäßig keine bestimmte Entscheidung vor. Die Schwelle eines Verstoßes gegen Verfassungsrecht, den das Bundesverfassungsgericht zu korrigieren hat, ist erst dann erreicht, wenn die Auslegung der Zivilgerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte, insbesondere vom Umfang ihres Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeu-

tung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind, insbesondere weil darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet (vgl. BVerfGE 129, 78 <102>; 134, 204 <234 Rn. 103>).

84 b) Die Kunstfreiheit ist in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zwar vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Die Schranken ergeben sich insbesondere aus den Grundrechten anderer Rechtsträger, aber auch aus sonstigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 30, 173 <193>; 67, 213 <228>; 83, 130 <139>; 119, 1 <23 f.>). Der eigentumsrechtliche Schutz des Tonträgerherstellerrechts aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG (vgl. BVerfGE 81, 12 <16>) stellt eine solche Schranke dar.

85 Auch bei der Auslegung und Anwendung dieser privatrechtlichen Vorschrift gebietet jedoch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eine kunstspezifische Betrachtung (vgl. BVerfGE 119, 1 <27>). Dabei sind Intensität und Ausmaß der Auswirkungen der verschiedenen Auslegungs- und Anwendungsvarianten auf die betroffenen Rechtsgüter beider Parteien zu ermitteln und bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

86 Die kunstspezifische Betrachtung verlangt, bei der Auslegung und Anwendung der urheberrechtlichen Ausnahmeregelungen die Übernahme fremder Werkausschnitte in eigene Werke als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen und damit diesen Vorschriften für Kunstwerke zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der weiter ist als bei einer anderen, nicht-künstlerischen Nutzung (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, *Germania* 3 -, NJW 2001, S. 598 <599>). Bei der rechtlichen Bewertung der Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken steht dem Interesse der Urheberrechtsinhaber, die Ausbeutung ihrer Werke ohne Genehmigung zu fremden kommerziellen Zwecken zu verhindern, das durch die Kunstfreiheit geschützte Interesse anderer Künstler gegenüber, ohne finanzielle Risiken oder inhaltliche Beschränkungen in einen Schaffensprozess im künstlerischen Dialog mit vorhandenen Werken treten zu können. Steht der künstlerischen Entfaltungsfreiheit ein Eingriff in die Urheberrechte gegenüber, der die Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig beschränkt, so können die Verwertungsinteressen der Urheberrechtsinhaber zugunsten

der Freiheit der künstlerischen Auseinandersetzung zurückzutreten haben (so bereits BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, Germanica 3 -, NJW 2001, S. 598 <599>). Diese Grundsätze gelten auch für die Nutzung von nach § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG geschützten Tonträgern zu künstlerischen Zwecken.

87 c) Somit gebietet der verfassungsrechtliche Schutz des geistigen Eigentums zum einen nicht, dem Tonträgerhersteller jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen, sondern soll lediglich sicherstellen, dass ihm insgesamt ein angemessenes Entgelt für seine Leistung verbleibt. Zum anderen steht ein Werk mit der Veröffentlichung nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung, sondern tritt bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden. Da es sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit löst und geistiges und kulturelles Allgemeingut wird, muss der Urheber hinnehmen, dass es stärker als Anknüpfungspunkt für eine künstlerische Auseinandersetzung dient (vgl. BVerfGE 79, 29 <42>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des

Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, Germanica 3 -, NJW 2001, S. 598 <599>). Dies hat für das Tonträgerherstellerrecht an urheberrechtlich geschützten Werken genauso zu gelten. Hierin drückt sich die Sozialbindung des geistigen Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 2 GG aus (vgl. BVerfGE 79, 29 <40>; 81, 12 <17 f.>).

88 2. Nach diesen Maßstäben verletzen die angegriffenen Entscheidungen die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit. Die Beschwerdeführer können sich auf die Kunstfreiheit berufen, die durch die angegriffenen Entscheidungen beeinträchtigt wird (a). Die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über das Tonträgerherstellerrecht aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG und über das Recht auf freie Benutzung aus § 24 Abs. 1 UrhG in den angegriffenen Entscheidungen beruhen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Kunstfreiheit, der bei der erforderlichen Abwägung mit den Eigentumsinteressen der Tonträgerhersteller nicht das ihr zukommende Gewicht beigemessen wird (b).

89 a) Die beiden streitgegenständlichen Versionen des Titels „Nur mir“ stellen Kunstwerke im Sinne von 89



Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dar, denn es handelt sich um freie schöpferische Gestaltungen, in denen Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse der Künstler durch das Medium einer bestimmten Formensprache, hier der Musik, zur Anschauung gebracht werden (vgl. BVerfGE 30, 173 <188 f.>; 67, 213 <226>; 75, 369 <377>; 119, 1 <20 f.>).

90 Die angegriffenen Entscheidungen betreffen die Beschwerdeführer unmittelbar im Wirkungsbereich dieser Kunstwerke, indem insbesondere der Vertrieb der beiden Versionen von „Nur mir“ verboten wird. Sie haben aber auch Rückwirkungen auf den Werkbereich, da die Verurteilung gerade auf dem künstlerischen Einsatz des Sampling als musikalischem Gestaltungsmittel beruht, das bei der Produktion der beiden Versionen verwendet wurde (vgl. BVerfGE 67, 213 <224>; 119, 1 <21 f.>). Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass sich die Reichweite der Kunstfreiheit von vornherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden geistigen Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung erstreckt. Ein solch prinzipieller Vorrang der Eigentumsgarantie vor der Gewährleistung der Kunstfreiheit lässt sich - wie auch umgekehrt ein prinzipi-

eller Vorrang der Kunstfreiheit vor dem Eigentum - nicht aus der Verfassung herleiten. Jedes künstlerische Wirken bewegt sich jedoch zunächst im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, gleich wie und wo es stattfindet (anders noch BVerfG, Beschluss des Vorprüfungsausschusses vom 19. März 1984 - 2 BvR 1/84, Sprayer von Zürich -, NJW 1984, S. 1293 <1294>). Ob die Kunstfreiheit dann wegen der Beeinträchtigung insbesondere von Grundrechten Dritter zurücktreten muss, ist erst anschließend zu entscheiden.

91 b) Diese Beeinträchtigung der Beschwerdeführer in ihrer Kunstfreiheit ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die Annahme, die Übernahme selbst kleinster Tonsequenzen stelle einen unzulässigen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht der Kläger gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG dar, soweit der übernommene Ausschnitt gleichwertig nachspielbar sei, trägt der in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierten Kunstfreiheit nicht hinreichend Rechnung.

92 Zwar verletzt die Annahme eines Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht durch kleinste Rhythmussequenzen als solches die Kunstfreiheit nicht (aa). Bei der Abwägung zwischen den

betroffenen grundrechtlich geschützten Positionen (bb) sind jedoch die Auswirkungen der angegriffenen Entscheidungen auf die Kunstfreiheit des entlehrenden Künstlers (<1>) den Auswirkungen einer weiterreichenden Zulassung des Sampling auf die Eigentumsinteressen der Tonträgerhersteller (<2>) gegenüberzustellen. Im Ergebnis muss die Nutzung von Samples bei einer kunstspezifischen Betrachtungsweise auch unabhängig von der Nachspielbarkeit grundsätzlich möglich sein (<3>).

93 aa) Die Bejahung eines Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG schon bei der Entnahme einer nur kurzen Rhythmussequenz stellt für sich genommen noch keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Kunstfreiheit dar, da hierdurch auch nach dem Verständnis der angegriffenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nicht ausgeschlossen wird, dass ein solcher Eingriff bei einer Auslegung und Anwendung des einschlägigen Gesetzesrechts in Einklang mit der Kunstfreiheit rechtmäßig sein kann.

94 Die Annahme einer möglichen Rechtfertigung dieses Eingriffs durch eine analoge Anwendung des Rechts

auf freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG überschreitet nicht die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Da das Sampling zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 noch keine Rolle gespielt hat, ist es jedenfalls vertretbar, wenn der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Nutzung von Ausschnitten aus Tonträgern durch Sampling eine planwidrige Gesetzeslücke annimmt, wie er dies bereits vorher im Fall des Leistungsschutzrechts der Film- beziehungsweise Laufbildhersteller getan hatte (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2000 - I ZR 282/97, *Mattscheibe* -, GRUR 2000, S. 703 <704>; BGHZ 175, 135 <142 Rn. 24 ff.> - *TV Total*). Der durch die Anwendung von § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG auf Samples drohenden Beschränkung der künstlerischen Betätigungsfreiheit begegnet der Bundesgerichtshof in vertretbarer Weise durch die analoge Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 112/06, *Metall auf Metall I* -, NJW 2009, S. 770 <772>).

95 bb) Allerdings muss das Fachgericht bei der Auslegung und Anwendung des Leistungsschutzrechts nach § 85 UrhG den Schutz der Kunstfreiheit berücksichtigen, der in § 24 UrhG

seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat. Dabei wiegt die Behinderung der Freiheit des Künstlers durch das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers in diesem Fall schwerer als der Schutz von Eigentum und Kunstfreiheit der Tonträgerhersteller.

96 (1) Die Anforderungen, die die Gerichte in den angegriffenen Entscheidungen an die Zulässigkeit des Sampling stellen, können weitreichende Auswirkungen für andere Kunstschaffende haben, wie insbesondere im Bereich des Hip-Hop für die Beschwerdeführer. Das Tonträgerherstellerrecht vermittelt seinem Inhaber gegenüber Nutzern des Tonträgers nicht lediglich einen Vergütungsanspruch, sondern enthält auch ein Verfügungsrecht, das dem Inhaber eine Verbotsmacht gegenüber von ihm nicht genehmigten Nutzungen in die Hand gibt. Damit könnte er aber die Schöpfung neuer Kunstwerke verhindern, die durch die Kunstfreiheit geschützt ist. Sampling zu tongestalterischen Zwecken ist dabei genauso von der Kunstfreiheit geschützt, wie wenn es zum Zweck der kritischen Auseinandersetzung mit dem Original erfolgt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, *Germania* 3 -, *NJW* 2001,

S. 598 <599>).

97 Wenn der Musikschafter, der unter Einsatz von Samples ein neues Werk schaffen will, nicht völlig auf die Einbeziehung des Sample in das neue Musikstück verzichten will, stellt ihn die enge Auslegung der freien Benutzung durch den Bundesgerichtshof vor die Alternative, sich entweder um eine Samplelizenzierung durch den Tonträgerhersteller zu bemühen oder das Sample selbst nachzuspielen. In beiden Fällen würden jedoch die künstlerische Betätigungsfreiheit und damit auch die kulturelle Fortentwicklung eingeschränkt, was der Bundesgerichtshof im Rahmen seiner Prüfung der Kunstfreiheit nicht hinreichend berücksichtigt hat.

98 Der Verweis auf die Lizenzierungsmöglichkeit bietet keinen gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit: Auf die Einräumung einer Lizenz zur Übernahme des Sample besteht kein Anspruch; sie kann von dem Tonträgerhersteller aufgrund seines Verfügungsrechts ohne Angabe von Gründen und ungeachtet der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts für die Lizenzierung verweigert werden. Für die Übernahme kann der Tonträgerhersteller die Zahlung

einer Lizenzgebühr verlangen, deren Höhe er - innerhalb der allgemeinen rechtlichen Grenzen, also insbesondere des Wucherverbots des § 138 Abs. 2 BGB - frei festsetzen kann. Besonders schwierig gestaltet sich der Prozess der Rechteeräumung bei Werken, die viele verschiedene Samples benutzen und diese collagenartig zusammenstellen. Die Existenz von Sampledatenbanken, auf denen Samples samt den Nutzungsrechten erworben werden können, sowie von Dienstleistern, die Musikschafter beim Sampleclearing unterstützen, beseitigen diese Schwierigkeiten nur teilweise, da bei deren Inanspruchnahme unter Umständen erhebliche Transaktionskosten und größerer Rechercheaufwand entstehen. Außerdem schränkt die Verweisung hierauf die Samplingmöglichkeiten erheblich - nämlich auf das jeweils vorhandene Angebot - ein.

99 Das eigene Nachspielen von Klängen stellt ebenfalls keinen gleichwertigen Ersatz dar. Der Einsatz von Samples ist eines der stilprägenden Elemente des Hip-Hop. Der direkte Zugriff auf das Originaltondokument ist - ähnlich wie bei der Kunstform der Collage - Mittel zur „ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedäch-

nisses kultureller Gemeinschaften“ (Großmann, Die Geburt des Pop aus dem Geist der phonographischen Reproduktion, in: Bielefeldt/Dahmen/ders., PopMusicology. Perspektiven der Popmusikwissenschaft, 2008, S. 119 <127>) und wesentliches Element eines experimentell synthetisierenden Schaffensprozesses. Die erforderliche kunstspezifische Betrachtung verlangt, diese genrespezifischen Aspekte nicht unberücksichtigt zu lassen. Dass in anderen Bereichen Samples auch oder vorrangig zum Zweck der Kostenersparnis eingesetzt werden, darf nicht dazu führen, den Einsatz dieses Gestaltungsmittels auch dort unzumutbar zu erschweren, wo es stilprägend ist.

100 Hinzu kommt, dass sich das eigene Nachspielen eines Sample als sehr aufwendig gestalten kann und die Beurteilung der gleichwertigen Nachspielbarkeit für die Kunstschafter zu erheblicher Unsicherheit führt. Im Ausgangsverfahren waren vor dem Oberlandesgericht für die Klärung der Nachspielbarkeit mehrere Gutachter und Verhandlungstage erforderlich. Es steht zu befürchten, dass selbst in Fällen, in denen ein gleichwertiges Nachspielen nicht möglich ist, Kunstschafter auf die - in diesem Fall auch

nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs zulässige - Übernahme verzichten, weil ihnen der für den Nachweis der fehlenden Nachspielbarkeit erforderliche Aufwand und das rechtliche Risiko als zu groß erscheinen. Das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit entfaltet damit abschreckende Wirkung, die eine besonders wirksame verfassungsrechtliche Kontrolle erforderlich macht (vgl. für den Fall der Strafbarkeit von Veröffentlichungen BVerfGE 81, 278 <290>).

101 (2) Diesen Beschränkungen der künstlerischen Betätigungsfreiheit steht hier für den Fall einer erlaubnisfreien Zulässigkeit des Sampling durch die Beschwerdeführer nur ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht der Kläger und in entsprechende Rechte anderer Tonträgerhersteller ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile gegenüber.

102 Eine Gefahr von Absatzrückgängen für die Kläger des Ausgangsverfahrens im Hinblick auf ihr Album „Trans Europa Express“ oder auch nur den Titel „Metall auf Metall“ durch die Übernahme der Sequenz in die beiden streitgegenständlichen Versionen des Titels „Nur mir“ ist nicht ersichtlich. Eine solche Gefahr könnte im Einzelfall

allenfalls dann entstehen, wenn das neu geschaffene Werk eine so große Nähe zu dem Tonträger mit der Originalsequenz aufwiese, dass realistisch davon auszugehen wäre, dass das neue Werk mit dem ursprünglichen Tonträger in Konkurrenz treten werde (vgl. Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. F 41; Spindler, NJW 2014, S. 2550 <2552>). Dabei sind der künstlerische und zeitliche Abstand zum Ursprungswerk, die Signifikanz der entlehnten Sequenz, die wirtschaftliche Bedeutung des Schadens für den Urheber des Ausgangswerks sowie dessen Bekanntheit einzubeziehen.

103 Allein der Umstand, dass für den konkreten Fall des Sampling dessen Zulässigkeit entsprechend § 24 Abs. 1 UrhG dem Tonträgerhersteller die Möglichkeit einer Lizenzeinnahme nimmt, bewirkt ebenfalls nicht ohne weiteres - und insbesondere nicht im vorliegenden Fall - einen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil des Tonträgerherstellers.

104 Der Grund dafür, dem Tonträgerhersteller ein besonderes gesetzliches Schutzrecht zu gewähren, war nicht, ihm Einnahmen aus Lizenzen für die Übernahme von Ausschnitten in ande-

re Tonaufnahmen zu sichern, sondern der Schutz vor einer Gefährdung seines wirtschaftlichen Einsatzes durch Tonträgerpiraterie (vgl. Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 23. März 1962, BTDrucks IV/270, S. 34; BVerfGE 81, 12 <18>). Der Schutz kleiner und kleinster Teile durch ein Leistungsschutzrecht, das im Zeitablauf die Nutzung des kulturellen Bestandes weiter erschweren oder unmöglich machen könnte, ist jedenfalls von Verfassung wegen nicht geboten (vgl. von Ungern-Sternberg, GRUR 2010, S. 386 <387>).

105 Schließlich kann ein erheblicher wirtschaftlicher Nachteil auch nicht damit begründet werden, dass der Verwender des Sample durch die Übernahme des eigenen Nachspiels und damit eigene Aufwendungen vermeide (vgl. in diesem Sinne das angegriffene Urteil des Hanseatischen OLG vom 7. Juni 2006- 5 U 48/05 -, GRUR-RR 2007, S. 3 <4>). Hierin liegt zunächst lediglich ein wirtschaftlicher Vorteil des Sampleverwenders durch die erzielte Ersparnis. Dieser korrespondiert aber nicht automatisch mit einem entsprechenden Nachteil des Herstellers des Originaltonträgers. Ein solcher könnte allenfalls in einem kon-

kreten Wettbewerbsverhältnis zwischen den beiden Tonträgerherstellern angenommen werden (vgl. Salagean, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, 2008, S. 233), für das vorliegend aber nichts ersichtlich ist.

106 Soweit die Kläger des Ausgangsverfahrens die Untersagung der Verwendung des Sample nicht zur ökonomischen Verwertung ihrer Leistung erstreben, sondern damit verhindern wollen, dass ihr Musikwerk in anderen Zusammenhängen erscheint, fällt ihr Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht erheblich ins Gewicht. Zudem sind sie durch die Entscheidungen im Ausgangsverfahren ausschließlich in ihren Interessen als Tonträgerhersteller und damit in ihrer Mittlerfunktion zwischen Künstlern und Publikum betroffen, nicht dagegen in ihrer Rolle als Künstler und Urheber.

107 (3) Danach steht hier ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile einer erheblichen Beeinträchtigung der künstlerischen Betätigungsfreiheit und Entfaltungsfreiheit gegenüber.

108 Auch wenn man grundsätzlich die wirtschaftliche Bedeutung der Vergabe von Samplelizenzen für die Tonträgerhersteller schon aufgrund des Art. 14 Abs. 1 GG anerkennt, kann der Schutz des Eigentums nicht dazu führen, die Verwendung von gleichwertig nachspielbaren Samples eines Tonträgers generell von der Erlaubnis des Tonträgerherstellers abhängig zu machen, da dies dem künstlerischen Schaffensprozess nicht hinreichend Rechnung trägt. Dies führt umgekehrt auch nicht zu einer übermäßigen Beschränkung der Verwertungsmöglichkeiten an dem Tonträger. Denn die Vergabe solcher Lizenzen bleibt weiterhin möglich und ist für die Nutzung der Samples in vielen Fällen auch erforderlich - beispielsweise für Nutzungen, die nicht von der Kunstfreiheit erfasst sind oder die aufgrund ihres Umfangs oder ihres zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs mit dem Originaltonträger nicht hinnehmbare wirtschaftliche Risiken für dessen Hersteller mit sich bringen. Insofern haben damit hier die Verwertungsinteressen der Tonträgerhersteller in der Abwägung mit den Nutzungsinteressen für eine künstlerische Betätigung zurückzutreten. Das vom Bundesgerichtshof für die Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG auf Eingriffe in das Tonträgerherstellerecht eingeführ-

te zusätzliche Kriterium der fehlenden gleichwertigen Nachspielbarkeit der übernommenen Sequenz ist nicht geeignet, einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Interesse an einer ungehinderten künstlerischen Fortentwicklung und den Eigentumsinteressen der Tonträgerproduzenten herzustellen.

#### **D.**

##### **I.**

109 Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in ihrem Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit. Die Urteile des Bundesgerichtshofs sowie das Urteil des Oberlandesgerichts vom 17. August 2011 sind aufzuheben und die Sache ist an den Bundesgerichtshof zurückzuverweisen.

##### **II.**

110 Der Bundesgerichtshof kann bei der erneuten Entscheidung die hinreichende Berücksichtigung der Kunstfreiheit im Rahmen einer entsprechenden Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG sicherstellen. Hierauf ist er aber nicht beschränkt. Eine verfassungskonforme Rechtsanwendung, die hier und in vergleichbaren Konstellationen eine Nutzung von Tonaufnahmen zu Zwecken des Sampling ohne vorherige Lizenzie-

nung erlaubt, könnte beispielsweise auch durch eine einschränkende Auslegung von § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG erreicht werden, wonach das Sampling erst dann einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht darstellt, wenn die wirtschaftlichen Interessen des Tonträgerherstellers in erheblicher Weise berührt werden (vgl. Hanseatisches OLG, Beschluss vom 18. April 1991 - 3 W 38/91 -, GRURInt 1992, S. 390 <391>; Urteil vom 16. Mai 1991 - 3 U 237/90 -, NJW-RR 1992, S. 746 <748>; Gelke, Mashups im Urheberrecht, 2013, S. 128 ff.; Häuser, Sound und Sampling, 2002, S. 109 ff.; Leistner, JZ 2014, S. 846 <849>; Salagean, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, 2008, S. 231 ff.). Ebenso erscheint ein Rückgriff auf das Zitatrecht nach § 51 UrhG vorstellbar.

111 Auch völkerrechtliche Bindungen stehen einer solchen Auslegung nicht entgegen. Denn nach Art. 1 Buchstabe c des Genfer Tonträger-Übereinkommens setzt eine Vervielfältigung die Übernahme eines wesentlichen Teils der in dem Tonträger festgelegten Töne voraus. Der Begriff des wesentlichen Teils lässt für die oben entwickelten verfassungsrechtlichen Wertungen hinreichend Raum (vgl.

auch Leistner, JZ 2014, S. 846 <849>).

### III.

112 Soweit Nutzungshandlungen ab dem 22. Dezember 2002 betroffen sind, hat der Bundesgerichtshof als zuständiges Fachgericht zunächst zu prüfen, inwieweit durch vorrangiges Unionsrecht noch Spielraum für die Anwendung des deutschen Rechts bleibt (1). Erweist sich das europäische Richtlinienrecht als abschließend, ist der Bundesgerichtshof verpflichtet, effektiven Grundrechtsschutz vornehmlich dadurch zu gewährleisten, dass er die Richtlinienbestimmungen mit den europäischen Grundrechten konform auslegt und bei Zweifeln über die Auslegung oder Gültigkeit der Urheberrechtsrichtlinie das Verfahren dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV vorlegt (2).

113 1. Auf Nutzungshandlungen ab dem 22. Dezember 2002 ist die Urheberrechtsrichtlinie nach ihrem Art. 10 Abs. 2 anwendbar.

114 Der Bundesgerichtshof hat zu prüfen, ob auch im zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie die deutschen Grundrechte anwendbar sind und dafür zunächst die aus seiner



Sicht einschlägigen Vorschriften der Urheberrechtsrichtlinie daraufhin zu untersuchen, inwiefern sie Umsetzungsspielräume im nationalen Recht zulassen, wobei er der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt.

115 a) Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die eine Richtlinie der Europäischen Union in deutsches Recht umsetzen, sind grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, sondern am Unionsrecht und damit auch den durch dieses gewährleisteten Grundrechten zu messen, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum überlässt, sondern zwingende Vorgaben macht (vgl. BVerfGE 73, 339 <387>; 118, 79 <95>; 121, 1 <15>; 125, 260 <306 f.>; 129, 186 <198 f.>; 133, 277 <313 ff. Rn. 88 ff.>; zur fortbestehenden Identitätskontrolle zuletzt BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, NJW 2016, S. 1149 <1151 Rn. 43 ff.>); zu den Grenzen der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte EuGH, Urteil vom 10. Juli 2014, Hernández, C-198/13, EU:C:2014:2055, Rn. 35; Urteil vom 6. Oktober 2015, Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648, Rn. 27). Ob ein Umsetzungsspielraum besteht, ist

durch Auslegung des dem nationalen Umsetzungsrecht zugrunde liegenden Unionsrechts zu ermitteln. Die Auslegung unionsrechtlicher Sekundärrechtsakte obliegt auf nationaler Ebene zuvörderst den Fachgerichten. Diese haben dabei gegebenenfalls die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV - auch in Bezug auf den Schutz der Grundrechte - in Betracht zu ziehen (vgl. BVerfGE 129, 78 <103>).

116 Halten die Fachgerichte eine vollständige Bindung durch das Unionsrecht ohne Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof für eindeutig, unterliegt dies wegen der Bedeutung dieser Frage für die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte in vollem Umfang der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 129, 78 <103>). Denn mit der Feststellung oder Verneinung eines unionsrechtlichen Umsetzungsspielraums wird zunächst durch die Fachgerichte darüber entschieden, ob Grundrechte des Grundgesetzes berücksichtigt werden müssen und ob das Bundesverfassungsgericht nach seiner Rechtsprechung die Überprüfung nationaler Umsetzungsakte am Maßstab des Grundgesetzes zurücknimmt, solange die Europäische Union

einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleisten, der nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im Wesentlichen gleichkommt (vgl. BVerfGE 73, 339 <387>; 102, 147 <161>; 123, 267 <335>; 129, 78 <103>).

117 b) Im Anwendungsbereich der Urheberrechtsrichtlinie ist die Bindung der Fachgerichte an die Grundrechte des Grundgesetzes nicht ausgeschlossen. Das ist der Fall, soweit diese den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belässt. Dabei ist in Bezug auf jede einzelne Regelung zu unterscheiden, inwieweit diese den Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben macht oder ihnen Umsetzungsspielräume belässt. Bei der Frage der Determinierung des deutschen Rechts durch die Urheberrechtsrichtlinie ist somit zu klären, inwieweit diese den Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht abschließend regelt.

118 Dafür ist zu entscheiden, ob eine Vervielfältigung im Sinne der Richtlinie vorliegt (vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2011, Painer/Standard, C-145/10, EU:C:2011:798, Rn. 36, 95

ff.; Urteil vom 22. Januar 2015, Allposters, C-419/13, EU:C:2015:27, Rn. 24 ff.), ob diese Rechtsprechung auf Vervielfältigungen von Tonträgern übertragbar ist und ob die Rechtfertigung des Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht abschließend geregelt ist (vgl. EuGH, Urteil vom 3. September 2014, Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, Rn. 14 ff.; Urteil vom 27. Februar 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110, Rn. 36; dazu Leistner, GRUR 2014, S. 1145 <1149>; von Ungern-Sternberg, GRUR 2015, S. 533 <536 ff.>).

119 Soweit für die hier zu entscheidenden Fragestellungen eine Determinierung des deutschen Urheberrechts durch die anwendbaren Bestimmungen der Urheberrechtsrichtlinie angenommen wird, gilt dies nicht zwingend auch für die weiteren Regelungen der Richtlinie. So kommen mitgliedstaatliche Spielräume insbesondere im Rahmen der Regelungen zum Schutz von technischen Maßnahmen in Art. 6 der Urheberrechtsrichtlinie (vgl. BVerfGK 19, 278 <283> - AnyDVD), zum Zugang zu Informationen für die Rechtswahrnehmung in Art. 7 sowie zu den Sanktionen und Rechtsbehelfen bei Urheber- und Schutzrechtsverletzungen in Art. 8 in Betracht (vgl. Ohly, Gutachten F

zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. F 103; a.A. Obergfell/Stieper, in: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz, 2015, S. 223 <232>).

120 2. Wenn der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis kommt, dass die Urheberrechtsrichtlinie dem deutschen Gesetzgeber in den für das Ausgangsverfahren relevanten urheberrechtlichen Fragen keinen Umsetzungsspielraum überlässt, ist er verpflichtet, auf einen effektiven unionsrechtlichen Grundrechtsschutz hinzuwirken (a). Soweit der Bundesgerichtshof Zweifel an der Vereinbarkeit der Urheberrechtsrichtlinie mit den europäischen Grundrechten hat, muss er diese Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union vorlegen (b). Dies überprüft das Bundesverfassungsgericht (c).

121 a) Die Verpflichtung, eine effektive Durchsetzung der Unionsgrundrechte über das Vorabentscheidungsverfahren zu fördern, stellt eine notwendige Kompensation dar für die Rücknahme der Überprüfung unionsrechtlich determinierter Sachverhalte anhand der deutschen Grundrechte und für das weitgehende Fehlen von unionsrechtlichem Individualrechtsschutz gegen Rechtssetzungsakte der Europäischen Union.

122 Im Fall der Determinierung des deutschen Urheberrechts durch die Richtlinie ist demnach eine richtlinienkonforme Auslegung der einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts vorzunehmen, in deren Rahmen ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch das Unionsrecht geschützten Grundrechten sicherzustellen ist. Bei der Auslegung der Urheberrechtsrichtlinie sind dann die in Art. 13 Satz 1 der Grundrechtecharta gewährleistete Kunstfreiheit auf der einen und das gemäß Art. 17 Abs. 2 der Grundrechtecharta geschützte geistige Eigentum auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen (zur Urheberrechtsrichtlinie in diesem Zusammenhang vgl. EuGH, Urteil vom 29. Januar 2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 68; Urteil vom 27. März 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, Rn. 45 ff.).

123 b) Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union kann aus grundrechtlicher Sicht insbesondere dann erforderlich sein, wenn das Fachgericht Zweifel an der Übereinstimmung eines europäischen Rechtsakts oder einer Entscheidung des Gerichtshofs mit den Grundrechten des Unionsrechts, die einen den Grund-

rechten des Grundgesetzes entsprechenden Grundrechtsschutz gewährleisten, hat oder haben muss (vgl. BVerfGE 129, 78 <104>). Das verlangt - unabhängig von dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, der bei der fachgerichtlichen Handhabung der Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zu beachten ist (dazu BVerfGE 82, 159 <192 f.>; 129, 78 <105 ff.>; 135, 155 <230 ff. Rn. 176 ff.>) - das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, insbesondere Grundrechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit dem jeweils anwendbaren Grundrecht des Grundgesetzes; vgl. BVerfGE 118, 79 <97>; 129, 78 <103 f.>). Sollte der Bundesgerichtshof bei der Auslegung und Anwendung der Urheberrechtsrichtlinie Zweifel an deren Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Unionsrechts, insbesondere mit der Kunstfreiheit gemäß Art. 13 Satz 1 der Grundrechtecharta, haben, muss er die Frage der Vereinbarkeit mit den europäischen Grundrechten und einer grundrechtskonformen Auslegung der Richtlinie dem Gerichtshof der Europäischen Union vorlegen.

124 c) Mit der Überprüfung der fachgerichtlichen Vorlagepraxis im Grundrechtsbereich füllt das Bundesverfas-

sungsgericht seine Aufgabe bei der Sicherung der Grundrechte in Deutschland nicht nur gegenüber der deutschen, sondern auch der europäischen öffentlichen Gewalt aus (vgl. BVerfGE 89, 155 <156 7. Leitsatz>). Dabei prüft es insbesondere, ob das Fachgericht drohende Grundrechtsverletzungen abgewehrt hat, indem es den Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen seiner Zuständigkeiten mit der Grundrechtsfrage nach europäischem Recht befasst hat, und ob der unabdingbare Mindeststandard des Grundgesetzes gewahrt ist (zu diesem vgl. BVerfGE 133, 277 <316 Rn. 91>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, NJW 2016, S. 1149 <1150 ff. Rn. 40 ff., 66>).

#### IV.

125 Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG.

Kirchhof Schluckebier

Baer

Gaier Masing

Eichberger Paulus

Britz

---

**Landgericht Stuttgart 27 O 170/15  
vom 25.08.2016**

In dem Rechtsstreit geht es um die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Gemälde, das mit „Cranach, Lukas d.Ä. (Schule), 16./17. Jahrhundert, Kopf eines Knaben“ im Auktionskatalog bezeichnet wurde. Später stellte sich heraus, dass es sich bei dem Gemälde um eine Kunstfälschung Christian Gollers handelt. Das LG Stuttgart hat entschieden, dass die Beklagten, ein Auktionshaus und dessen Vermittlerin den Straftatbestand des § 263 StGB erfüllt haben.

---

**Im Namen des Volkes  
Urteil**

In dem Rechtsstreit

xxx

-Kläger-

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Dr. Kemle und Kollegen**, Kleine Mantelgasse 10, 69117 Heidelberg, Gz.: 4/15/26NK

gegen

1) xxx, vertreten durch d. Geschäftsführer, xxx

2) Dr. xxx

-Beklagte –

Prozessbevollmächtigte:

xxx

wegen Forderung und Schadensersatz

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner zu verurteilt, an den Kläger 31.920.00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 09.10.2015 zu bezahlen. Die Beklagte Ziff. 1 wird ferner verurteilt, an den Kläger Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 31.920,00 Euro für die Zeit vom 24.09.2015 bis zum 08.10.2015 zu bezahlen.

2. Die Beklagte Ziff.1 wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.427,00 Euro in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 24.09.2015 zu bezahlen.

3. Die Beklagten tragen die Kosten des Rechtsstreits

4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

## Beschluss

Der Streitwert wird auf 31.920,00 Euro festgesetzt.

## Tatbestand

Der Kläger macht behauptete Schadensersatzansprüche nach dem Kauf eines Gemäldes geltend.

Die Beklagte Ziff. 1, die ein Kunstauktionshaus in Stuttgart betreibt, bot in ihrer Auktion Nr. 409S im Jahre 2008 unter der Losnummer 612 ein Gemälde mit der Beschreibung „Cranach, Lukas d.Ä. (Schule), 16./17. Jahrhundert, Kopf eines Knaben. Öl/Lindenholz. Verso bez. „ANNO ETATIS 14/1509“ , 32,2 x 25,2 cm (9148001)“ an. Die Verwendung des Begriffs Schule bedeutet in Kunsthandelskreisen, dass das Werk zwar nicht vom benannten Künstler selbst stammen muss, aber jedenfalls aus der gleichen Epoche stammt. Bei dem Gemälde handelt es sich jedoch um eine neuzeitliche Fälschung, ausgeführt von Christian Goller. Der Kläger, der sich als Kunsthistoriker seit dem Jahr 2006 hauptberuflich mit der Bearbeitung des Gesamtwerks von Lukas Cranach als Werkverzeichnis befasst, erwarb das Gemälde am 18.09.2008

für 24.000,00 € und bezahlte einschließlich des von der Beklagte Ziff.1 erhobenen Aufgelds einen Kaufpreis von 31.920,00 Euro.

Das Gemälde hatte die Beklagte Ziff.1 von xxx, eine Komplizin von Christian Golle zum Zwecke der Versteigerung erhalten. Diese gab bei der Einlieferung bewusst wahrheitswidrig an, dass das Bild aus dem Nachlass ihres Vaters stamme. Nachdem die Möglichkeit nicht ausgeschlossen war, dass es sich bei dem Gemälde um ein Werk von Lukas Cranach handelt, bat die Beklagte Ziff. 2, eine promovierte Kunsthistorikerin, die für die Beklagte Ziff.1 bis zum Jahre 2010 aus Kunstexpertin tätig war, den anerkannten Cranach-Experten Prof. xxx um eine Stellungnahme. Der Zeuge xxx dem das Bild nicht im Original vorlag, schrieb daraufhin an die Beklagte Ziff. 2 am 09.12.2007 die folgende Mitteilung:

*„... Ja, der 1509 von Cranach gemalte Spalatin war 26 Jahre alt, und nun reduzierte der Fälscher „Ihres“ Bildes das Alter auf 14 Jahre, weil dies wegen der zusätzlichen Benutzung einer Cranach-Zeichnung im Louvre (Photokopie beiliegend) passend erschien. Sie*

*fragten nach meiner Meinung, hier haben Sie sie...“*

Zudem wandte sich die Beklagte an Dr. xxx, der gegenüber der Beklagten Ziff. 1 am 18.12.2007 folgende Stellungnahme abgab, wobei auch ihm das Bild nicht im Original vorlag:

*„... Soweit ich urteilen kann, gehört das Knabenbildnis nach der Zeichnung in Paris in die Gruppe der Nachahmungen von der Hand des Münchener Malers Manfred Goller, der früher in der Nähe von Passau ansässig gewesen ist. Goller ... ist einige Jahre bei Wehlte in Stuttgart gewesen und hatte wohl auch lose Verbindungen zu Taubert in München. Daher versteht es sich, dass vom Standpunkt der Technik und vielleicht auch der Pigmente her keine Unstimmigkeiten an seinen Arbeiten festzustellen sind. Der Maler hat in drei mir bekannten Fällen (ihren eingeschlossen) nach Zeichnungen von Cranach gemalt, dabei allerdings mit eigenwillig fahlen Farben, wie an dem Gewand des Dargestellten zu sehen ist.*

Daraufhin gab die Beklagte Ziff. 2 namens der Beklagten Ziff. 1 zwei Sachverständigengutachten bei der Staatlichen Akademie der bildenden Künste

in Stuttgart in Auftrag und stellte das Gemälde zu diesem Zweck dem Sachverständigen Prof. Dr. xxx zur Durchführung einer Materialanalyse zur Verfügung. Der Sachverständige kam in seinem Gutachten vom 30.04.2008 zu dem Ergebnis, dass die festgestellte Verwendung von Bleizinn gelb als Nachweis dafür betrachtet werden könne, dass es sich bei dem Gemälde nicht um eine Fälschung des 19. oder 20. Jahrhunderts handle, sondern mit großer Wahrscheinlichkeit um ein Gemälde der Cranach-Zeit. In einem zweiten Gutachten vom 30.06.2008 nahm der Sachverständige zur Frage des Vorliegens einer Unterzeichnung Stellung.

Im Anschluss hieran nahm die Beklagte Ziff. 2 das Gemälde zu einem Preis von 5.000,00 Euro in den Katalog auf und verfasste folgenden Text:

*„... Das fein gemalte, ganz im Stil Cranachs ausgeführte Porträt nimmt unmittelbar Bezug auf eine Zeichnung von Lukas Cranach d.Ä. im Louvre, Paris (freundl. Mitteilung von Prof. xxx. 09.12.2007). Die mit Ausnahme weniger Retuschen sehr gut erhaltene Malerei entspricht in der Art der Technik und Pigmentwahl der deutschen*

Malerei der Cranach-Zeit: eine REM/EDX-Untersuchung wies natürliches Azurit im Pigment des blauen Hemdes nach wie auch das Cranach typische Bleizinnigelb in den weißlich-gelben Höhlungen der Haare des Jungen ... „Zusammen mit dem Ergebnis der lichtmikroskopischen Untersuchung kann die Verwendung von Bleizinnigelb als Nachweis dafür betrachtet werden, dass es sich bei dem Gemälde nicht um eine Fälschung oder Kopie des 19. Oder 20. Jahrhunderts handelt, sondern mit großer Wahrscheinlichkeit um ein Gemälde der Cranach-Zeit.“ (Prof. Dr. xxx ... 30.04.2009). Daher kann der Verdacht ausgeschlossen werden, es handele sich um eine Nachahmung von der Hand des Münchner Malers Manfred Goller, der u.a. bei Prof Wehlte an der Akademie in Stuttgart Maltechnologie studiert hat. Von ihm sind zwei auf Cranach-Zeichnungen basierende Nachahmungen bekannt, die alle „eigentwillig fahle“ Farben besitzen und sich durch eine gründliche Kenntnis der Technik und Pigmentwahl Cranach'scher Malerei auszeichnen (freundl. Mitteilung von Prof xxx 18.12.2007). ...“

Ein Hinweis, dass die Herren xxx und xxx das Gemälde als Fälschung angesehen haben, erhält der Text nicht.

Nach dem Erwerb korrespondierte der Kläger mit dem Zeugen xxx über das Gemälde. In einem Schreiben vom 21.05.2009 äußerte der Zeuge die Vermutung, dass das Bild von einem Fälscher stamme, der gewusst habe, dass Bleizinnigelb und altes Holz zu benutzen sei. In einem weiteren Schreiben vom 30.06.2010 wies der Zeuge xxx auf Christian Goller als Fälscher hin. Diese Schreiben stellte der Kläger, dem auch das Schreiben des Zeugen xxx an die Beklagte Ziff. 2 vom 04.12.2007 vorlag, dem LKA Baden-Württemberg im Jahr 2011 zur Verfügung, wobei er das streitgegenständliche Gemälde als Cranach-Imitation bezeichnete.

In einer E-Mail vom 01.07.2012 warf der Kläger der Beklagten Ziff. 1 vor, sie habe die Stellungnahme von Prof. xxx unvollständig und verzerrend zitiert. Ferner wies der Kläger daraufhin, dass er nachweisen könnte, dass es sich bei dem Gemälde um den Teil eines umfangreichen Konvoluts an rezenten Fälschungen handele. Dabei ging der Kläger – wie auch in einer weiteren E-Mail vom 08.07.2012 – von einer betrügerischen Absicht der Beklagten Ziff. 1 aus.



In der Ausgabe der Passauer Neuen Presse vom 20.11.2014 wurde der Kläger mit folgenden Worten zitiert:

„Dazu kam ein „Melanchton-Bildnis“, das bei Neumeister in München 2011 aufgetaucht ist. Es sollte vom 1543 sein. Es ist identisch mit einem „Knabenbildnis“ von 1509, was den Pinselduktus und den Farbauftrag betrifft. Ein gleicher Pinselduktus über einen so langen Zeitraum ist quasi unmöglich. Nun war klar, es handelt sich um zwei Fälschungen von derselben Hand“.

In der Ausgabe der Mittelbayerischen Zeitung vom 23.11.2014 war ein Interview mit dem Kläger über Herrn Goller abgedruckt, in dem er wie folgt zitiert wurde:

„Ich hatte Kontakt mit ihm. Dabei stritt er rundweg ab, dass ein Knabenbild, das angeblich aus dem Cranachumfeld stammen soll, von ihm gemalt war ... Ich hatte das Bild bei einem Nachverkauf in einer Auktion erworben, ohne dass ich es vorher sehen konnte. Die angegebenen Expertisen schienen einwandfrei zu sein. Ich habe aber schnell feststellen müssen, dass das Bild auch Merkmale aufweist, die wir als typisch für die Arbeitsweise des Niederbayern ansehen.“

Ferner wurde der Kläger in einem Artikel im Handelsblatt vom 20.11.2014 zitiert.

Mit Schreiben vom 27.02.2015 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten Ziff. 1 die Anfechtung des Kaufvertrages.

Der Kläger trägt vor,

durch die in Auftrag gegebene naturwissenschaftliche Untersuchung sei es von vornherein nicht möglich gewesen, das Alter des Gemäldes zu bestimmen. Dies sei auch der Beklagten Ziff. 2 bekannt gewesen, zumal sie durch Dr. xxx darauf hingewiesen worden sei, dass dem Fälscher Goller mit Materialanalysen nicht beizukommen sei. Er, der Kläger, hätte das Werk niemals zu einem solchen Preis gekauft, wenn er die negativen Stellungnahmen gekannt hätte.

Von der Tatsache, dass er eine neuzeitliche Fälschung erworben habe, habe er erst im Jahr 2012 Kenntnis erlangt, als vergleichbare Bilder auf den Markt gekommen seien. Zuvor habe nur eine Vermutung bestanden, die auch durch ein Sachverständigen-gutachten nicht hätte erhärtet werden können. In den Interviews sei er nicht

wörtlich wiedergegeben worden. Letzte Zweifel seien erst durch die Einsicht in die Ermittlungsakte im Jahr 2015 ausgeräumt worden, nachdem danach festgestanden habe, dass das Gemälde von Herrn Goller stamme und dass xxx die Beklagte Ziff. 1 bei der Elnlieferung getäuscht habe. Die Täuschung von xxx sei der Beklagten Ziff.1 mit Blick auf das getätigte Kommissionsgeschäft zuzurechnen, so dass der Vertrag aus diesem Grund gesondert anfechtbar sei.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagte als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 31.920.00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

2. hilfsweise die Beklagte Ziff. 1 zu verurteilen, an den Kläger 31.920,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe des am 18.09.2008 durch die Beklagte ziff.1 an den Kläger verkauften Gemäldes, von der Beklagten Ziff 1 bezeichnet als „Cranach, Lucas d.Ä. (Schule), Lot-Nr. 612“,

3. festzustellen, dass sich die Beklgate Ziff.1 hinsichtlich des in Ziff. 2 genannte Gemäldes im Annahmeverzug befindet,

4. die Beklagte Ziff.1 zu verurteilen, an den Kläger außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.427,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Beide Beklagte beantragen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte Ziff 1 trägt vor,

die Beklagte Ziff. 2 sei für die Tätigkeit ausreichend qualifiziert und habe stets zur Zufriedenheit der Kunden gearbeitet. Die Anfechtung sei verfristet. Etwaige Schadensersatzansprüche seien verjährt. Dem Kläger sei es bereits im Jahr 2011 bewusst gewesen, dass es sich bei dem Gemälde um eine neuzeitliche Fälschung handele.

Die Beklagte Ziff. 2 trägt vor,

sie sei aufgrund ihrer eigenen sachkundigen Einschätzung davon ausgegangen, dass es sich bei dem Gemälde um ein aus dem 16./17. Jahrhun-

dert stammendes Original handle. Dies folge vor allem aus der Verwendung des Materials Bleizinn gelb. Es sei unwahrscheinlich gewesen, dass ein neuzeitlicher Fälscher über diese Materialkenntnisse verfüge. Die Äußerungen der Herren xxx und xxx seien wissenschaftlich nicht verbindlich, da die Experten das Original nicht untersucht hätten. Aus dem Katalogtext gehe hervor, dass hinsichtlich der Echtheit auch andere Auffassungen bestünden. Für den Kläger habe die Möglichkeit bestanden, die zitierten Stellungnahmen einzusehen.

Etwaige Ansprüche seien verjährt. Dem Kläger sei spätestens im Jahr 2011 bekannt gewesen, dass es sich bei dem Gemälde um eine neuzeitliche Fälschung handle. Der Kläger habe in dieser Zeit auch Kontakt zu Dr. xxx gehabt, so dass ihm auch dessen Stellungnahme spätestens bekannt gewesen sei. Jedenfalls beruhe eine etwaige Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit. Der Kläger hätte dem Zeugen xxx das Gemälde zur Verfügung stellen können und bei Dr. xxx nachfragen können.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten

Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 28.01.2016 (Bl. 246 ff.d.A.) und vom 17.03.2016 (Bl. 289 ff. d.A.) verwiesen. Der am 19.09.2016 eingegangene Schriftsatz der Beklagten Ziff. 1 gibt keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch schriftliche Vernehmung des Zeugen xxx.. Wegen des Beweisergebnisses wird auf die schriftliche Aussage vom 03.04.2016 (Bl.310 d.A.) Bezug genommen. Die Akte der StA Passau 21 Js 10839/14 wurde beigezogen. Dabei wurden Kopien zur Akte genommen.

#### Entscheidungsgründe

I.

Die zulässige Klage ist begründet. Der Kläger hat gegen beide Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 31.920,00 Euro.

1.

Der Anspruch gegen die Beklagte Ziff.2 folgt aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB

a)

Die Beklagte Ziff. 2 hat den Straftatbestand des § 263 StGB erfüllt.

aa) Eine Täuschung liegt vor. Die Beklagte Ziff. 2 hat bei der Erstellung des Katalogtextes nicht mitgeteilt, dass der Zeuge xxx sowie Dr. xxx das Gemälde in Ihren Stellungnahmen als Fälschung bezeichnet haben. Zwar werden die Stellungnahmen zitiert. Im Zusammenhang mit dem Zitat von Dr. xxx kann auch entnommen werden, dass gewisse Zweifel mit Blick auf das Schaffen von Goller bestanden haben. Es kommt aber in keiner Weise zum Ausdruck, dass in beiden Stellungnahmen von einer Fälschung ausgegangen wird. Daher hat die Beklagte Ziff. 2 über das Ausmaß bestehender Zweifel an der Echtheit des Gemälde getäuscht.

bb)

Durch diese Täuschung der Beklagten Ziff.2 unterlag der Kläger einem Irrtum. Angesichts der Katalogbeschreibung ist sein Vorbringen glaubwürdig, dass er nicht davon ausgegangen sei, dass die Stellungnahmen das Gemälde als neuzeitliche Fälschung bezeichnet haben.

cc)

Es steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kläger im Fall der Kenntnis von dem Inhalt der Stellungnahmen kein Gebot über 24.000,00 Euro abgegeben hätte. Die Beklagten weisen selbst darauf hin, dass der Zeuge xxx ein anerkannter Cranach-Experte ist. Daher ist es für das Gericht glaubhaft, dass ein Kunstsammler, wenn er diese Meinung kennt, nicht mehr bereits ist, einen solchen Betrag für ein Gemälde zu bezahlen, auch wenn der Experte ohne eine fundierte Untersuchung zu diesem Ergebnis gekommen ist.

dd)

Dem Kläger ist ein Schaden in Höhe der geleisteten Zahlung von 31.920,00 Euro entstanden. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass das Gemälde als neuzeitliche Fälschung praktisch wertlos ist.

ee)

Die Beklagte Ziff. 2 hat vorsätzlich gehandelt.

(1)

Zwar kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte Ziff. 2 angenommen hat, dass es sich bei dem Gemälde um eine neuzeitliche Fälschung handelt.

Durch das Verschweigen des Umstandes, dass die zitierten Experten Prof. xxx und Dr. xxx von einer Fälschung ausgegangen sind, hat die Beklagte Ziff. 2 – wie dargelegt – über das Ausmaß der Zweifel an der Echtheit des Gemäldes getäuscht, so dass im Ergebnis ein höheres Risiko für den Ersteigerer bestand, ein letztlich wertlosen Gemälde zu erhalten. Dies ist für sich genommen ausreichend für einen Schädigungsvorsatz (vgl. etwa BGH v. 04.12.2002 – 2 StR 332/02 – NStZ 2003, 264). Dem steht nicht entgegen, dass die Experten ohne eine fundierte Untersuchung zu dem Ergebnis gekommen sind und es sich somit nur um eine vorläufige Meinung handeln konnte. Auch eine vorläufige Meinung von anerkannten Experten führt zu einem höheren Risiko. Dies gilt umso mehr, als sich die Meinungen deckten. Im Übrigen ist auch die Beklagte Ziff.2 offensichtlich nicht davon ausgegangen, dass diese Stellungnahmen wertlos sind, da sie ansonsten nicht hätte einholen und – wenn auch unvollständig – zitieren müssen.

(2)

Die bloße Hoffnung, das Risiko werde sich nicht realisieren, schließt den Vorsatz nicht aus (BGH v. 04.12.2002 – 2 StR 332/02 – NStZ 2003, 264). Zwar

weist die Beklagte Ziff. 2 zutreffend darauf hin, dass ein Vorsatz nicht vorliegt, wenn der Täter überzeugt ist, dass sich das Risiko nicht realisieren werde. Es lässt sich aber ausschließen, dass sie diese Überzeugung hatte. Zwar hat Prof. xxx in dem beklagenseits eingeholten Gutachten ausgeführt, dass es nachgewiesen sei, dass es sich bei dem Gemälde nicht um eine Fälschung oder Kopie des 19./20. Jahrhunderts handele. Allerdings erfolgt die Zuordnung zur Cranach-Zeit im Gutachten nicht eindeutig sondern nur mit großer Wahrscheinlichkeit. Auch war dieses Gutachten offensichtlich nicht geeignet, den Nachweis zu führen, da es allein auf einer Materialuntersuchung und vor allem auf der Erkenntnis basiert, es sei Bleizinn gelb verwendet worden. Es sind keine Umstände ersichtlich, aus denen folgt, dass ein Fälscher nicht in der Lage ist, sich dieses Material zu besorgen. So hat Prof. xxx selbst in seinem Gutachten angegeben, dass das Material Bleizinn gelb im Jahr 1941 wieder entdeckt worden sei. Auch hat Dr. xxx in seiner Stellungnahme angegeben, dass Goller möglicherweise Unstimmigkeiten bei den Pigmenten nicht nachgewiesen werden können. Dass die Beklagte Ziff. 2, wie sie vorträgt, nicht damit gerechnet habe, dass sich ein Fälscher deas

Material besorgt haben kann, ist vor diesem Hintergrund völlig unglaubwürdig. Im Untersuchungsbericht vom 30.06.2008 kommt Prof. xxx selbst nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, sondern verweist auf die Notwendigkeit einer kunsthistorischen Einschätzung.

(3)

Der Annahme eines Schädigungsvorsatzes steht auch nicht entgegen, dass – wie die Beklagte Ziff.2 meint – kein rechts Motiv für einen Betrug erkennbar sei. Der Umstand, dass sie die Stellungnahmen des Zeugen xxx und von Dr. xxx unvollständig wiedergegeben und dadurch die potenziellen Ersteigerer bewusst getäuscht hat, spricht vielmehr dafür, dass es ihr zumindest auch darum gegangen ist, den Verkauf des Gemäldes zu erleichtern.

ff)

Die Beklagte Ziff. 2 handelt auch mit einer rechtswidrigen Bereicherungsabsicht, nachdem es für die Beklagte Ziff. 1 als ihren Arbeitgeber von Vorteil ist, wenn bei einer Auktion höhere Preise erzielt werden können.

b)

Folge des Verstoßes gegen § 263 StGB ist, dass die Beklagte Ziff. 2 dem Kläger den hierdurch entstandenen

Schaden zu ersetzen hat. Nachdem das Bild praktisch wertlos ist, stellt der bezahlte Kaufpreis von 31.920, 00 Euro den Schaden dar.

2.

Der Anspruch gegen die Beklagte Ziff. 1 folgt aus § 311 Abs. 2, 280 Abs.1, 278 BGB.

a)

Die Voraussetzungen einer culpa in contrahendo liegen vor. Wie bereits dargelegt wurde der Kläger durch den Katalogtext getäuscht und zum Erwerb des wertlosen Gemäldes veranlasst. Das Verschulden der Beklagten Ziff. 2 wird der Beklagten Ziff. 1 nach § 278 BGB zugerechnet.

b)

Der Anspruch aus culpa in contrahendo ist nicht durch das Gewährleistungsrecht gesperrt. Nach der Rechtsprechung scheidet eine Sperrwirkung im Falle eines vorsätzlichen Verhaltens aus (BGH v. 27.03.2009 – V ZR 30/08 – NJW 2009, 2120). Ein solches vorsätzliches Verhalten liegt vor, nachdem – wie zur Haftung der Beklagten Ziff. 2 dargelegt – die Beklagte Ziff. 2 als Erfüllungsgehilfin der Beklagten Ziff. 1 den Kläger bewusst getäuscht hat.

c)

Der Anspruch aus culpa in contrahendo besteht auch neben den §§ 123 f. BGB, ohne dass die Jahresfrist des § 124 BGB Anwendung findet (BGH v. 07.02.2013 – IX ZR 138/11 – NJW 2013 1591 Tz.9).

d)

Der Kläger kann, nachdem er in Folge der Pflichtverletzung einen nachteiligen Vertrag geschlossen hat, die Rückgängigmachung verlangen. Insoweit hat er einen Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten Zahlung von 31.920,00 Euro. Eine Verpflichtung zur Rückgabe des Bildes war nicht auszusprechen, nachdem die Beklagte Ziff. 1 einen Vorteilsausgleich insoweit nicht geltend gemacht hat, zumal das Bild auch unstreitig praktisch wertlos ist.

3.

Die Ansprüche sind nicht verjährt. Die Klageschrift wurde den Beklagten nach Eingang am 27.05.2015 bei Gericht im Jahr 2015 zugestellt, so dass Verjährung nach §§ 195, 199 BGB nur dann eingetreten ist, wenn der Anspruch vor Ablauf des 31.12.2011 entstanden ist und der Kläger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis hatte oder eine Unkenntnis auf grober Fahr-

lässigkeit beruhte. Dies kann nicht festgestellt werden. Zwar ist der Anspruch bereits im Jahr 2008 durch die Zahlung der 31.920,00 Euro entstanden. Es kann aber nicht festgestellt werden, dass die subjektiven Voraussetzungen vor Ablauf des 31.12.2011 erfüllt werden. Dies geht zu Lasten der Beklagten, die insoweit beweisbelastet sind (vgl. Ellenberger in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 199 Rn. 50 m.w.N.)

a)

Eine Kenntnis von den Anspruchs begründenden Umständen kann vor Ablauf des 31.12.2011 nicht festgestellt werden.

aa)

Im Falle eines Schadensersatzanspruches liegt die erforderliche Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen vor, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist. Dabei ist weder notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können (BGH v. 03.06.2008

– XI ZR 319/06 – NJW 2008, 2576 Tz. 27). Kenntnis bedeutet keine Gewissheit. Vielmehr liegt eine Kenntnis auch dann vor, wenn noch restliche Zweifel bestehen (Peters/Jacoby in Staudinger, BGB, 2014, § 199 Rn. 71).

bb)

Der Kläger hat unstreitig bereits vor Ablauf des 31.12.2011 gewusst, dass die Beklagte Ziff. 2 die Stellungnahme vom Zeugen xxx nicht richtig wiedergegeben hat und somit über die Zweifel an der Echtheit getäuscht hat. Dies ist aber für die Annahme der Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände nicht ausreichend. Vielmehr muss hinzukommen, dass der Kläger auch Kenntnis davon hatte, dass das Bild eine neuzeitliche Fälschung ist. Wenn das Gemälde gleichwohl aus dem 16./17. Jahrhundert stammen würde, läge kein Schaden vor. Ein solcher ist aber – wie dargelegt - Voraussetzung für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB. Gleiches gilt für den gegen die Beklagte Ziff. 1 bestehenden Anspruch aus § 311 Abs. 2 i.V.m. § 286 Abs. 1 BGB. Da es bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo – anders als bei § 123 BGB – nicht um den Schutz des Selbstbestimmungsrechts unter dem Blickwinkel der Entscheidungsfreiheit

geht, kann eine Vertragsaufhebung nur verlangt werden, wenn dem Gläubiger durch den Vertragsschluss ein Vermögensnachteil entstanden ist (BGH v. 09.11.2007 – V ZR 281/08 – NZJ 2008, 379 Tz.9).

cc)

Der Kläger hat eingeräumt, dass er zum Zeitpunkt der Abfassung des Anspruchsschreibens gegen die Beklagte Ziff. 1 am 01.07.2012 davon ausgegangen sei, dass es sich um ein Werk von Goller handele. Er habe diese Kenntnis erlangt, nachdem im selben Jahr vergleichbare Gemälde auf den Markt gekommen seien. Vorher habe er lediglich vermutet, dass eine neuzeitliche Fälschung vorliege. Diesen Vortrag haben die insoweit beweisbelasteten Beklagten nicht widerlegt.

(1)

Bei der Beurteilung, ob der Kläger zuvor Kenntnis hatte, ist zu berücksichtigen, dass es bei Gemälden in den Fällen, in denen – wie im vorliegenden Fall – Feststellungen nicht schon aufgrund der verwendeten Materialien möglich sind, Schwierigkeiten bereiten kann, eine Fälschung zu verifizieren. Dies wird beklagenseits eingeräumt, wenn sie behaupten, dass die Stellungnahmen des Zeugen xxx und von



Dr. xxx im Jahr 2007, obwohl es sich bei Prof. xxx um einen anerkannten Cranach-Experten handelt, keinen erheblichen Erkenntnisgewinn gehabt hätten. Daher kann ein Erkenntnis nur dann angenommen werden, wenn Umstände vorliegen, aus denen der Schluss auf eine Fälschung gezogen werden kann, dass es sich um eine neuzeitliche Fälschung handelt. Hinzu kommen muss, dass der Geschädigte diesen Schluss auch gezogen hat.

(2)

Das Erkenntnis folgt nicht aus dem Umstand, dass der Kläger selbst ein Cranach-Experte ist. Die Beklagten legen insoweit keine konkreten im Jahr 2011 bereits vorliegenden Umstände dar, aus denen ein Experte den sicheren Schluss ziehen konnte, dass es sich um eine neuzeitliche Fälschung handelt.

(3)

Ein Erkenntnis folgt auch nicht aus dem Schreiben des Zeugen xxx vom 21.05.2009. Hierin wird nur der Verdacht einer Fälschung geäußert. Auch im Schreiben vom 30.06.2010 spricht der Zeuge xxx nur von seiner Beurteilung. Wenn er darin nach Argumenten sucht, die seine Vermutung bestätigen, so folgt hieraus, dass der Kläger diese

Beurteilung noch nicht abschließend teilt. Jedenfalls bringt der Zeuge xxx in dem Schreiben zum Ausdruck, dass er sich nicht sicher ist, ob der Kläger ebenfalls eindeutig von einer Fälschung ausgeht. Wenn auch der Kläger von einer Fälschung ausgegangen ist, konnte der Zeuge xxx nicht sagen. Nachdem er in seiner schriftlichen Stellungnahme ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass er den Zeitpunkt nicht mehr benennen könne, war eine ergänzende Befragung entbehrlich. Für die Interpretation der Aussage durch die Beklagten, dass das Erkenntnis jedenfalls vor dem 30.06.2010 bestand, gibt es keine Anhaltspunkte. Soweit die Beklagten behaupten, dass ein Erkenntnis aus einem Erfahrungsaustausch mit Dr. xxx folge, habe sie dies nicht ausreichend unter Beweis gestellt. Auf die Vernehmung von Dr. xxx wurde ausdrücklich verzichtet. Soweit die Beklagte Ziff. 2 darüber hinaus noch die Zeugen xxx und xxx benannt hat, war dem nicht nachzugehen. Die Zeugen sind nur zu der Behauptung benannt, dass der Kläger Kontakt zu Dr. xxx gehabt habe und ihm dessen Stellungnahme vorgelegen habe. Hieraus folgt aber nicht, dass der Kläger Erkenntnis davon hatte, dass es sich bei dem Gemälde um eine neuzeitliche Fälschung handelt.

(4)

Eine Kenntnis folgt auch nicht aus dem Schriftwechsel des Klägers mit dem LKA Baden-Württemberg. Allein der Umstand, dass der Kläger in seiner Mail am 16.09.2011 den Vorgang als verauktionierte Cranach-Imitation bezeichnet, lässt nicht den Schluss zu, dass er hiervon mit der für die Annahme einer Kenntnis erforderlichen Sicherheit ausgegangen ist. Gegen einen solchen Schluss spricht auch, dass auch der Ermittler ausweislich seines Berichts an die Staatsanwaltschaft vom 22.07.2013 den Kläger nur dahingehen wiedergibt, dass ihm Bedenken gekommen seien. Die Mail vom 29.09.2011 ist wenig aussagekräftig.

(5)

Darüber hinaus kann eine Kenntnis nicht aufgrund der vorgelegten Zeitungsartikel angenommen werden. Hiergegen spricht schon, dass nicht festgestellt werden kann, dass die Journalisten die Aussagen des Klägers richtig wiedergegeben haben. Zudem stammen die Artikel allesamt aus dem Jahr 2014, so dass die Aussagen vom damaligen Kenntnisstand des Klägers geprägt sind. Schließlich sind die Aussagen auch hinsichtlich des Zeitpunktes der Kenntniserlangung unkonkret.

Soweit der Kläger in der Neuen Passauer Presse mit der Aussage wiedergegeben wird, es sei im Jahr 2011 ein vergleichbares Bild bei xxx aufgetaucht, macht dies seine Aussage, er habe erst aufgrund von 2012 auf den Markt gekommenen Bildern Kenntnis von der Fälschung erlangt, nicht unglaubwürdig, da in der Presse nicht dargestellt ist, wann er Kenntnis von diesem Bild in München erlangt hat. Dass der Kläger Herrn Goller mit seinem Verdacht konfrontiert hat, belegt ebenfalls keine Kenntnis. Einen Erfahrungssatz, dass man solche Vorwürfe nur erhebt, wenn man sich seiner Sache sicher ist, gibt es nicht.

(6)

Schließlich verbleiben auch nach einer Gesamtabwägung der genannten Umstände Zweifel an der Behauptung der Beklagten, dass der Kläger bereits im Jahr 2011 eine ausreichende intensive Kenntnis hatte, dass es sich bei dem Bild um eine neuzeitliche Fälschung handelt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Kläger im Rahmen der Pareianhörung auf Fragen zu seiner Kenntnis teilweise auch ausweichend geantwortet hat, wie etwa auf die Frage, ob er die Stellungnahme des Zeugen xxx vor dem Jahre 2012 erhalten habe. Der Kläger war in seinem Ein-

lassungen insgesamt nicht so unglaubwürdig, dass man das Gegenteil feststellen kann.

b)

Es kann auch keine grob fahrlässige Unkenntnis festgestellt werden.

aa)

Die Annahme grober Fahrlässigkeit setzt voraus, dass dem Gläubiger die Kenntnis deshalb fehlt, weil er ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt und das nicht beachtet hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (BGH v. 17.03.2016 – III ZR 47/15 – WM 2016, 733 Tz. 11). Dies kann nicht festgestellt werden.

bb)

Die Beklagten legen schon nicht dar, was konkret der Kläger hätte unternehmen müssen, um weitere Klarheit zu erhalten. Dass es der Kläger unterlassen hat, dem Zeugen xxx das Bild im Original zu zeigen, kann die grobe Fahrlässigkeit nicht begründen, da nicht festgestellt werden kann, dass dies zu einem weiteren Erkenntnisgewinn geführt hätte. Gleiches gilt für ein Sachverständigengutachten, wobei ein Gläubiger im Rahmen des § 199 BGB auch nicht verpflichtet ist nicht uner-

hebliche Gutachterkosten auf sich zu nehmen.

4.

Der Anspruch auf die Zinsen folgt aus §§ 288, 291 BGB, der Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten ist Teil des Schadensersatzanspruches.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Langericht Stuttgart  
Urbanstraße 20  
70182 Stuttgart

einzulegen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.

Seichter

Vorsitzender Richter am Landgericht

Verkündet am 25.08.2016

Özdemir,JFAng'e

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

---