

II. RECHTSPRECHUNG

OLG Köln, 14.11.2018 – 11 U 71/18

Die Zahlungspflicht für eine künstlerische Auftragsarbeit entfällt nicht aufgrund des bloßen Nichtgefallens des Auftraggebers.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22.03.2018 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 27 O 291/16 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.350 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2016 zu zahlen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 5.350 EUR festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I. Der Kläger betreut Künstler aus den Bereichen Musik, Kabarett/Comedy und Enter-

tainment. Die Beklagte beauftragte den Kläger gemäß Auftragsbestätigung vom 09.05.2016 mit der Erstellung eines Videoclips „VIP-Clip“ des Künstlers J. K. anlässlich eines Firmenjubiläums der Beklagten am 15.07.2016. Der Kläger beauftragte sodann den Künstler J. K. mit der Erstellung des Videos zu einem Preis von 5.350 EUR brutto.

Am 30.05.2016 telefonierte die Zeugin P-M., eine Mitarbeiterin der Beklagten, mit dem Zeugen J. K. zu diesem Video. Zudem übersandte die Beklagte dem Zeugen J. K. ein schriftliches Briefing mit Informationen über ihr Unternehmen. Der Zeuge J. K. übermittelte der Beklagten das von ihm erstellte Video (Anlage B2) am 30.06.2016. Am selben Tag rügte die Beklagte gegenüber dem Kläger, dass der Videoclip, mit dem von ihr in Bezug genommenen Videoclip für Radio Köln nicht zu vergleichen sei und ihr nicht gefalle. In der Folge korrespondierten die Parteien per Email über den Videoclip. Mit Schreiben vom 19.07.2016 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zur Abnahme des Videos auf.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zahlung der vereinbarten Vergütung in Höhe von 5.350 EUR einschließlich 7% Umsatzsteuer sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 250,10 EUR. Die Beklagte ist der Auffassung, der Werklohn sei mangels Abnahme nicht fällig. Sie sei auch nicht zur Abnahme verpflichtet,

da der Videoclip nicht dem vertraglich als Vorlage vereinbarten Video für Radio Köln (Anlage B1) und auch nicht den in dem Telefonat vom 30.05.2016 gemachten Vorgaben entspreche. Die Beklagte hat Widerklage auf die Erstattung von Rechtsanwaltskosten im Zusammenhang mit einer Abmahnung des Klägers erhoben.

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen G., P-M. und J. K. Klage und Widerklage abgewiesen. Der Werklohn sei nicht fällig, da aufgrund der Beweisaufnahme feststehe, dass das Video nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspreche. Es ergebe sich aus den Vernehmungen der Zeuginnen G. und P-M., dass der Inhalt des telefonischen Briefings zwischen der Zeugin P-M. und dem Zeugen J. K. Vertragsinhalt geworden sei. Aufgrund der Aussage der Zeugin P-M. stehe fest, dass die Beklagte dem Zeugen J. K. Vorgaben dazu gemacht habe, welche Prominenten in dem VIP-Clip vorkommen (und in der Tonspur von dem Künstler parodiert werden) und in welcher Reihenfolge die ersten drei Prominenten erscheinen sollten. Die entgegenstehenden Angaben des Zeugen J. K. hätten nicht überzeugt. Den Vorgaben der Beklagten entspreche das erstellte Video nicht. Die Abweichungen von der vertraglichen Vereinbarung seien auch nicht unwesentlich.

Der Kläger wendet sich mit der Berufung gegen das Urteil soweit die Klage abgewiesen wurde. Die Widerklage ist nicht Gegen-

stand des Berufungsverfahrens. Der Kläger rügt zunächst die fehlende Inaugenscheinnahme der beiden Videos durch das Landgericht. Es habe die Videos trotz Beweisangebots nicht in Augenschein genommen, insbesondere nicht in der mündlichen Verhandlung. Hätte das Gericht die Videos in Augenschein genommen, so meint der Kläger, hätte es das erstellte Video als vertragsgemäß betrachtet. Das Landgericht habe die dem Zeugen J. K. zustehende und notwendige künstlerische Freiheit außer Acht gelassen und sei daher zu falschen Schlüssen gelangt. Hilfsweise für den Fall, dass das Berufungsgericht das Video nicht als vertragsgemäß betrachte, rügt der Kläger, dass das Gericht die zeitliche Abfolge der Ereignisse nicht ausreichend beachtet und damit den Sachverhalt nur lückenhaft erfasst habe. Der Kläger verweist unter anderem auf die E-Mail vom 01.07.2016, Anlage K3, in der mitgeteilt wurde, dass der ausführende Künstler anbot, das Video zu kürzen und darum bat, Änderungswünsche mitzuteilen. Dieses Angebot habe die Beklagte verspätet mit E-Mail vom 06.07.2016, 18:07 Uhr abgelehnt und angekündigt, sich ab dem 08.07.2016 um ein Ersatzangebot zu kümmern. Der Kläger habe daraufhin mitgeteilt, dass diese Frist nicht mehr umsetzbar sei. Schließlich habe das Landgericht die glaubhafte Aussage des Zeugen J. K. nicht sachgerecht gewürdigt, dass während des Briefings nicht vereinbart

worden sei, dass das Radio-Köln-Video als Basis dienen solle.

Der Kläger beantragt,

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 22.03.2018 – 27 O 291/16, die Beklagte zu verurteilen, 5.610 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.07.2016 an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil. Das Gericht habe die Videos im Vorfeld der mündlichen Verhandlung angesehen. Eine erneute Inaugenscheinnahme im Termin sei nicht notwendig gewesen, da die Ist-Beschaffenheit des erstellten Videos nicht im Streit stehe. Der Kläger habe aufgrund der Vorgabe der Beklagten die Reihenfolge der ersten drei Prominenten einhalten und nur lebende Prominente von der von der Beklagten dazu erstellten Liste in das Video aufnehmen dürfen. Das habe er nicht getan. Er habe im Übrigen das telefonische Nachbesserungsverlangen der Beklagten vom 30.06.2016 sowie das spezifizierte Nachbesserungsverlangen vom 05.07.2016 bereits durch die E-Mail vom 01.07.2016 abgelehnt.

Von der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gem. §§ 540 Abs. 2, 313a ZPO abgesehen.

II. Die Berufung des Klägers ist zulässig und bis auf einen Teil der Nebenforderungen begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von Werklohn in der beanspruchten Höhe, nicht jedoch auf den Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Der Zinsanspruch ist nur teilweise begründet.

1. Nachdem der Senat die beiden streitgegenständlichen, von den Parteien zur Akte gereichten Videos in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2018 öffentlich abgespielt hat, kann offen bleiben, ob das Landgericht die Videos in der mündlichen Verhandlung hätte abspielen müssen.

2. Entgegen der Annahme des Landgerichts steht dem Werklohnanspruch des Klägers aus § 631 BGB nicht die fehlende Fälligkeit entgegen. Der Vergütungsanspruch ist spätestens seit dem Ablauf der vertraglich vereinbarten Leistungszeit fällig. Der Vergütungsanspruch ist durch Abschluss des Vertrages über die Herstellung eines VIP-Clips für das 50jährige Firmenjubiläum der Beklagten entstanden. Es handelt sich um einen Werkvertrag, denn der Gegenstand des Vertrages war ein durch Dienstleistung herbeizuführender Erfolg (§ 631 Abs. 2 BGB), nämlich der Video-Clip. Für die Erstellung des Werkes war der klageweise geltend gemachte Hauptforderungsbetrag als Nettovergütung zuzüglich 7% Mehrwertsteuer vereinbart.

Unstreitig hatte der Kläger das Werk am 30.06.2016 angeboten, die Beklagte es jedoch nicht abgenommen. Die Fälligkeit der Werklohnforderung scheidet dennoch nicht an der fehlenden Abnahme. Zwar war die Abnahme nicht nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen, § 646 BGB. Denn es handelte sich nicht um einen Liveauftritt, sondern um ein vorproduziertes Video.

Allerdings war ein absolutes Fixgeschäft vereinbart. Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn eine Leistung für eine bestimmte terminlich festgelegte Veranstaltung bestellt wird (Palandt/Grüneberg, 77. Auflage 2018, § 271 Rz. 17, OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.12.2000 – 22 U 104/00, NJW-RR 2002, 633). Der Video-Clip sollte und durfte nach einem Zusatz unten auf der Auftragsbestätigung nur im Rahmen der Veranstaltung am 15.07.2016 anlässlich des Firmenjubiläums der Beklagten gezeigt werden. Der Erfüllungsanspruch ist daher seit dem Ablauf des 15.07.2016 jedenfalls wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 BGB.

Die Fristsetzung des Klägervertreters zur Abnahme nach dem Firmenjubiläum ging danach ins Leere. Eine Frist zur Abnahme hatte der Kläger zuvor nicht gesetzt.

Kommt eine rechtsgeschäftliche Abnahme nicht mehr in Betracht, kann der Vergütungsanspruch ohne sie geltend gemacht werden. Entfällt der Erfüllungsanspruch des Bestellers, entsteht grundsätzlich ein Ab-

rechnungsverhältnis (Palandt/Sprau, 77. Auflage 2018, § 641, Rz. 4), ohne dass es auf die Abnahme ankommt.

3. Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung in ungekürzter Höhe. Zwar war das Werk zum Zeitpunkt des Ablaufs der Leistungszeit teilweise nicht vertragsgemäß. Die Beklagte hat jedoch eine rechtzeitige vertragsgemäße Leistung vereitelt.

a) Das erstellte Video stimmt zunächst im Wesentlichen mit dem nach der Auftragsbestätigung geschuldeten Video überein. Es ist lediglich länger als vereinbart.

Unstreitig vertraglich vereinbart war der Inhalt der Auftragsbestätigung vom 09.05.2016. Aus dem Betreff ergibt sich, dass Gegenstand ein „VIP-Clip“ J. K. ist. Gemäß einem Angebot vom 08.03.2016 (welches nicht zur Akte gelangt ist) wird der Auftrag erteilt für

- Erstellung und Zusammenschnitt eines VIP-Clips
- 4-6 min. Videoübertragung
- verschiedene Prominente
- individuelle Zuschneidung auf das Unternehmen
- inkl. telef. Briefing im Vorfeld.

Der Kläger hatte daraufhin von J. K. ein Video erstellen lassen, in dem dieser verschiedene Prominente auftreten ließ und die

verwendeten Originalvideos in der Tonspur durch eigene, auf das Unternehmen der Beklagten zugeschnittene Parodien ersetzte. Ein telefonisches Briefing dazu hatte im Vorfeld unstreitig stattgefunden.

Die Spielzeit von 7:30 min war länger als vereinbart. Es ist aber nicht vorgetragen, dass alleine die Überlänge für die Beklagte erheblich war. Es ist auch nicht erkennbar, dass es anders als etwa bei einer Fernsehwerbung, die sekundengenau gegenüber dem Sender abgerechnet und in ein laufendes Programm eingebettet ist, auf die genaue Dauer ankam.

Zwischen den Parteien ist nicht mehr streitig, dass der Kläger mit dem VIP-Clip eine schöpferische Leistung des Zeugen J. K. versprochen hatte. Dass J. K. hier als Künstler tätig wurde, ergibt sich auch aus dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils.

Grundsätzlich ist bei künstlerischen Werken ein Gestaltungsspielraum des Künstlers hinzunehmen (BGH, Urt. v. 24.01.1956 – VI ZR 147/54, BGHZ 19, 382). Der bloße Geschmack des Bestellers führt nicht zur Annahme eines Mangels, solange dem Unternehmer deshalb nicht konkrete Vorgaben gemacht worden sind (Staudinger/Martinek, Neubearbeitung 2014, § 633 BGB Rz. 188, ähnlich Palandt/Sprau, 77. Auflage 2018, § 633 Rz. 17).

b) Das Landgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte über die Vereinbarungen in der Auftragsbestätigung hinaus in dem telefonischen Briefing Herrn J. K. Vorgaben machen konnte. Das Beweisergebnis des Landgerichts, dass die Beklagte durch die Zeugin P-M. weitere Vorgaben gemacht hat, mit denen sich der Zeuge J. K. einverstanden erklärt hat, ist hier zugrunde zu legen. Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass zwei der bewiesenen Vorgaben bei der Erstellung des Videos nicht eingehalten wurden, nämlich die Reihenfolge der ersten zwei Prominenten sowie die Verwendung von Videos bereits verstorbener Prominenter.

Der Senat geht davon aus, dass das in der Auftragsbestätigung erwähnte Briefing als ein Telefonat zu verstehen war, dass nicht nur der Information des Künstlers diene, sondern auch den Sinn hatte, Gelegenheit zur Vereinbarung von Vorgaben zu bieten oder Wünsche zu äußern. Denn dies entspricht der allgemeinen Bedeutung des Begriffs Briefing.

Der Begriff Briefing kommt aus dem amerikanischen Englisch. Nach The American Heritage Dictionary of the English Language (Online) ist Briefing wie folgt definiert: *“The act or an instance of giving instructions or preparatory information to someone./A meeting at which such information is presented./The information conveyed at such a meeting.”* (Der Akt oder die Gelegenheit, der

Begebung von Anweisungen oder vorbereitenden Informationen an jemanden./ Ein Treffen, bei dem solche Information präsentiert wird./Die Information, die bei einem solchen Treffen überbracht wird.)

Allerdings wird der Begriff in Deutschland schon eigenständig verwendet. Nach Wikipedia handelt es sich bei einem Briefing um eine Kurzeinweisung (Kurzbesprechung) vor einem wichtigen Ereignis (z. B. Teamarbeit, Werbung, Tauchen, Fallschirmspringen u. v. a. m.). Im Deutschen würden auch Ausdrücke wie Unterrichtung oder Einweisung verwendet. Dabei werde in der Werbung der Begriff so verwendet, dass Briefing die Information über alle erforderlichen Sachverhalte ist, die ein Marktforschungsinstitut oder eine Werbeagentur benötige, um ein Angebot abgeben oder einen Auftrag ausführen zu können. Das Briefing beschreibe die Aufgabenstellung und enthält Informationen über Ziele, Zielgruppen, Konkurrenz, Wettbewerbsvorteile und Entwicklungen. Um das gewünschte (kreative) Ergebnis zu erhalten, erfordere das Briefing Spielraum in der Ergebnisgestaltung. Erst durch den gewährten Spielraum unterscheidet sich das Briefing von einer Aufgabenstellung. Der Briefende müsse daher sehr genau differenzieren zwischen den genau vorgegebenen, geschlossenen Ergebnisbestandteilen und den offenen Ergebnisbestandteilen.

Das Landgericht kam aufgrund der Beweiserhebung zu dem Ergebnis, dass die Beklag-

te dem Zeugen J. K. folgende konkrete Vorgaben gemacht hat: Es war ein Video in der Art des Radio-Köln-Videos gewünscht. Die Beklagte hatte eine Liste mit ausgewählten Prominenten zur Verfügung gestellt. Davon sollten die ersten drei Personen der Liste zwingend erscheinen und keine bereits verstorbenen Prominenten in dem Video vorkommen. Als nicht bewiesen sah das Gericht an, dass darüber gesprochen worden war, dass der Vorstand der Beklagten in dem Video-Clip nicht erscheinen dürfe und keine Moderation gewünscht sei. Diese vom Landgericht festgestellten Tatsachen sind gemäß § 529 Abs. 1 ZPO der Berufungsentcheidung zugrunde zu legen.

Die Beweislast für die Vereinbarung von Vorgaben, die die schöpferische Freiheit einschränken, liegt bei dem Besteller, der sich darauf beruft. Hier leitet die Beklagte aus den von ihr behaupteten verbindlichen Vorgaben das Recht her, die Abnahme des fertiggestellten Werkes abzulehnen. Daher liegt die Beweislast für die Vorgaben bei ihr.

Zwar trägt vor der Abnahme der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Mangelfreiheit seiner bisherigen Leistungen. Dies gilt auch dann, wenn der Auftraggeber vor der Abnahme Mängelansprüche geltend macht (BGH, Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07; Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 4. Teil Rn. 13.). Auch ist der Auffassung, dass für den Sollzustand des Werkes uneinge-

schränkt der Besteller beweispflichtig ist (Peters in: Beweislast für Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit des Werkes, NZV 2009, 209, ähnlich Voit in: Bamberger/Roth/Hau/Posek, Beck OK BGB, 45. Edition, Stand: 01.02.2017, § 633 Rn. 5), nicht zu folgen.

Vielmehr ist der Ansicht zu folgen, nach der sich die Beweislastverteilung für die Beschaffensvereinbarung nach allgemeinen Grundsätzen richtet (Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 4. Teil Rn. 17). Derjenige, der aus der von ihm behaupteten Beschaffensvereinbarung Rechte herleitet, trägt die Beweislast (vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 09.01.2018 – 10 U 93/17, Rn. 89, nicht rechtskräftig, mit zustimmender Anmerkung Rehbein, IBR 2018,139).

Zudem ist die künstlerische Gestaltungsfreiheit bei dem Vertrag über die Herstellung eines schöpferischen Werkes der Regelfall, die vertragliche Einschränkung derselben, die Ausnahme (BGH, Urt. v. 24.01.1956 – VI ZR 147/54, BGHZ 19, 382). Diese Gestaltungsfreiheit wird sogar aus der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG hergeleitet (OLG Hamm, Urt. v. 04.12.2007 – 4 U 125/07, NJOZ 2008, 1868 – nicht rechtskräftig, AG München, Urt. v. 24.05.2011 – 224 C 33358/10, BeckRS 2012, 08481).

Soweit das Landgericht davon ausging, dass die Reihenfolge der ersten drei Prominenten

nicht eingehalten worden sei, ist zu berücksichtigen, dass Herr T. vom Leistungsumfang einvernehmlich ausgeschlossen worden war. Dieser hätte ursprünglich nach der Prominentenliste an erster Stelle auftreten sollen. Es ging danach nur noch um die Reihenfolge von Angela Merkel und Barak Obama. Das erstellte Video beginnt mit Angela Merkel und endet mit Barack Obama vor einem letzten Einspieler mit Angela Merkel. Die vorgegebene Reihenfolge ist damit im Hinblick auf Barak Obama nicht eingehalten worden.

Die Vorgabe, keine bereits verstorbenen Prominenten zu parodieren, war, wie das Landgericht zutreffend feststellte, ebenfalls nicht eingehalten worden. Denn als zweite Prominente kommt Inge Meysel zu Wort. Diese war zum Zeitpunkt der Erstellung des Videos bereits verstorben.

Das Video für die Beklagte wurde jedoch entgegen der Darstellung der Beklagten in der Art des Radio-Köln-Videos erstellt. Abweichungen ergeben sich lediglich aus den sonstigen Vorgaben der Beklagten, der Notwendigkeit der Anpassung auf die Beklagte sowie der zu berücksichtigenden künstlerischen Freiheit des J. K..

Das Radio-Köln-Video wird geprägt durch kleine Filmausschnitte von Prominenten, bei denen die Tonspur durch von J. K. gesprochene, auf das Unternehmen Radio Köln

zugeschnittene Parodien ersetzt ist. Nach einem einleitenden Zeichentrickfilm von Benjamin Blümchen folgen kurze Videosequenzen von Queen Elisabeth, Rainer Calmund, Udo Lindenberg, Otto Waalkes, Karl Lagerfeld, Barack Obama und Papst Benedikt XVI. Das Video endet mit der Werbung für einen Baumarkt, die für Radio Köln adaptiert wurde. Zusätzlich zu der Veränderung der jeweiligen Tonspur wird das gelbe Erkennungsschild von Radio Köln an verschiedenen Stellen der Filmausschnitte und Werbungen im Wege der Bildmontage eingeblendet.

Das für die Beklagte erstellte Video ist dem Radio-Köln-Video in vieler Hinsicht sehr ähnlich und enthält zahlreiche identische Elemente. Von den sieben Prominenten im Radio-Köln-Video treten fünf auch im erstellten Video auf. Die Machart gerade dieser fünf Spots ist dem Radio-Köln-Video sehr ähnlich. Die beiden Prominenten, die nur im Radio-Köln-Video, nicht aber in dem erstellten Video auftreten, Otto Waalkes und Benedikt XVI., sind nicht auf der Liste der ausgesuchten Prominenten der Beklagten. Die Einbeziehung von Angela Merkel in das erstellte Video war von der Beklagten ausdrücklich gewünscht, ebenso wie der Auftritt von Joachim Löw, die beide nicht im Radio-Köln-Video mitwirken.

In beiden Videos wird das Produkt des Bestellers einbezogen. Bei Radio Köln wird dies in Form eines Mitschnitts im Zeichentrick-

film, der Erwähnung von Mitarbeitern von Radio Köln in der Parodie von Papst Benedikt XVI. und der wiederholten Einblendung des gelben Erkennungsschildes erreicht. Bei der Beklagten geschieht dies zum Beispiel durch zahlreiche Einblendungen von Fahrern und Filmsequenzen von Prominenten auf Zweirädern. In beiden Videos gibt es zunächst einen Vorspann ohne Prominente. Allerdings beginnt das Radio-Köln-Video mit einem Trickfilm und endet mit einer Werbung ohne Prominente. Nach der Darstellung der Zeugin kam es der Beklagten allerdings gerade auf die Prominenten an und Comics waren nicht gewünscht.

Das Radio-Köln-Video wird nicht von besonderen Übergängen von einem Filmausschnitt zu dem nächsten geprägt. Zwischen den Videosequenzen bei dem Radio-Köln-Video wird der Bildschirm schlicht für rund 2 Sekunden schwarz. Soweit die Beklagte gerade die in dem erstellten Video vorgenommene Moderation als entscheidende, von den Vorgaben abweichende Unterscheidung zu dem Radio-Köln-Video betrachtet, kann dem nicht gefolgt werden. Es entspricht der künstlerischen Freiheit des J. K., die Gestaltung der Übergänge fortzuentwickeln, hier durch die Einspielungen einer Moderation durch Parodien von Angela Merkel. Die Behauptung, es sei die Vorgabe gemacht worden, die Spots sollten einfach hintereinander geschnitten werden, ist nicht bewiesen worden. Auf Nachfrage des Ge-

richts erläuterte die Zeugin: „Ich habe auch nicht explizit gesagt, dass wir keine Moderation wollen, weil ich auch gar nicht auf die Idee gekommen bin, dass er das machen könnte.“

c) Die Beklagte hat die Erstellung eines abnahmefähigen Videos innerhalb der Leistungszeit vereitelt, indem sie nicht rechtzeitig konkrete, vertragsgemäße Änderungswünsche mitgeteilt hat. Der Kläger behält daher den Vergütungsanspruch obwohl er gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit ist. Denn die Beklagte ist für den Zeitablauf, durch den die Unmöglichkeit verursacht wurde, allein oder weit überwiegend verantwortlich, § 326 Abs. 2 BGB.

Mangels Abnahme konnte die Beklagte keine Nachbesserung verlangen. Sie hatte jedoch den Erfüllungsanspruch, da die Leistungszeit zum Zeitpunkt der telefonischen Rüge nicht abgelaufen war. Der Kläger übersandte das Video der Beklagten 15 Tage vor der Veranstaltung. Am selben Tag rügte die Beklagte telefonisch das Video und verweigerte die Abnahme. Der Kläger bot jedoch eine Änderung des Videos durch Kürzung an, die nach der Überzeugung des Senats die nach der Beweisaufnahme bestehende Vertragswidrigkeit hätte beseitigen können. Vor der Jubiläumsveranstaltung kam es nicht mehr zu einer Nachbesserung. Das Video wurde dort auch nicht gezeigt.

Ohne die Mitteilung von (vertragsgerechten) Änderungswünschen musste der Kläger das Video nicht nachbessern. Denn es konnte dem Kläger nicht zugemutet werden, zur Durchsetzung des Zahlungsanspruchs (vor Ablauf der Leistungszeit) zunächst noch weitere Leistungen zu erbringen, von denen von vorne herein feststeht, dass sie zurückgewiesen werden und daher sinnlos sind (BGH, Urt. v. 15.05.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008).

(1) Die telefonische Rüge der Beklagten vom 30.06.2016 reichte nicht aus, um den Kläger in die Lage zu versetzen, das Werk abnahmereif zu ändern.

Unstreitig rügte die Beklagte telefonisch am 30.06.2016, das Video sei mit dem Radio-Köln-Video nicht zu vergleichen und gefalle nicht. Weitere Inhalte des Telefonats sind von den Parteien nicht vorgetragen worden.

Diese Begründung trägt die Ablehnung der Abnahme nicht. Wer einen Künstler mit einem Kunstwerk beauftragt, darf die Abnahme des fertiggestellten Werkes nicht deshalb verweigern, weil es nicht seinem Geschmack entspricht (BGH, Urt. v. 24.01.1956 – VI ZR 147/54, BGHZ 19, 382). Nichtgefallen reicht mithin nicht. Vor dem Hintergrund der behaupteten Vorgaben, war die pauschale Rüge der mangelnden Vergleichbarkeit nicht ausreichend. Wie oben dargestellt, trifft die Rüge auch nicht zu.

Allerdings ist aus der Reaktion des Zeugen J. K. auf die ihm in irgendeiner Form weitergeleitete Rüge, die in der E-Mail vom 01.07.2016 dargestellt wird, zu erkennen, dass offenbar auch weitere Kritikpunkte vorgebracht wurden. Der Zeuge erwidert nämlich auf Kritik an der Erwähnung der Marke Q., an Angela Merkel als Moderatorin, daran, dass Obama am Schluss vorkommt, dass mit der Historie angefangen wurde und dass die Parodie von Joachim Löw möglicherweise nicht gefiel.

Im Einzelnen ist dieser Kritik entgegen zu halten, dass die Marke Q. in dem schriftlichen Briefing ebenso erwähnt wurde wie die Historie. Das Nichtgefallen der Joachim-Löw-Parodie kann wegen der schöpferischen Freiheit des Künstlers ebenfalls nicht entgegen gehalten werden. Die Moderation durch Angela Merkel ist, wie dargestellt, nicht vertragswidrig. Lediglich der Kritikpunkt, dass Obama am Schluss auftrat, war nach der Beweisaufnahme des Landgerichts vertragswidrig.

(2) Alleine die auf die Rüge hin vom Kläger angebotene Kürzung des erstellten Videos um bestimmte Sequenzen hätte die Abweichungen zu den bewiesenen Vorgaben soweit beseitigen können, dass das Video abnahmefähig gewesen wäre.

Am Tag nach der telefonischen Rüge übersandte der Kläger der Beklagten die oben erwähnte Stellungnahme des Künstlers, in

dem er das Werk erläutert und verteidigt. Diese Stellungnahme ist in eine E-Mail des Klägers eingebettet. Die E-Mail endet mit folgendem Absatz: „J. K. ist bereit das Video ggf. etwas zu kürzen, falls das Ihrerseits gewünscht sein sollte. Wenn Sie z.B. möchten, dass Angela Merkel an der ein oder anderen Stelle oder 1-2 Promis ganz raus genommen werden sollen, dann müssten Sie uns bitte konkret mitteilen, wie Ihre Änderungswünsche sind, sodass J. K. dies mit dem Studio abklären kann.“

Soweit die Beklagte in der Berufungserwidern die Ansicht vertritt, damit habe der Kläger das Nachbesserungsverlangen der Beklagten vom 30.06.2016 – also der telefonischen Rüge – abgelehnt, kann dem nicht gefolgt werden. Denn wie dargestellt, verlangte die Beklagte auch Änderungen, die sie nicht auf Basis der vertraglichen Vereinbarungen verlangen konnte. Jedenfalls konnte die Beklagte auch bei Zugrundelegung der Aussage der Zeugin P-M. nicht beweisen, dass Vorgaben zur Moderation gemacht wurden. Vorgaben zu der Erwähnung der Marke Q. werden von der Beklagten gar nicht vorgetragen.

Vielmehr geht mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass der Kläger und auch der Zeuge J. K. bereit wären, das Video durch – gewisse – Kürzung zu ändern. Hier ist zu berücksichtigen, dass das Video nach der Auftragsbestätigung nur 4 Minuten lang sein

musste. Es gab mithin rein rechnerisch Kürzungspotential von fast 3:30 Minuten.

Dabei beträgt insgesamt die Spielzeit von Prominentenfilmausschnitten, die unstreitig vertraglich vereinbarte Prominente betreffen, schon mehr als vier Minuten, nämlich 4:08 Minuten. Denn in dem Video kommen von den 13 auf der Liste der Beklagten nach Herrn T. genannten Prominenten sechs Prominente vor, nämlich Barack Obama als Zwölfter, Karl Lagerfeld als Zehnter, Arnold Schwarzenegger als Sechster, Queen Elisabeth als Vierte, Thomas Gottschalk auf Position elf und Udo Lindenberg auf neun sowie zwölf Einspieler mit Angela Merkel. Darüber hinaus tritt an siebter Stelle Joachim Löw auf, dessen Aufnahme in das Video nach Aussage der Zeugin P-M. auf Vorschlag von der Beklagten vereinbart worden war. Zur Spielzeit jedenfalls vertragsgemäßer Teile des Videos hinzurechnen sind der nicht gerügte Vorspann sowie der Abspann.

Die Gesamtzeit aller Einspieler von Angela Merkel beträgt dagegen nur 1:18 Minuten. Der Abschnitt zu Inge Meysel läuft nur 0:21 Minuten. Diese Teile hätten aus dem Video-Clip gekürzt werden können, ohne dass die vertraglich vereinbarte Laufzeit unterschritten worden wäre. Da ein Auftritt von Angela Merkel grundsätzlich unstreitig vertraglich vereinbart war, hätten nicht alle Einspieler mit Angela Merkel entfernt werden müssen.

Wäre dann nur noch die Position des Spots zu Barack Obama an der vorletzten Stelle des Videos vertragswidrig, hätte dies nicht ausgereicht, um die Verweigerung der Abnahme des Werkes zu rechtfertigen. Es hätte sich um einen unwesentlichen Mangel im Sinne von § 640 Abs. 1 S. 2 BGB gehandelt. Zunächst ist zu beachten, dass Obama auch im Radio-Köln-Video der vorletzte Prominente war. Insofern folgte das erstellte Video dem „Drehbuch“ des Radio-Köln-Videos. Zudem ist der Spot im Übrigen vertragsgemäß. Es ist auch kein Interesse des Bestellers an der von ihm vorgestellten Reihenfolge der ersten zwei Prominenten zu erkennen, welches so hoch zu bewerten wäre, dass die Abnahme daran scheitern könnte. Hingegen ist auch insoweit die künstlerische Freiheit des J. K. zu beachten, der in seiner Stellungnahme nach der Ablehnung der Abnahme erläuterte, weshalb dieser Spot besser am Ende des Video-Clips positioniert sei.

Das Änderungsangebot war nicht deshalb unbeachtlich, weil der Kläger forderte, die Beklagte möge zunächst konkret mitteilen, wie Ihre Änderungswünsche sind. Es war vielmehr dem Kläger nicht zumutbar, ohne Mithilfe der Beklagten das Video zu kürzen. Denn die von der Beklagten behaupteten Vorgaben waren zwischen den Parteien nicht schriftlich festgehalten worden. Allein die Vorgaben, sich einerseits an das Radio-Köln-Video zu halten und andererseits die

vorgegebene Liste zu beachten, konnten nicht gleichzeitig vollständig beachtet werden. Auch konnte ohne Mithilfe der Beklagten kaum entschieden werden, inwieweit die Sequenzen mit Angela Merkel, die nach den bewiesenen Vorgaben jedenfalls an erster Stelle des Videos auftreten sollte, nunmehr gänzlich oder nur teilweise herausgenommen werden sollten.

Die Beklagte hat das Änderungsangebot des Klägers nicht angenommen. Zunächst hat sie auf die E-Mail vom 01.07.2016, 13:01 Uhr gar nicht reagiert. Der Kläger bot die Änderung mit E-Mail vom 05.07.2016, 9:19 Uhr daraufhin erneut an. Die Beklagte reagierte mit E-Mail vom selben Tag, 15:17 Uhr. Darin rügte die Beklagte erstmals auch die Nichteinhaltung der Prominentenliste und wiederholte einen Teil der offenbar bereits am 30.06.2016 vorgebrachten Kritik. Sie ging jedoch nicht auf die Bitte ein, konkrete Änderungswünsche anzugeben. Vielmehr endet die E-Mail mit den Sätzen: „Wir sehen nicht, wie Sie dieses Video noch nachbessern können. Es ist völlig anders, als wir beauftragt haben.“ Der Kläger fasste diese E-Mail zutreffend als Ablehnung des Änderungsangebots auf und teilte dies der Beklagten mit E-Mail vom 06.07.2016 mit.

Der dann folgenden ausdrücklichen Aufforderung zur Änderung oder Nachbesserung des Videos der Beklagten durch E-Mail vom 06.07.2016, 18:07 Uhr, musste der Kläger nicht (mehr) Folge leisten.

Zum einen war die in dieser E-Mail eingeräumte Frist zu kurz bemessen. Die Email der Beklagten ging bei dem Kläger am Mittwoch erst um 18:07 Uhr ein, mithin nach üblichem Geschäftsschluss, der in der Regel gegen 17:00 Uhr anzunehmen ist. Die Frist lief dann nur noch bis Freitag. Das war im Hinblick auf die geforderten Änderungen zu kurz, zumal der Kläger bereits in der ersten Email vom 01.07.2016 deutlich gemacht hatte, dass J. K. bestimmte Änderungen mit dem Studio abklären müsste.

Zum anderen verlangte die Beklagte in der E-Mail auch Änderungen an dem Video, die nicht einmal durch den Vortrag der Beklagten zu vertraglichen Vorgaben gedeckt waren oder jedenfalls durch die Aussage der Zeugin P-M. nicht bewiesen wurden.

Die Beklagte forderte nämlich, dass der Künstler sich hätte informieren müssen, ob die Markenauftritte der Beklagten aktuell waren. Eine entsprechende Vorgabe der Beklagten hat diese im Verfahren nicht vorgebracht. Sie ergibt sich auch nicht aus den eingereichten Unterlagen. Vielmehr muss sich die Beklagte die Übersendung des schriftlichen Briefings entgegen halten lassen, in dem die verwendeten Marken vorkommen.

Soweit die Beklagte in dieser E-Mail behauptet, die von der Beklagten vorgegebene

Reihenfolge der Prominenten sei als „Drehbuch“ vorgesehen gewesen, ist ihr jetzt entgegen zu halten, dass die Zeugin P-M. ausgesagt hat, dass das Radio-Köln-Video als Drehbuch vorgesehen war. Dieses stimmte aber – wie dargestellt – insbesondere nicht mit der Prominentenliste überein. Zuletzt konnte die Beklagte nicht beweisen, dass es eine Vorgabe gab, dass der Vorstand nicht in dem Video auftauchen darf. Dies zu ändern wurde jedoch ebenfalls gefordert.

4. Vorgerichtliche Anwaltskosten schuldet die Beklagte dem Kläger nicht. Denn sie war zum Zeitpunkt des anwaltlichen Schreibens vom 19.07.2016 nicht in Verzug. Die Forderung war lediglich fällig.

Die Voraussetzungen für die beantragten Zinsen ab Fälligkeit (etwa gemäß § 353 S. 1 HGB) hat der Kläger nicht dargetan. Verzugszinsen sind vor Zustellung der Klage ebenfalls nicht geschuldet. Denn eine Mahnung der Beklagten durch den Kläger oder seinen Prozessbevollmächtigten nach Fälligkeit (§ 286 Abs. 1 BGB) ist nicht vorgetragen. Insbesondere stellte das anwaltliche Schreiben vom 19.07.2016 keine Mahnung dar. Die Beklagte schuldet dem Kläger jedoch Prozesszinsen ab dem Folgetag der Klagezustellung am 31.08.2016, §§ 291, 288 BGB.

Ein Hinweis des Gerichts im Hinblick auf die Nebenforderungen war entbehrlich, § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO.

III. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war durch die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Parteien vom 18.10. und 06.11.2018 nicht veranlasst. Die Schriftsätze enthalten keinen neuen Vortrag. Der erwähnte Sachverhalt war bereits Gegenstand der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2018.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden.

EuGH, 07.08.2018 – C.161/17

Urteil des Europäischen Gerichtshofs über die Frage, ob die Verwendung frei zugänglicher Fotografien auf anderen Webseiten ohne die Zustimmung des Urhebers rechtmäßig ist.

URTEIL DES GERICHTSHOFS
(Zweite Kammer)

7. August 2018

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Richtlinie 2001/29/EG – Informationsgesellschaft – Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte – Art. 3 Abs. 1 – Öffentliche Wiedergabe – Begriff – Einstellung einer Fotografie ohne die Zustimmung des Urheberrechtshabers auf eine Website, nachdem die Fotografie zuvor ohne beschränkende Maßnahme und mit der Zustimmung des Urheberrechtshabers veröffentlicht worden war – Neues Publikum“

In der Rechtssache C-161/17

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Bundesgerichtshof (Deutschland) mit Entscheidung vom 23. Februar 2017, beim Gerichtshof eingegangen am 31. März 2017, in dem Verfahren

Land Nordrhein-Westfalen

gegen

Dirk Renckhoff

erlässt

DER GERICHTSHOF

(Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. Ilešič (Berichterstatter), des Richters A. Rosas, der Richterinnen C. Toader und A. Prechal sowie des Richters E. Jarašiūnas,

Generalanwalt:

M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: R. Şereş, Verwaltungsrätin,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- des Landes Nordrhein-Westfalen, vertreten durch Rechtsanwalt M. Rügenapp,
- von Herrn Renckhoff, vertreten durch Rechtsanwalt S. Rengshausen,
- der französischen Regierung, vertreten durch D. Segoin als Bevollmächtigten,
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtig-

te im Beistand von F. De Luca, avvocato dello Stato,

- der Europäischen Kommission, vertreten durch J. Samnadda und T. Scharf als Bevollmächtigte,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 2018,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 25. April 2018

folgendes

Urteil

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. 2001, L 167, S. 10).

Es ergeht in einem Rechtsstreit zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen (Deutschland) und Herrn Dirk Renckhoff, einem Fotografen, darüber, dass eine Schülerin einer im Zuständigkeitsbereich dieses Landes gelegenen Schule eine von Herrn Renckhoff angefertigte und auf einer Website öffentlich zugängliche Fotografie ohne Zustimmung genutzt hatte, um ein Schülerreferat zu il-

lustrieren, das von dieser Schule auf einer anderen Website veröffentlicht worden ist.

Rechtlicher Rahmen

In den Erwägungsgründen 3, 4, 9, 10, 23 und 31 der Richtlinie 2001/29 heißt es:

„(3) Die vorgeschlagene Harmonisierung trägt zur Verwirklichung der vier Freiheiten des Binnenmarkts bei und steht im Zusammenhang mit der Beachtung der tragenden Grundsätze des Rechts, insbesondere des Eigentums einschließlich des geistigen Eigentums, der freien Meinungsäußerung und des Gemeinwohls.

(4) Ein harmonisierter Rechtsrahmen zum Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte wird durch erhöhte Rechtssicherheit und durch die Wahrung eines hohen Schutzniveaus im Bereich des geistigen Eigentums substantielle Investitionen in Kreativität und Innovation einschließlich der Netzinfrastruktur fördern und somit zu Wachstum und erhöhter Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie beitragen, und zwar sowohl bei den Inhalten und der Informationstechnologie als auch allgemeiner in weiten Teilen der Industrie und des Kultursektors. Auf diese Weise können Arbeitsplätze erhalten und neue Arbeitsplätze geschaffen werden.

...

(9) Jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte muss von einem hohen Schutzniveau ausgehen, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind. Ihr Schutz trägt dazu bei, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher, von Kultur und Wirtschaft sowie der breiten Öffentlichkeit sicherzustellen. Das geistige Eigentum ist daher als Bestandteil des Eigentums anerkannt worden.

(10) Wenn Urheber und ausübende Künstler weiter schöpferisch und künstlerisch tätig sein sollen, müssen sie für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten, was ebenso für die Produzenten gilt, damit diese die Werke finanzieren können. Um Produkte wie Tonträger, Filme oder Multimediaprodukte herstellen und Dienstleistungen, z. B. Dienste auf Abruf, anbieten zu können, sind beträchtliche Investitionen erforderlich. Nur wenn die Rechte des geistigen Eigentums angemessen geschützt werden, kann eine angemessene Vergütung der Rechtsinhaber gewährleistet und ein zufriedenstellender Ertrag dieser Investitionen sichergestellt werden.

...

(23) Mit dieser Richtlinie sollte das für die öffentliche Wiedergabe geltende Urheberrecht weiter harmonisiert werden. Dieses Recht sollte im weiten Sinne verstanden

werden, nämlich dahin gehend, dass es jegliche Wiedergabe an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist. Dieses Recht sollte jegliche entsprechende drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werks, einschließlich der Rundfunkübertragung, umfassen. Dieses Recht sollte für keine weiteren Handlungen gelten.

...

(31) Es muss ein angemessener Rechts- und Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen gesichert werden. ...“

4 Art. 3 („Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände“) der Richtlinie 2001/29 bestimmt in seinen Abs. 1 und 3:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.

(3) Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte erschöpfen sich nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit.“

Art. 5 („Ausnahmen und Beschränkungen“) der Richtlinie 2001/29 sieht in seinem Abs. 3 Buchst. a vor:

„Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

a) für die Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, sofern – außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist – die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, wann immer dies möglich ist, angegeben wird und soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“.

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

Herr Renckhoff, der vor dem Landgericht Hamburg (Deutschland) Klage erhoben hatte, ist Fotograf. Die Stadt Waltrop (Deutschland), die ursprünglich Beklagte im ersten Rechtszug war, aber am Ausgangsverfahren nicht mehr beteiligt ist, ist Trägerin der Gesamtschule Waltrop (im Folgenden: Schule). Das Land Nordrhein-Westfalen (Deutschland), das ebenfalls Beklagter im ersten

Rechtszug war, übt die Aufsicht über die Schule aus und ist Dienstherr bzw. Arbeitgeber der dort beschäftigten Lehrkräfte.

Seit dem 25. März 2009 war auf der Website der Schule ein Referat abrufbar, das eine ihrer Schülerinnen im Rahmen einer von der Schule angebotenen Spracharbeitsgemeinschaft erstellt hatte und als Illustration eine von Herrn Renckhoff angefertigte Fotografie (im Folgenden: Fotografie) enthielt, die die Schülerin von der Website eines Reisemagazin-Portals (im Folgenden: Reisewebsite) heruntergeladen hatte. Die Fotografie war auf der Reisewebsite ohne beschränkende Maßnahme, die ihr Herunterladen verhinderte, eingestellt. Unter der Fotografie hatte die Schülerin einen Hinweis auf die Reisewebsite angebracht.

Herr Renckhoff macht geltend, nur den Betreibern der Reisewebsite ein Nutzungsrecht eingeräumt zu haben, und sieht die Einstellung der Fotografie auf die Website der Schule als Verletzung seines Urheberrechts. Er beantragte beim im ersten Rechtszug zuständigen Gericht, dem Land Nordrhein-Westfalen unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, die Fotografie zu vervielfältigen oder vervielfältigen zu lassen und/oder öffentlich zugänglich zu machen oder machen zu lassen, hilfsweise, Schülerinnen und Schülern zu ermöglichen, die Fotografie zum Zwecke des Einstellens ins Internet zu vervielfältigen. Er verlangte vom

Land außerdem einen Betrag von 400 Euro als Schadensersatz.

Der Klage von Herrn Renckhoff wurde teilweise stattgegeben und das Land Nordrhein-Westfalen dazu verurteilt, die Fotografie von der Website der Schule zu nehmen und einen Betrag von 300 Euro zuzüglich Zinsen zu zahlen.

Beide Parteien legten gegen dieses Urteil Berufung beim Oberlandesgericht Hamburg (Deutschland) ein, das u. a. davon ausging, dass die Fotografie vom Urheberrecht geschützt sei und ihre Einstellung auf die Website der Schule das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, deren Inhaber Herr Renckhoff sei, verletzt habe. Dass die Fotografie vor den streitigen Handlungen bereits uneingeschränkt für jedermann im Internet zugänglich gewesen sei, sei ohne Bedeutung; durch die Vervielfältigung der Fotografie auf dem Server und die anschließende öffentliche Zugänglichmachung auf der Website der Schule sei es zu einer „Entkopplung“ von der ursprünglichen Veröffentlichung auf der Reisewebsite gekommen.

Das im Wege der Revision angerufene vorlegende Gericht ist der Auffassung, dass die Entscheidung über diese Revision davon abhängen, wie Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 auszulegen sei. Es hat insbesondere Zweifel, ob das von der Rechtsprechung aufgestellte Kriterium erfüllt ist, wo-

nach die betreffende öffentliche Wiedergabe gegenüber einem „neuen“ Publikum erfolgen muss.

Unter diesen Umständen hat der Bundesgerichtshof (Deutschland) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Stellt die Einfügung eines auf einer fremden Internetseite mit Erlaubnis des Urheberrechtinhabers für alle Internetnutzer frei zugänglichen Werkes in eine eigene öffentlich zugängliche Internetseite ein öffentliches Zugänglichmachen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 dar, wenn das Werk zunächst auf einen Server kopiert und von dort auf die eigene Internetseite hochgeladen wird?

Zur Vorlagefrage

Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass er die Einstellung einer Fotografie auf eine Website erfasst, wenn die Fotografie zuvor ohne beschränkende Maßnahme und mit Zustimmung des Urheberrechtinhabers auf einer anderen Website veröffentlicht worden ist.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass eine Fotografie urheberrechtlich geschützt sein kann, sofern sie, was das nationale Gericht

im Einzelfall zu prüfen hat, die eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt, in der dessen Persönlichkeit zum Ausdruck kommt und die sich in dessen bei ihrer Herstellung getroffenen freien kreativen Entscheidungen ausdrückt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 1. Dezember 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, Rn. 94).

Was die Frage betrifft, ob die Einstellung einer Fotografie auf eine Website eine „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 darstellt, wenn die Fotografie zuvor ohne beschränkende Maßnahme und mit Zustimmung des Urheberrechtsinhabers auf einer anderen Website veröffentlicht worden ist, ist darauf hinzuweisen, dass diese Vorschrift vorsieht, dass die Mitgliedstaaten den Urhebern das ausschließliche Recht erteilen, die öffentliche Wiedergabe ihrer Werke zu erlauben oder zu verbieten.

Folglich verletzt vorbehaltlich der in Art. 5 der Richtlinie 2001/29 erschöpfend aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen jede Nutzung eines Werks durch einen Dritten ohne eine solche vorherige Zustimmung die Rechte des Urhebers dieses Werks (Urteil vom 16. November 2016, Soulier und Doke, C-301/15, EU:C:2016:878, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Da in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ nicht erläutert wird, sind Sinn und Tragweite die-

ses Begriffs mit Blick auf die Ziele, die mit dieser Richtlinie verfolgt werden, und den Zusammenhang, in den sich die auszulegende Vorschrift einfügt, zu bestimmen (Urteil vom 14. Juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, Rn. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Insoweit ergibt sich aus den Erwägungsgründen 4, 9 und 10 der Richtlinie 2001/29, dass deren Hauptziel darin besteht, ein hohes Schutzniveau für die Urheber zu erreichen und diesen damit die Möglichkeit zu geben, für die Nutzung ihrer Werke u. a. bei einer öffentlichen Wiedergabe eine angemessene Vergütung zu erhalten. Daher ist der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ weit zu verstehen, wie dies im Übrigen auch ausdrücklich aus dem 23. Erwägungsgrund dieser Richtlinie hervorgeht (Urteil vom 14. Juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29, dass der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ zwei kumulative Tatbestandsmerkmale vereint, nämlich eine „Handlung der Wiedergabe“ eines Werks und dessen „öffentliche“ Wiedergabe (Urteil vom 16. März 2017, AKM, C-138/16, EU:C:2017:218, Rn. 22, und vom 14. Juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Was das erste Tatbestandsmerkmal – nämlich das Vorliegen einer „Handlung der Wiedergabe“ – angeht, reicht es für eine solche Handlung, wie sich aus Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ergibt, insbesondere aus, wenn ein Werk einer Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder dazu Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit nutzen oder nicht (Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a., C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 19, und vom 14. Juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, Rn. 31 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

Im vorliegenden Fall ist es als „Zugänglichmachung“ und folglich als „Handlung der Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 einzustufen, wenn auf eine Website eine zuvor auf einer anderen Website veröffentlichte Fotografie eingestellt wird, nachdem sie zuvor auf einen privaten Server kopiert worden war. Denn durch ein solches Einstellen wird den Besuchern der Website, auf der die Einstellung erfolgt ist, der Zugang zu der betreffenden Fotografie auf dieser Website ermöglicht.

Hinsichtlich des zweiten der vorgenannten Tatbestandsmerkmale, nämlich, dass das geschützte Werk tatsächlich „öffentlich“ wiedergegeben wird, ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass „Öffentlichkeit“ begrifflich eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten bedeutet und

ferner aus einer ziemlich großen Zahl von Personen bestehen muss (Urteile vom 13. Februar 2014, Svensson u. a., C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 21, und vom 14. Juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, Rn. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Im vorliegenden Fall richtet sich eine Wiedergabehandlung wie die in Rn. 21 des vorliegenden Urteils genannte an sämtliche potenziellen Nutzer der Website, auf der die betreffende Einstellung erfolgt ist, also an eine unbestimmte und ziemlich große Zahl von Adressaten, und ist unter diesen Bedingungen als „öffentlich“ im Sinne der vorstehend angeführten Rechtsprechung anzusehen.

Allerdings ist, wie sich ebenfalls aus ständiger Rechtsprechung ergibt, für eine Einstufung als „öffentliche Wiedergabe“ außerdem erforderlich, dass die Wiedergabe des geschützten Werks unter Verwendung eines technischen Verfahrens, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet, oder ansonsten für ein „neues Publikum“ erfolgt, d. h. für ein Publikum, an das der Inhaber des Urheberrechts nicht gedacht hatte, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe seines Werks erlaubte (Urteile vom 13. Februar 2014, Svensson u. a., C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 24, vom 8. September 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 37, und vom 14. Juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, Rn. 28).

Im vorliegenden Fall ist sowohl die ursprüngliche Wiedergabe des Werks auf einer Website als auch dessen spätere Wiedergabe auf einer anderen Website unter Verwendung des gleichen technischen Verfahrens erfolgt.

Die Parteien des Ausgangsverfahrens und die in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union bezeichneten Beteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, sind sich allerdings nicht darüber einig, ob die Fotografie gegenüber einem „neuen Publikum“ wiedergegeben wurde.

Das Land Nordrhein-Westfalen und die italienische Regierung machen nämlich insbesondere unter Berufung auf das Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a. (C-466/12, EU:C:2014:76), geltend, dass zwischen der Wiedergabe eines Werks durch seine Einstellung auf eine Website einerseits und der Wiedergabe dieses Werks durch die Einfügung eines Hyperlinks auf einer Website, der auf eine andere Website verweise, auf der das betreffende Werk ursprünglich ohne beschränkende Maßnahme und mit Zustimmung des Urheberrechtshabers wiedergegeben worden sei, andererseits keine Unterscheidung gemacht werden dürfe. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens sei das Werk somit nicht gegenüber einem neuen Publikum wiedergegeben worden.

Hingegen haben Herr Renckhoff und die französische Regierung in der mündlichen Verhandlung ebenso wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen sinngemäß die Auffassung vertreten, dass die in der vorstehenden Randnummer angeführte Rechtsprechung unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar sei. Insbesondere müsse die Wiedergabe eines Werks nicht mittels eines Hyperlinks, sondern mittels seiner neuen Einstellung auf eine andere Website als die, auf der das Werk bereits mit Zustimmung des Urheberrechtshabers wiedergegeben worden sei, als „neue öffentliche Wiedergabe“ eingestuft werden, weil u. a. der Urheberrechtshaber infolge dieser neuen Zugänglichmachung nicht mehr in der Lage sei, die Kontrolle über die ursprüngliche Wiedergabe des betreffenden Werks auszuüben.

Insoweit ist erstens auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs hinzuweisen, wonach vorbehaltlich der in Art. 5 der Richtlinie 2001/29 vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen jede Handlung der Vervielfältigung oder der öffentlichen Wiedergabe eines Werks durch einen Dritten der vorherigen Zustimmung seines Urhebers bedarf und die Urheber nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 über ein Recht vorbeugender Art verfügen, das es ihnen erlaubt, sich bei Nutzern ihrer Werke vor der öffentlichen Wiedergabe, die diese Nutzer durchzuführen beabsichtigen, einzuschalten,

und zwar, um diese zu verbieten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 31. Mai 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, Rn. 30, vom 16. November 2016, Soulier und Doke, C-301/15, EU:C:2016:878, Rn. 33, und vom 14. Juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, Rn. 20 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

Einem solchen Recht vorbeugender Art würde aber die Wirksamkeit genommen, falls es nicht als Wiedergabe an ein neues Publikum gewertet würde, wenn auf eine Website ein Werk eingestellt wird, das zuvor auf einer anderen Website und mit Zustimmung des Urheberrechtinhabers veröffentlicht worden ist. Denn ein solches Einstellen auf eine andere Website als die, auf der die ursprüngliche Wiedergabe erfolgte, könnte sich dahin auswirken, dass es dem Urheberrechtinhaber unmöglich oder zumindest erheblich erschwert wird, sein Recht vorbeugender Art auszuüben und zu verlangen, dass die Wiedergabe des Werks beendet wird, gegebenenfalls indem dieses von der Website genommen wird, auf der es mit seiner Zustimmung wiedergegeben worden ist, oder indem die einem Dritten zuvor erteilte Zustimmung widerrufen wird.

Im Ergebnis wäre somit das Werk des Urheberrechtinhabers, selbst wenn er beschlösse, es nicht mehr auf der Website wiederzugeben, auf der es ursprünglich mit seiner Zustimmung wiedergegeben worden ist, weiterhin auf der Website zugänglich, auf

der die neue Einstellung erfolgt ist. Der Gerichtshof hat aber bereits betont, dass der Urheber eines Werks die Möglichkeit haben muss, die Ausübung seiner Rechte zu dessen Nutzung in digitaler Form durch einen Dritten zu beenden und dem Dritten dadurch jede künftige Nutzung dieses Werks in digitaler Form zu untersagen, ohne zuvor andere Förmlichkeiten beachten zu müssen (vgl. entsprechend Urteil vom 16. November 2016, Soulier und Doke, C-301/15, EU:C:2016:878, Rn. 51).

Zweitens sieht Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 ausdrücklich vor, dass sich das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie nicht mit den in dieser Vorschrift genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit erschöpft.

Ginge man aber davon aus, dass, wenn auf einer Website ein Werk eingestellt wird, das zuvor auf einer anderen Website mit der Zustimmung des Urheberrechtinhabers wiedergegeben worden ist, dieses Werk keinem neuen Publikum zugänglich gemacht wird, liefe dies darauf hinaus, eine Regel über die Erschöpfung des Rechts der Wiedergabe aufzustellen.

Eine solche Regel widerspräche nicht nur dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29, sondern nähme dem Urheberrechtinhaber die im zehnten Erwägungs-

grund der Richtlinie genannte Möglichkeit, eine angemessene Vergütung für die Nutzung seines Werkes zu verlangen, obwohl, wie der Gerichtshof ausgeführt hat, der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums insbesondere den Inhabern der betreffenden Rechte den Schutz der Befugnis gewährleisten soll, das Inverkehrbringen oder die Zugänglichmachung der Schutzgegenstände dadurch kommerziell zu nutzen, dass gegen Zahlung einer Vergütung Lizenzen erteilt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 4. Oktober 2011, Football Association Premier League u. a., C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, Rn. 107 und 108).

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist in Anbetracht der in Rn. 24 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung davon auszugehen, dass die Einstellung eines urheberrechtlich geschützten Werks auf eine andere Website als die, auf der die ursprüngliche Wiedergabe mit der Zustimmung des Urheberrechtlich Inhabers erfolgt ist, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens als Zugänglichmachung eines solchen Werks für ein neues Publikum einzustufen ist. Denn unter solchen Umständen besteht das Publikum, an das der Urheberrechtlich Inhaber gedacht hatte, als er der Wiedergabe seines Werks auf der Website zugestimmt hatte, auf der es ursprünglich veröffentlicht wurde, nur aus den Nutzern dieser Website und nicht aus den Nutzern der Website, auf der das Werk

später ohne Zustimmung des Urheberrechtlich Inhabers eingestellt worden ist, oder sonstigen Internetnutzern.

Die Tatsache, dass, wie im Ausgangsverfahren, der Urheberrechtlich Inhaber die Möglichkeiten der Internetnutzer zur Nutzung der Fotografie nicht eingeschränkt hat, hat keine Auswirkungen auf die in den Rn. 29 bis 35 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen objektiven Erwägungen. Denn der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, darauf hinzuweisen, dass der Genuss und die Ausübung des in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 vorgesehenen Rechts nicht an die Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten gebunden werden dürfen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. November 2016, Soulier und Doke, C-301/15, EU:C:2016:878, Rn. 50).

Im Übrigen hat der Gerichtshof zwar – u. a. in seinem Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a. (C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 25 und 26), und in seinem Beschluss vom 21. Oktober 2014, BestWater International (C-348/13, nicht veröffentlicht, EU:C:2014:2315, Rn. 16) – in Bezug auf die Zugänglichmachung geschützter Werke über einen anklickbaren Link, der auf eine andere Website verweist, auf der die ursprüngliche Wiedergabe erfolgt war, angenommen, dass das Zielpublikum der ursprünglichen Wiedergabe alle potenziellen Besucher der betreffenden Seite waren, da die Werke in Anbetracht dessen, dass der Zugang zu ihnen auf dieser Seite keiner be-

schränkenden Maßnahme unterlag, für sämtliche Internetnutzer frei zugänglich waren. Er hat daher entschieden, dass die Zugänglichmachung der betreffenden Werke über anklickbare Links, wie sie in den diesen Urteilen zugrunde liegenden Rechts-sachen in Rede standen, nicht zu einer Wiedergabe der fraglichen Werke für ein neues Publikum führte.

Diese Rechtsprechung kann jedoch unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens nicht angewendet werden.

Denn erstens ist diese Rechtsprechung im speziellen Zusammenhang mit Hyperlinks ergangen, die im Internet auf geschützte Werke verweisen, die zuvor mit der Zustimmung der Rechtsinhaber wiedergegeben wurden.

Im Gegensatz zu Hyperlinks, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum guten Funktionieren des Internets beitragen, indem sie die Verbreitung von Informationen in diesem Netz ermöglichen, das sich durch die Verfügbarkeit immenser Informationsmengen auszeichnet (Urteil vom 8. September 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, Rn. 45), trägt die Einstellung eines Werks auf eine Website ohne die Zustimmung des Urheberrechtinhabers, nachdem es zuvor auf einer anderen Website mit dessen Zustimmung wiedergegeben worden war, jedoch nicht im gleichen Maße zu diesem Ziel bei.

Ein solches Einstellen zuzulassen, ohne dass der Urheberrechtinhaber die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 vorgesehenen Rechte geltend machen kann, liefe daher dem in den Erwägungsgründen 3 und 31 dieser Richtlinie genannten angemessenen Ausgleich zuwider, den es zwischen den Interessen der Inhaber von Urheber- und verwandten Rechten am Schutz ihres Rechts am geistigen Eigentum, das von Art. 17 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert wird, einerseits und dem Schutz der Interessen und Grundrechte der Nutzer von Schutzgegenständen, insbesondere deren Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, die von Art. 11 der Charta der Grundrechte garantiert wird, sowie dem Allgemeininteresse andererseits im Umfeld der Digitaltechnik zu sichern gilt.

In diesem Kontext trägt das Land Nordrhein-Westfalen vor, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens bei dem Ausgleich der vorliegenden Interessen auch das in Art. 14 der Charta der Grundrechte genannte Recht auf Bildung zu berücksichtigen sei. Insbesondere falle die Handlung der betreffenden Schülerin unter die Ausübung dieses Rechts, da die Fotografie zur Illustration dem Referat vorangestellt worden sei, das sie im Rahmen einer Spracharbeitsgemeinschaft angefertigt habe. Insoweit genügt jedoch die Feststellung, dass die in Rn. 35 des vorliegenden Urteils dargestellten Erwägungen zum Begriff „neues Publi-

kum“ nicht darauf gestützt sind, ob die von der Schülerin vorgenommene Illustration ihres Schulreferats Bildungscharakter hat oder nicht, sondern darauf, dass dieses Werk dadurch, dass es auf die Website der Schule gestellt worden ist, für alle Besucher dieser Website zugänglich gemacht worden ist.

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass der Unionsgesetzgeber, was die Suche nach einem Ausgleich zwischen dem Recht auf Bildung und dem Schutz des Rechts am geistigen Eigentum angeht, in Art. 5 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 den Mitgliedstaaten erlaubt hat, Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Art. 2 und 3 dieser Richtlinie vorgesehenen Rechte vorzusehen, sofern es sich um eine Nutzung ausschließlich zur Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung handelt, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

Zweitens haben die den Urhebern von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 garantierten Rechte, wie in Rn. 29 des vorliegenden Urteils ausgeführt, vorbeugenden Charakter. Bei einer Handlung der Wiedergabe in der Gestalt der Einfügung eines Hyperlinks auf einer Website, der auf ein zuvor mit der Zustimmung des Urheberrechtinhabers wiedergegebenes Werk verweist, ist der vorbeugende Charakter der Rechte des Rechteinhabers gewahrt, da der Urheber sein

Werk, wenn er es auf der betreffenden Website nicht mehr wiedergeben möchte, von der Website entfernen kann, auf der er es ursprünglich wiedergegeben hat, wodurch jeder Hyperlink, der auf es verweist, hinfällig wird. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens hingegen führt die Einstellung eines Werks auf eine andere Website zu einer neuen, von der ursprünglich genehmigten Wiedergabe unabhängigen Wiedergabe. Infolge dieses Einstellens könnte das betreffende Werk auf der letztgenannten Website weiterhin zugänglich sein, unabhängig von der vorherigen Zustimmung des Urhebers und unbeschadet jeder Handlung, mit der der Rechteinhaber beschliesse, sein Werk auf der Website, auf der es ursprünglich mit seiner Genehmigung wiedergegeben worden ist, nicht mehr wiederzugeben.

Drittens schließlich hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a. (C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 27 und 28), die Wertung, dass die Wiedergabe, die in der dem Urteil zugrunde liegenden Rechtssache in Frage stand, nicht gegenüber einem neuen Publikum erfolgt war, mit dem mangelnden Zutun des Betreibers der Website begründet, auf der der anklickbare Link eingefügt worden war, der den Zugang zu den betreffenden Werken auf der Website ermöglichte, auf der sie ursprünglich mit der Zustimmung des Urheberrechtinhabers wiedergegeben worden waren.

Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass die Nutzerin des im Ausgangsverfahren in Rede stehende Werkes dieses auf einem privaten Server vervielfältigt und anschließend auf eine andere Website als die, auf der die ursprüngliche Wiedergabe stattfand, eingestellt hat. Damit hat diese Nutzerin eine entscheidende Rolle bei der Wiedergabe des betreffenden Werkes für ein Publikum gespielt, an das der Urheber des Werkes nicht gedacht hatte, als er dessen ursprüngliche Wiedergabe erlaubte.

Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass er die Einstellung einer Fotografie auf eine Website erfasst, wenn die Fotografie zuvor ohne beschränkende Maßnahme, die ihr Herunterladen verhindert, und mit Zustimmung des Urheberrechtinhabers auf einer anderen Website veröffentlicht worden ist.

Kosten

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

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

Der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft ist dahin auszulegen, dass er die Einstellung einer Fotografie auf eine Website erfasst, wenn die Fotografie zuvor ohne beschränkende Maßnahme, die ihr Herunterladen verhindert, und mit Zustimmung des Urheberrechtinhabers auf einer anderen Website veröffentlicht worden ist.

Ilešič	Rosas	Toader
Prechal		Jarašiūnas

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 7. August 2018.

Der Kanzler

A. Calot Escobar

Der Präsident der zweiten Kammer

Ilešič

BVerG – 1BvR 2112/15

Das Bundesverfassungsgericht über die widerstreitenden Interessen der Kunstfreiheit des Fotografen auf der einen und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Person auf der anderen Seite, bei Werken der sogenannten Street Art.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**- 1 BvR 2112/15 -**

In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde

Des Herrn E.,

Bevollmächtigte:

1. Schertz Bergmann Rechtsanwälte
PartG mbB, Kurfürstendamm 53, 10707
Berlin

gegen den Beschluss des Kammergerichts
vom 11. Juni 2015 – 10 U 119/14

hat die 3. Kammer des Ersten Senats des
Bundesverfassungsgerichts durch

den Vizepräsidenten Kirchhof

und die Richter Masing,

Paulus

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a
BVerfGG in der Fassung der Bekanntma-
chung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473)
am 8. Februar 2018 einstimmig beschlos-
sen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die öffentliche Ausstellung einer künstlerischen Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person.

1. Im Rahmen einer frei zugänglichen Ausstellung zum Thema „Ostkreuz: Westwärts. Neue Sicht auf Charlottenburg“ wurden vor dem Gebäude des im Ausgangsverfahren neben dem Beschwerdeführer beklagten Ausstellungshauses auf 24 Ausstellungstafeln 146 Fotografien diverser Fotografen mit Bezug zum Berliner Stadtteil Charlottenburg an einer stark frequentierten Straße im gleichen Stadtteil ausgestellt. Eine von dem Beschwerdeführer stammende Fotografie zeigte eine Straßenszene, die unweit des Ausstellungsortes aufgenommen worden war. Im Mittelpunkt der Aufnahme steht die Klägerin des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Klägerin). Sie hält eine Handtasche in der einen sowie Plastiktüten in der anderen Hand und überquert an einer Ampel die Straße. Sie trägt ein Kleid mit Schlangemuster, ihr Körper nimmt etwa ein Drittel des Bildes ein. Die Klägerin scheint in Richtung der Kamera zu blicken, ihr Gesicht ist gut erkennbar, obwohl die obere Kante des Fotos an ihrer Stirn endet. Im Hintergrund sind Gebäude, darunter ein Leihhaus, und einige andere Personen zu sehen, letztere jedoch wesentlich kleiner und unschärfer.

Das Bild nahm die gesamte Fläche einer Ausstellungstafel (120 x 140 cm) ein; in dieser Größe waren sieben Fotografien mit anderen Motiven ausgestellt.

Der Beschwerdeführer hatte die Klägerin weder in Bezug auf die Aufnahme noch auf die Veröffentlichung der Fotografie um ihre Einwilligung gebeten. Auf ein anwaltliches Schreiben der Klägerin gab der Beschwerdeführer eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab.

Auf die Klage der Klägerin verurteilte das Landgericht den Beschwerdeführer, ihr entstandene Anwaltskosten in Höhe von 795,46 € zu ersetzen. Soweit die Klägerin darüber hinaus eine Geldentschädigung und eine fiktive Lizenzgebühr verlangt hatte, wies es die Klage ab. Grundsätzlich sei die Einwilligung der fotografierten Person zur Veröffentlichung ihres Bildnisses gemäß § 22 Satz 1 Kunsturhebergesetz (KUG) erforderlich. Zwar könne zugunsten des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden, dass die Veröffentlichung dem höheren Interesse der Kunst im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG diene. Dem stehe jedoch ein berechtigtes Interesse der Klägerin nach § 23 Abs. 2 KUG entgegen. Denn es liege eine hinreichend schwerwiegende Beeinträchtigung ihres Persönlichkeitsrechts vor. Sie sei zwar in der Öffentlichkeit, aber bei einem rein privaten Vorgang fotografiert worden, der in ihre Privatsphäre falle. Ihr Bildnis sei über

Wochen überlebensgroß an einer vielbefahrenen Straße der Öffentlichkeit präsentiert und sie so aus ihrer Anonymität gerissen worden. Es sei auch nicht auszuschließen, dass im Bekanntenkreis der Klägerin der Eindruck habe entstehen können, sie habe sich gegen Bezahlung fotografieren lassen. Ein Ersatz für immaterielle Schäden sei ihr dennoch nicht zuzuerkennen, da die Verletzung so schwer nicht wiege. Die Klägerin sei in einer gewöhnlichen Alltagssituation und (anders als von ihr selbst empfunden) auch nicht unvorteilhaft oder herabsetzend abgebildet. Die Abbildung entfalte keine „Prangerwirkung“. Insbesondere entstehe nicht der Eindruck, sie komme aus dem Leihhaus.

Mit angegriffenem Beschluss wies das Kammergericht die Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurück. Selbst wenn davon auszugehen sei, dass das Aufstellen des Fotos unter § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG falle, stünden der Zurschaustellung des Bildnisses jedenfalls berechnete Interessen der Klägerin nach § 23 Abs. 2 KUG entgegen. Das Foto sei nicht im Rahmen einer Ausstellung als eines unter vielen, sondern großformatig, die gesamte Fläche einer Stelltafel einnehmend an einer der verkehrsreichsten Straßen der Stadt zur Straße gewandt präsentiert worden. Insofern sei die Klägerin einer breiten Masse als Blickfang ausgesetzt worden und nicht, wie in einer Kunstaussstellung regelmäßig zu

erwarten, lediglich der Betrachtung durch kunstinteressierte Besucher.

Eine Anhörungsrüge des Beschwerdeführers blieb erfolglos.

2. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt er eine Verletzung seiner Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sowie seines Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG.

3. Die Verfassungsbeschwerde ist der Klägerin sowie der Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung Berlin zugestellt worden. Die Klägerin hat von ihrem Äußerungsrecht Gebrauch gemacht. Die Akten des Ausgangsverfahrens wurden beigezogen.

II. Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG für eine zwingende Annahme liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits entschieden. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verhältnis von Kunstfreiheit und allge-

meinem Persönlichkeitsrecht sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt (vgl. BVerfGE 67, 213 <228>; 75, 369 <379 f.>; 119, 1 <26 f.>; vgl. auch zur Pressefreiheit und der Veröffentlichung von Fotos aus dem Alltagsleben BVerfGE 101, 361 <380 ff.>; 120, 180 <188 f.>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 21. August 2006 - 1 BvR 2606/04 u.a. -, NJW 2006, S. 3406; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. Juni 2008 - 1 BvR 17/08 -, juris, Rn. 17).

2. Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet.

Die Verurteilung des Beschwerdeführers zur Erstattung von Rechtsanwaltskosten, die wegen der Geltendmachung eines Anspruchs auf Unterlassung der Veröffentlichung des streitgegenständlichen Fotos entstanden sind, beeinträchtigt den Beschwerdeführer zwar in seiner Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG (a). Gegen deren Abwägung mit dem Recht am eigenen Bild (§ 12 BGB) als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ist aber von Verfassungs wegen nichts zu erinnern (b).

a) Unabhängig von der vom Bundesverfassungsgericht wiederholt hervorgehobenen Schwierigkeit, den Begriff der Kunst abschließend zu definieren (vgl. BVerfGE 30,

173 <188 f.>; 67, 213 <224 ff.>), stellt das ausgestellte Foto ein Kunstwerk dar, nämlich eine freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache, hier der Fotografie, zur Anschauung gebracht werden (vgl. BVerfGE 30, 173 <188 f.>; 67, 213 <226>; 75, 369 <377>; 119, 1 <20 f.>; 142, 74 <103 f. Rn. 89>). Dass das Foto ein unverfälschtes Abbild der Realität darstellt, steht dem nicht entgegen, da der Anspruch des Beschwerdeführers deutlich wird, diese Wirklichkeit künstlerisch zu gestalten. Es ist gerade Ziel der Straßenfotografie, die Realität unverfälscht abzubilden, wobei das spezifisch Künstlerische in der bewussten Auswahl des Realitätsausschnitts und der Gestaltung mit fotografischen Mitteln zum Ausdruck kommt (vgl. Hildebrand, ZUM 2016, S. 305).

Von der Kunstfreiheit ist nicht nur das Anfertigen der Fotografie, sondern auch deren Zurschaustellung im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Ausstellung erfasst (vgl. BVerfGE 30, 173 <189>; 36, 321 <331>; 67, 213 <224>; 81, 278 <292>; 119, 1 <21 f.>; 142, 74 <96 Rn. 68>).

b) Bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften des § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB, §§ 22 ff. KUG, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hat das Kammergericht Bedeutung und Tragweite der Kunstfreiheit

des Beschwerdeführers aber hinreichend Rechnung getragen.

aa) Auch wenn die Parteien in einem Zivilrechtsstreit, in dem es um den Konflikt von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht geht, um grundrechtlich geschützte Positionen streiten, handelt es sich um einen Rechtsstreit zwischen privaten Parteien, zu dessen Entscheidung in erster Linie die Zivilgerichte berufen sind (vgl. BVerfGE 119, 1 <22>). 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 (vgl. BVerfGE 142, 74 <101 Rn. 82>). 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>; 142, 74 <101 Rn. 82>).

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 Zivil-

gerichtete Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte beruhen, insbesondere vom Umfang ihres Schutzbereichs, und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind, insbesondere weil darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet (vgl. BVerfGE 142, 74 <101 Rn. 83> m.w.N.; stRspr).

(1) 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 (BVerfGE 142, 74 <101 f. Rn. 84> m.w.N.; stRspr).

Das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein Rechtsgut von Verfassungsrang, das der Kunstfreiheit Grenzen ziehen kann (vgl. BVerfGE 67, 213 <228>). Zu den anerkannten Inhalten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehören das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung sowie die persönliche Ehre (vgl. BVerfGE 54, 148 <153 f.>; 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24>). Ein allgemeines oder gar umfassendes Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person enthält Art. 2 Abs. 1 in

Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht (vgl. BVerfGE 101, 361 <380>).

Für die Gewichtung der Belange des Persönlichkeitsrechtes wird neben den Umständen der Gewinnung der Abbildung, etwa durch Ausnutzung von Heimlichkeit oder beharrlicher Nachstellung, auch bedeutsam, in welcher Situation die betroffene Person erfasst und wie sie dargestellt wird (vgl. BVerfGE 120, 180 <207>). Das Gewicht der mit der Abbildung verbundenen Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechtes ist erhöht, wenn die visuelle Darstellung durch Ausbreitung von üblicherweise der öffentlichen Erörterung entzogenen Einzelheiten des privaten Lebens thematisch die Privatsphäre berührt. Gleiches gilt, wenn die betroffene Person nach den Umständen, unter denen die Aufnahme gefertigt wurde, typischerweise die berechnete Erwartung haben durfte, nicht öffentlich abgebildet zu werden, etwa weil sie sich in einer durch räumliche Privatheit geprägten Situation, insbesondere einem besonders geschützten Raum, aufhält (vgl. BVerfGE 101, 361 <384>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 9. Februar 2017 - 1 BvR 967/15 -, juris, Rn. 17). Dem Schutzanspruch des Persönlichkeitsrechtes kann jedoch auch außerhalb der Voraussetzungen einer örtlichen Abgeschlossenheit ein erhöhtes Gewicht zukommen, so wenn die Abbildung den Betroffenen in Momenten der Entspannung oder des Sich-Gehen-Lassens außer-

halb der Einbindung in die Pflichten des Berufs und Alltags erfasst (vgl. BVerfGE 120, 180 <207>).

(2) Allerdings zieht die Kunstfreiheit ihrerseits dem Persönlichkeitsrecht Grenzen. Um diese im konkreten Fall zu bestimmen, genügt es mithin im gerichtlichen Verfahren nicht, ohne Berücksichtigung der Kunstfreiheit eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts festzustellen: Es bedarf der Klärung, ob diese Beeinträchtigung derart schwerwiegend ist, dass die Freiheit der Kunst zurückzutreten hat; eine geringfügige Beeinträchtigung oder die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung reichen hierzu angesichts der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit nicht aus. Lässt sich freilich eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts zweifelsfrei feststellen, so kann sie auch nicht durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt werden (vgl. BVerfGE 67, 213 <228>; vgl. auch BVerfGE 30, 173 <195>; 75, 369 <380>; 119, 1 <27>).

Die Lösung der Spannungslage zwischen Persönlichkeitsschutz und dem Recht auf Kunstfreiheit kann nicht allein auf die Wirkungen eines Kunstwerks im außerkünstlerischen Sozialbereich abheben, sondern muss auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung tragen (vgl. BVerfGE 30, 173 <195>; 142, 74 <102 Rn. 85>). In der Interpretation eines Kunstwerks sind werkgerechte Maßstäbe anzulegen, dabei sind in der Ab-

wägung der Kunstfreiheit mit anderen Belangen strukturtypische Merkmale einer Kunstform zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 75, 369 <378 f.>).

bb) Nach diesen Maßstäben ist das Kammergericht in der angegriffenen Entscheidung bei der Abwägung der Belange des Persönlichkeitsschutzes mit den Anforderungen der - vom Landgericht in der vom Kammergericht implizit in Bezug genommenen erstinstanzlichen Entscheidung angesprochenen - Kunstfreiheit im Ergebnis den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht geworden.

Das Kammergericht hat die Bedeutung und Tragweite der Kunstfreiheit bei der Zuordnung des Bildnisses zum Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG und in das Ergebnis seiner Abwägung im Rahmen von § 23 Abs. 2 KUG einbezogen (vgl. BVerfGE 120, 180 <223>) und ist dabei auch den Eigengesetzlichkeiten der Straßenfotografie gerecht geworden. Indem es die Schwere der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin aus der Art der Präsentation des Bildes als großformatigem Blickfang an einer öffentlichen Straße herleitet, hat das Kammergericht nicht verkannt, dass es mit der Kunstfreiheit nicht vereinbar wäre, ihren Wirkungsbereich von vornherein auf Galerien, Museen oder ähnliche räumlich begrenzte Ausstellungsorte zu begrenzen, sondern hat die besondere Persönlichkeits-

verletzung der Klägerin durch die hervorgehobene Präsentation auf einer großformatigen Stelltafel an einer der verkehrsreichsten Straßen einer Millionenstadt zum zentralen Punkt seiner Abwägung gemacht. Damit hat das Kammergericht die ungestellte Abbildung von Personen ohne vorherige Einwilligung, welche strukturtypisch für die Straßenfotografie ist (vgl. Hildebrand, ZUM 2016, S. 305 <309, 311 f.>), nicht generell unmöglich gemacht.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

OLG Düsseldorf – 5 U 92/17

Schadensersatz in Höhe von 16 Mio Euro an die Erben wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung durch deren Kunsthändler A.

Vorinstanz:

LG Düsseldorf, 6 O 280/14

Tenor:

Auf die Berufungen der Beklagten wird das am 20.06.2017 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Kläger zur gesamten Hand 6.079.524,14 € neben dem Beklagten zu 2) und 3) als Gesamtschuldner, weitere 4.577.645,36 € neben dem Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner und weitere 5.480.207,10 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.08.2014, zu zahlen.

2. Zur Insolvenztabelle über das Vermögen der durch den Beklagten zu 2) vertretenen Insolvenzschuldnerin A. AG werden über die durch Teilanerkennnisurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 07.02.2017 titulierten 10.080.650,30 € hinaus weitere 576.519,20 € festgestellt.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Von den Kosten des ersten Rechtszugs tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Kläger der Beklagte zu 1) zu 85 % und die Kläger zu 15 %. Die Kläger tragen die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1) zu 15 %, die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) zu 11 % und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3) zu 82 %. Im Übrigen tragen die Beklagten ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Die Kosten des Berufungsverfahrens vor dem OLG Düsseldorf - I - 8 U 32/15 - tragen der Beklagte zu 1) zu 85 % und die Kläger zu 15 %. Von den Kosten des hiesigen Berufungsverfahrens trägt der Beklagte zu 1) die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 86 % und die Kläger zu 14 %. Ferner tragen die Kläger die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1) zu 14 %, die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) zu 69 % und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3) zu 100 %. Im Übrigen tragen die Beklagten zu 1) und 2) ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

5. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

6. Die Beklagten können die Zwangsvollstreckung der Kläger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des

Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.

7. Die Revision wird nicht zugelassen

Gründe:

I.

Die Kläger sind die Kinder und Erben des am 26.11.2012 verstorbenen B. (im Folgenden: Erblasser). Sie machen gegen die Beklagten Schadensersatz geltend, weil der Beklagte zu 1) - nach ihrem Vorbringen - den Erblasser bei einer Vielzahl von Ankäufen von Kunstgegenständen und Oldtimern betrogen und das ihm von dem Erblasser hierzu anvertraute Geld veruntreut haben soll. Der Beklagte zu 1) ist Kunstexperte und beriet Käufer bei dem Ankauf von Kunstgegenständen. Nach der Vereinbarung mit dem Erblasser sollte der Beklagte zu 1) im eigenen Namen für den Erblasser Kunstwerke bei Galeristen ankaufen und diese an den Erblasser weitergeben. Für diese Bemühungen sollte der Erblasser eine Provision in Höhe von 5 Prozent des Nettokaufpreises zahlen. Der Beklagte zu 1) wickelte den Kauf und die Weitergabe der Kunstgegenstände über die Insolvenzschuldnerin zu 3) ab, über deren Vermögen mit Beschluss des Amtsgerichts Düsseldorf vom 01.10.2014 - 501 IN 158/14 - das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Ab dem Jahr 2010 erwarb der Beklagte zu 1) für den Erblasser auch wertvolle Fahrzeuge, in erster Linie Oldtimer. Sie

vereinbarten eine Provision in Höhe von 3 Prozent des Nettokaufpreises. Der Ankauf und die Weitergabe der Fahrzeuge erfolgte über die Insolvenzschuldnerin zu 2), über deren Vermögen mit Beschluss des Amtsgerichts Düsseldorf vom 01.10.2014 - 501 IN 159/14 - das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Der Beklagte zu 1) rechnete die geleisteten Kaufpreise nicht in gleicher Höhe gegenüber dem Erblasser ab. Die Berechtigung etwaiger Aufschläge ist zwischen den Parteien streitig.

Durch Teilanerkennnisurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 20.02.2015 sind 4.835.541,52 € zur Insolvenztabelle über das Vermögen der durch den Beklagten zu 3) vertretenen Schuldnerin (C.) und durch Teilanerkennnisurteil vom 07.02.2017 10.080.650,30 € zur Insolvenztabelle über das Vermögen der durch den Beklagten zu 2) vertretenen Schuldnerin (A. AG) sowie weitere 1.243.982,62 € zur Insolvenztabelle über das Vermögen der durch den Beklagten zu 3) vertretenen Schuldnerin (C.) festgestellt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Durch das am 20.06.2017 verkündete Urteil hat die 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf den Beklagten zu 1) verurteilt, an

die Kläger zur gesamten Hand 18.781.095,70 € nebst Zinsen zu zahlen, wobei diese Verurteilung wegen eines Teilbetrags in Höhe von 11.922.643 € als Gesamtschuldner mit der durch den Beklagten zu 2) vertretenen Schuldnerin (A. AG) und wegen eines Teilbetrags von 6.858.452,57 € als Gesamtschuldner mit der durch den Beklagten zu 3) vertretenen Schuldnerin (C.) erfolgte. Die Kammer hat ferner zur Insolvenztabelle über das Vermögen der durch den Beklagten zu 2) vertretenen Schuldnerin (A. AG) über die durch Teilanerkennnisurteil vom 07.02.2017 titulierten 10.080.650,30 € hinaus weitere 1.841.992,70 € festgestellt. Zur Insolvenztabelle über das Vermögen der durch den Beklagten zu 3) vertretenen Schuldnerin (C.) hat die Kammer über die durch Teilanerkennnisurteil vom 20.02.2015 titulierten 4.835.541,52 € und die durch weiteres Teilanerkennnisurteil vom 07.02.2017 titulierten 1.243.982,62 € hinaus weitere 778.928,53 € festgestellt.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Beklagten seien den Klägern aus §§ 241, 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB jeweils in Verbindung mit §§ 1922, 2033, 421, 432 BGB in der zuerkannten Höhe zum Schadensersatz verpflichtet. Zwischen dem Erblasser und dem Beklagten zu 1) habe ein Schuldverhältnis bestanden, wobei dahinstehen könne, ob es sich um Kommissions-

geschäfte oder auflösend bedingte Kaufverträge gehandelt habe. Es komme nicht entscheidend darauf an, ob der Erblasser zum Zeitpunkt der Geschäfte unter einer Alkoholabhängigkeit gelitten habe, denn diese führe allein noch nicht dazu, dass eine nicht nur vorübergehende krankhafte Störung der Geistestätigkeit eintrete. Zu psychopathologischen Störungen, die durch einen suchtbedingten Abbau der Persönlichkeit entstanden sein könnten, hätten die Beklagten - auch unter Berücksichtigung des als Anlage B 21 nachgereichten Schreibens - nicht konkret genug vorgetragen. Im Übrigen könne ein Betrug auch gegenüber einem Geschäftsunfähigen vorgenommen werden. Aufgrund des zu dem Erblasser bestehenden oder beabsichtigten Schuldverhältnisses seien die Beklagten dazu verpflichtet gewesen, den Erblasser im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Weitergabe der Kunstgegenstände und Oldtimerfahrzeuge über alle entscheidungserheblichen Umstände zu informieren. Hierzu sei auch der Beklagte zu 1) gemäß § 311 Abs. 3 BGB verpflichtet gewesen. Der Erblasser sei auf die Expertise des Beklagten zu 1) angewiesen gewesen, der sich als versierter Kunstkenner ausgegeben habe. Der Erblasser habe dem Beklagten zu 1) persönlich vertraut und habe eine „enge Männerfreundschaft“ mit ihm gepflegt. Überdies habe der Beklagte zu 1) ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse verfolgt. Angesichts der Provisionsabrede hätte er das Preisgefüge zu den angebote-

nen Exponaten offenlegen müssen. Jedenfalls sei der Beklagte zu 1) aus §§ 675, 611 BGB verpflichtet. Aufgrund dieses Geschäftsbesorgungsvertrags habe der Beklagte zu 1) Auskunft und Rechenschaft zu leisten.

Es werde von den Beklagten nicht mehr thematisiert, dass die Aufschläge aufgrund eines dem Erblasser erteilten Rücknahmeversprechens berechtigt gewesen seien. Es lasse sich nicht einsehen, weshalb der Beklagte zu 1) nicht verpflichtet gewesen sei, die Exponate zum Einkaufspreis weiterzugeben; anderenfalls hätte er gleich zweimal durch die Preisaufläge und die Provisionen von den Geschäften wirtschaftlich partizipiert. Eine Übernahme der Kosten für Beratung, Versicherung, Transport etc. sei mit dem Erblasser nicht vereinbart gewesen. Diese Kosten seien in das wirtschaftliche Risiko der Beklagten gefallen und hätten durch die Provisionen abgedeckt sein sollen. Falls diese nicht kostendeckend gewesen seien, hätten die Beklagten nachverhandeln müssen. Gleiches gelte für die Restaurierungskosten im Zusammenhang mit den Oldtimern Jaguar E-Type V 12 und Bugatti 57 Aravis; zumal die Insolvenzschuldnerin zu 2) für die Restaurierung des PKW Jaguar unter dem 16.04.2012 einen Festpreis von 38.500 € abgerechnet habe. Gerade wegen der vereinbarten Provisionen habe der Erblasser darauf vertrauen dürfen, er werde nicht mit weiteren Mehrkosten belastet. Un-

erheblich sei auch, ob der Einkaufspreis bei einzelnen Exponaten festgestanden habe, als der Erblasser sich zum Kauf entschlossen hatte. Wäre der Einkaufspreis geringer gewesen, als gegenüber dem Erblasser abgerechnet, hätte der Erblasser hierauf hingewiesen werden müssen. Ebenfalls unerheblich sei, ob dem Beklagten zu 1) und der Insolvenzschuldnerin zu 3) bei den Werken „Mutter und Sohn“ von Ernst Ludwig Kirchner und „Stainless steel“ von Toni Cragg ein über dem Einkaufspreis liegender Kaufpreis für den Endkunden vorgegeben worden sei, und der Beklagte zu 1) bei Missachtung dieser Vorgaben vom weiteren Handel mit entsprechenden Exponaten ausgeschlossen worden wäre. Dem Erblasser hätte der Aufschlag offengelegt werden müssen.

Soweit in den Rechnungen bezüglich einiger Fahrzeuge der Hinweis auf die Differenzbesteuerung nach § 25a UStG aufgeführt worden sei, könne daraus nicht hergeleitet werden, dass der Erblasser um die Preisaufläge gewusst und diese gebilligt habe. Dieser formularmäßig ausgestaltete Hinweis lasse nicht den Rückschluss zu, der verlangte Kaufpreis sei höher als der Einkaufspreis, den die Insolvenzschuldnerin zu 2) für den Ankauf der Fahrzeuge gezahlt habe. Die Rechnungen hätten weder den Steueranteil noch den Steuersatz bezeichnet.

Wenn die Beklagten hinsichtlich des Werkes von Oskar Kokoschka „London Tower

Bridge II“ behaupteten, der Erblasser sei über alle Details der Kaufabwicklung informiert gewesen sei, sei dies unzureichend dargelegt worden. Konkrete Erkenntnisquellen für den Erblasser seien nicht vorgetragen worden. Ferner hätte es für die Rechnungsmanipulationen, die von dem Beklagten zu 1) als Vertragcollagen bezeichnet worden seien, keinen Grund gegeben, wenn der Erblasser über alle Vorgänge informiert gewesen wäre.

Es lasse sich nicht feststellen, dass in dem Verkaufsprospekt für das Werk „Esquina Positiva“ von Juan Munoz ein Zahlendreher enthalten sei, denn der tatsächliche Kaufpreis von 3.481.500 engl. Pfund enthalte mehrere Zahlenabweichungen von dem vermeintlichen Kaufpreis von 3.401.250 eng. Pfund.

Der Beklagte zu 1) und die Insolvenzschuldnerin zu 2) hafteten im Zusammenhang mit dem Direkterwerb der Oldtimerfahrzeuge BMW AFM 504 Rennwagen sowie Mercedes-Benz 680 S Saoutchik gemäß § 830 Abs. 1 BGB, weil sie von den Preisauflägen der D. GmbH gewusst und davon partizipiert hätten.

Für die Höhe des Schadens seien eventuelle Wertsteigerungen der Objekte unerheblich. Die Beklagten seien nicht gemäß § 214 Abs. 1 BGB berechtigt, den Schadensersatz zu verweigern. Es lasse sich nicht einsehen,

dass der Erblasser vor dem 01.01.2011 Kenntnis von seiner Übervorteilung gehabt habe. Dies sei von den Parteien auch nicht vorgetragen worden. Die Verjährung sei durch die den Beklagten jeweils am 27.08.2014 zugestellte Klage gehemmt worden.

Bei der Kostenquote sei § 93 ZPO nicht zu berücksichtigen. Der Beklagte zu 3) habe vor Abgabe der Teilanerkenntnisse die Forderungen in der Gläubigerversammlung vom 19.12.2014 - vorläufig - bestritten. Er habe gegenüber den Klägern auch nicht erkennen lassen, er werde die Forderungen weiter prüfen. Durch sein Bestreiten in der Gläubigerversammlung habe er den Klägern Anlass zur Klageerhebung gegeben. Gleiches gelte für die durch Urteil vom 07.02.2017 titulierten weiteren Teilanerkenntnisse.

Der Beklagte zu 1) macht mit seiner Berufung geltend, das Landgericht habe seinen Vortrag zur Geschäftsunfähigkeit des Erblassers, den er nach der mündlichen Verhandlung aufgrund des vorgelegten Schreibens der Witwe vom 04.01.2016 in den Rechtsstreit eingebracht habe, nicht hinreichend berücksichtigt. Nach Kenntniserlangung von dem Brief der Witwe seien die bekannt gewordenen Tatsachen dargelegt und durch Beiziehung der Akten aus dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Schleswig (Az: 6 A 12/15) Beweis angeboten worden. Die Kläger hätten mit Schriftsatz

vom 12.06.2017 bestätigt, dass ab dem 23.12.2010 eine Geschäftsunfähigkeit bestanden habe.

Bei der Prüfung der vertraglichen Pflichtverletzungen habe die Kammer die Beweislast für eine Aufklärungspflichtverletzung zu Unrecht ihm auferlegt. Er habe in mehreren Schriftsätzen bestritten, dass der Erblasser von den Provisionszahlungen keine Kenntnis gehabt habe. Er sei nicht verpflichtet gewesen, sein gesamtes Geschäftsmodell offen zu legen. Zwischen ihm und dem Erblasser habe es kein direktes Vertragsverhältnis gegeben. Er habe lediglich als Organ der Insolvenzschuldnerinnen Verträge mit dem Erblasser geschlossen. Eine Haftung aus § 311 Abs. 3 BGB komme nicht in Betracht. Es sei nur normales Verhandlungsvertrauen maßgebend gewesen. Dem Erblasser hätte es als Unternehmer bei dem Rechnungshinweis auf die Differenzbesteuerung nach § 25a UStG auffallen müssen, dass zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis eine Differenz bestanden habe. Für die behauptete Aufklärungspflichtverletzung seien die Kläger darlegungs- und beweisbelastet. Kommissionsgeschäfte seien nicht abgeschlossen worden. Der Ankauf und die Abwicklung der Geschäfte erfolgten über die Insolvenzschuldnerinnen. Diese hätten mit dem Erblasser feste Preise für die Ankäufe vereinbart. Sie hätten die Kunstwerke bzw. Oldtimer selbst gekauft, um sie an den Erblasser weiter zu verkaufen. Eine allgemeine Pflicht,

über Gewinnmargen aufzuklären, habe nicht bestanden.

Unter die Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB sei nicht subsumiert worden; es sei allein auf die strafrechtliche Verurteilung abgestellt worden. Es seien weder die Voraussetzungen des Betrugs geprüft noch Feststellungen zur Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB getroffen worden. Die Voraussetzungen für eine Gesamtschuldnerschaft mit dem Beklagten zu 2) und 3) seien nicht festgestellt worden. Das Strafverfahren habe größtenteils andere Rechtsgeschäfte betroffen. Hinsichtlich der streitgegenständlichen Geschäfte sei teilweise eine Einstellung erfolgt oder ein Freispruch. Da das Landgericht sich nicht mit seinem Vorbringen und seinen Argumenten auseinandergesetzt habe, sei der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt worden. Zwar könne ein Strafurteil durch Urkundenbeweis in einem Zivilprozess verwendet werden. Allerdings habe der Zivilrichter die strafrichterlichen Feststellungen kritisch zu überprüfen.

- Oskar Kokoschka „London Tower Bridge II“, Ernst Ludwig Kirchner „Mutter und Sohn“, Gerhard Richter „GR/M 75 Maria“ und „Tisch (#508) 1982“: Das Verfahren sei insoweit strafrechtlich eingestellt worden (Fall 1, 2, 5 und 24);

- Neo Rauch „Krypta“, Erwin Blumenfeld „Hitlerfresse“, Albert Renger-Patzsch „Das Bäumchen“, Otto Steinert „Schwarzer Akt“, Farhad Moshiri „Lazy for Life“, Anselm Kiefer „20 Jahre Einsamkeit“: Auf Seite 11 des Strafurteils sei hierzu festgestellt worden, dass er sich bei dem Erwerb dieser Werke vollständig korrekt verhalten habe. Diese Fälle seien nicht Gegenstand der Anklage gewesen.
- Gerhard Richter „AB 595-2“, Ernst Ludwig Kirchner „Tänzerin“, Man Ray „Noire et Blanche“, Pablo Picasso „La Ronde des Fillettes“, Rudolf Koppitz „Im Schoße der Natur“, „Bewegungsstudie“ und „Mutter und Kind“, Frantisek Drtikol „Vina or Temne Viny“: Diese Gegenstände seien nicht Gegenstand der Anklage gewesen (Strafurteil S. 11).
- Juan Munoz „Conversation Piece“: Hier sei ein Freispruch erfolgt (S. 24 des Strafurteils, Fall 13).
- Oldtimer: Die streitgegenständlichen Oldtimerankäufe seien nicht vollständig Gegenstand des Strafverfahrens gewesen; es sei im Hinblick auf den Ankauf des Bentley Mulsanne ein Freispruch erfolgt (S. 37 des Strafurteils, Fall 23).

Die Schadenshöhe sei nicht belegt. Das Landgericht habe sich nicht mit den einzelnen Käufen auseinandergesetzt. Soweit es von einer vereinbarten Provision ausgehe,

hätte diese von dem behaupteten Schaden subtrahiert werden müssen. Es werde insoweit Bezug genommen auf die Ausführungen in der Berufungsschrift vom 20.04.2015 vor dem OLG Düsseldorf - I - 8 U 32/15 - 25

Der Beklagte zu 1) beantragt,

1. unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Düsseldorf zurück zu verweisen;
2. im Falle einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts die Klage abändernd abzuweisen.

Der Zweit- und Drittbeklagte wendet sich mit seiner Berufung dagegen, dass die Kammer keine Feststellungen getroffen habe, was zwischen dem Erblasser und den Insolvenzschuldnerinnen zu 2) und 3) konkret vertraglich vereinbart worden sei. Dass der Erblasser Provisionen zahlen sollte, schließe nicht aus, sich zu weiteren Zahlungen verpflichtet zu haben. Die Kammer hätte den Beklagten zu 1) hierzu jedenfalls anhören müssen. Entgegen der Ansicht der Kammer sei die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers ein erheblicher Umstand. Denn die getroffenen vertraglichen Vereinbarungen wären unwirksam und könnten nicht die Grundlage für die Schadensbemessung bieten. Der Urteilstenor lasse nicht erken-

nen, welche Forderung den weiterhin festgestellten 1.841.992,70 € sowie den 778.928,53 € zugrunde lägen.

Der Schriftsatz vom 14.11.2016 sei vollständig übergegangen worden:

- Bei dem Erwerb des Bugatti 57 „Aravis“ seien die Kläger von einem Schaden in Höhe von 2.520.830 € ausgegangen, obwohl strafrechtlich nur ein Schaden von 1.723.334 € festgestellt worden sei. Es seien Restaurierungskosten in Höhe von 494.000 € nicht berücksichtigt worden.
- Bei dem Erwerb des Jaguar E-Type V-12 Cabriolet „mimosengelb“ sei ein Schaden von 36.771,35 € geltend gemacht worden, obwohl strafrechtlich nur ein Schaden von 36.771 € festgestellt worden sei. Der Schadensersatzanspruch sei daher um 0,35 € zu mindern.
- Bei dem Erwerb der Werke „Reflections on Blonde“ und „Still life with Bottle and Tray“ von Roy Lichtenstein sei ein Schaden von 1.150.975,62 € geltend gemacht worden, obwohl strafgerichtlich ein Schaden von nur 1.041.358,77 € festgestellt sei.
- Was die Kammer im Übrigen noch zur Insolvenztabelle festgestellt habe, sei nicht aus den Urteilsgründen ersichtlich. Die Kostenentscheidung sei fehlerhaft.

Da die Forderungen der Kläger erheblich gewesen seien und die Quotenerwartungen der sonstigen Insolvenzgläubiger stark beeinflussten, habe es einer sorgfältigen Prüfung bedurft, die bis zum ersten Prüfungstermin in der ersten Gläubigerversammlung nicht abschließend möglich gewesen sei. Die Kläger hätten entgegen § 174 Abs. 1 S. 2 InsO keine Urkunden vorgelegt, aus denen sich die Forderungen ergäben. Er habe das Ergebnis des Strafverfahrens gegen den Beklagten zu 1) abgewartet. In der Kostenentscheidung habe keine Berücksichtigung gefunden, dass die Kläger mit Schriftsatz vom 22.08.2016 die Klage in Höhe von 579.665,09 € zurückgenommen hätten. Es sei auch nicht berücksichtigt worden, dass die Kläger die Klage mit Schriftsatz vom 14.12.2016 erweitert und diese Klageerweiterung dann wieder fallen gelassen hätten. Hierauf habe er mit seinem Schriftsatz vom 04.01.2017 hingewiesen. Die Kammer habe nicht berücksichtigt, dass die Anerkenntnisse vor der mündlichen Verhandlung erklärt worden seien und daher die Terminsgebühren nur nach den um die Teilerkenntnisse verminderten Gegenstandswerten angefallen seien. Wegen der deutlich geringeren Streitwerte im Verhältnis zu dem Zahlungsantrag gegen den Beklagten zu 1) hätte eine abweichende Quote ausgeworfen werden müssen.

Der Zweit- und Drittbeklagte hat beantragt,

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf abzuändern und die Klage auch insoweit abzuweisen

1. als zur Insolvenztabelle des Beklagten zu 2) über die durch Teilanerkennnisurteil vom 07.02.2017 bereits festgestellten Forderungen in Höhe von insgesamt 10.080.650,30 € weitere Forderungen in Höhe von 1.841.992,70 € festgestellt werden sollen,

2. als zur Insolvenztabelle des Beklagten zu 3) über die durch Teilanerkennnisurteil vom 20.02.2015 bereits festgestellten Forderungen in Höhe von 4.835.541,52 € sowie über die durch Teilanerkennnisurteil vom 07.02.2017 bereits festgestellten Forderungen in Höhe von 1.243.982,62 € weitere Forderungen in Höhe von 778.928,53 € festgestellt werden sollen.

Nach der teilweisen Klagerücknahme in der mündlichen Verhandlung vom 17.05.2018 beantragt der Zweit- und Drittbeklagte nunmehr,

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf abzuändern und die Klage auch insoweit abzuweisen

1. als zur Insolvenztabelle des Beklagten zu 2) über die durch Teilanerkennnisurteil vom

07.02.2017 bereits festgestellten Forderungen in Höhe von insgesamt 10.080.650,30 € weitere Forderungen in Höhe von 1.841.992,70 € festgestellt werden sollen,

2. als zur Insolvenztabelle des Beklagten zu 3) über die durch Teilanerkennnisurteil vom 20.02.2015 bereits festgestellten Forderungen in Höhe von 4.835.541,52 € sowie über die durch Teilanerkennnisurteil vom 07.02.2017 bereits festgestellten Forderungen in Höhe von 1.243.982,62 € weitere Forderungen in Höhe von 191.124,07 € festgestellt werden sollen.

Die Kläger beantragen,

die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil und tragen ihr erstinstanzliches Vorbringen vertiefend vor, zwischen den Parteien sei unstreitig, dass der Erblasser nicht darüber aufgeklärt worden sei, dass die ihm gegenüber abgerechneten Kaufpreise im Verhältnis zu den Einkaufspreisen überhöht gewesen seien. Dieser Feststellung des Landgerichts komme tatbestandliche Wirkung zu. Der Beklagte zu 1) habe die dem Erblasser nicht offengelegten Preisaufschläge teilweise ausdrücklich gestanden (Strafurteil S. 60 ff). Dieses Geständnis betreffe folgende streitgegenständliche Kunstwerke und Oldtimer:

- Ernst Ludwig Kirchner „Zwei Akte im Wald“, „Nächtliche Straße mit beleuchteten Figuren“
- Roy Lichtenstein „Reflections on Blond“, „Still Life with Bottle and Tray“
- Francis Picabia „Villica Caja“
- Tony Craig „Stainless Steel“
- Pablo Picasso „La famille du jardinier“
- Barry Flanagan „Thinker on Rock“
- Albert Oehlen „Ballade“
- Takashi Murkami „Yume lion“.
- Ferrari 121 L
- Fiat 642 RN2 Renntransporter
- Ferrari 250 GT Berlinetta
- Ferrari 250 GT SWB California Spider-
- Jaguar E-Type-Typ V 12
- Bugatti 57 „Aravis“
- Bentley 8l Speed
- Mercedes Benz 540 K Special Roadster

Stehe nach den tatbestandlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil fest,

dass der Erblasser von den Beklagten nicht darüber aufgeklärt worden sei, dass die abgerechneten Kaufpreise gegenüber den Einkaufspreisen überhöht gewesen seien, so habe dieser dennotwendig von den Beklagten keine Kenntnis über die tatsächlich erlangten Einkaufspreise erlangt.

Aus dem Hinweis auf § 25a UStG in 4 Rechnungen sei nicht zu schließen, dass der Erblasser von der Abweichung zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis positiv Kenntnis gehabt habe. Die Beklagten hätten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast zur Berechtigung der Aufschläge vortragen müssen. Der 8. Zivilsenat habe in dem Arrestverfahren - I- 8 U 175/15 - Ausführungen der Beklagten zu einer zusätzlichen Vereinbarung über die vereinbarten Provisionen hinaus als reine Schutzbehauptungen gewertet. Eine Provisionsvereinbarung wäre obsolet, wenn es einer Vertragspartei ohnehin gestattet wäre, nach eigenem Gutdünken Aufschläge auf den Einkaufspreis zu machen, die sie dem Partner nicht offenlegen müsse. Dass ein Recht zur Vornahme von Aufschlägen nicht bestanden habe, zeige sich daran, dass dem Erblasser von dem Beklagten zu 1) unstreitig gefälschte Rechnungen vorgelegt worden seien, aus denen sich ein höherer als der tatsächlich geleistete Einkaufspreis ergeben habe. Die Fälschungen und das Geständnis des Beklagten zu 1) in dem Strafverfahren ließen den Rückschluss zu, dass der Beklagte zu 1)

nicht nur in einigen Fällen, sondern generell nicht zu Aufschlägen berechtigt gewesen sei. Die Insolvenzschuldnerinnen hätten die Vereinbarungen zwischen dem Beklagten zu 1) und dem Erblasser, die eine generelle Geschäftspraxis darstellten, lediglich abgewickelt. Kaufverträge mit Festpreisabreden seien streitig.

Im Hinblick auf die behauptete Geschäftsunfähigkeit des Erblassers hätten sich die Beklagten nicht hinreichend mit den tragenden Erwägungen des Landgerichts hierzu auseinandergesetzt. Die Beklagten hätten schon keine krankheitswertige geistige bzw. psychische Störung dargelegt. Der Nachweis einer Alkoholerkrankung reiche hierzu nicht aus. Der Alkoholmissbrauch erreiche erst dann den Grad der Störung der Geistestätigkeit, wenn die Sucht entweder Symptom einer bereits vorhandenen Geisteskrankheit sei oder wenn der Missbrauch zu einer organischen Veränderung des Gehirns geführt habe, infolge dessen es zu einem Abbau der Persönlichkeit gekommen sei, der zum dauerhaften Ausschluss der freien Willensbildung geführt habe. Hierzu fehle es an Vortrag der Beklagten. Dem Schreiben der Witwe vom 04.01.2016 könne hierzu nichts Erhebliches entnommen werden. Ferner sei auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten nicht erkennbar, dass der Erblasser zum fraglichen Zeitpunkt sich in einem Zustand befunden hat, der eine freie Willensbildung ausschließt.

Zutreffend sei das Landgericht von der Anwendbarkeit des § 311 Abs. 3 BGB ausgegangen. Die Beklagten hätten ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Beklagten zu 1) nicht in Abrede gestellt. In der besonderen Sachkunde oder Zuverlässigkeit liege die Gewähr für das Gelingen des Geschäfts. Der Beklagte zu 1) sei für den Erblasser ein Garant gewesen, die Kunstgewerke und Oldtimer zu einem marktgerechten Preis ohne „E.-Aufschlag“ zu erwerben. Überdies habe es sich bei dem Erblasser um ein neues Investment gehandelt, dessen Gepflogenheiten ihm nicht aus eigener Kenntnis und Anschauung geläufig gewesen seien. Er sei auf die besondere Expertise des Beklagten zu 1) angewiesen gewesen. Entgegen der Auffassung des Beklagten zu 1) gehe es nicht um das Offenlegen von Gewinnmargen, sondern um über die vereinbarten Provisionen hinausgehendes Entgelt. Auch ein Geschäftsunfähiger könne Gläubiger eines Anspruchs gemäß §§ 311 Abs. 3, 280 BGB sein. Der effektive Schutz des Geschäftsunfähigen sowie der Schutz seiner Rechte verböten eine Schlechterstellung gegenüber einer geschäftsfähigen Partei.

Das Landgericht habe den Schaden zutreffend festgestellt. Entgegen der Auffassung der Beklagten seien die vereinbarten Provisionen nicht in Abzug zu bringen. Das Landgericht habe zwar keine Feststellung dazu getroffen, ob die Provisionen geleistet wor-

den seien. Der Beklagte zu 1) übergehe aber, dass er die ihm zustehenden Provisionen bereits erhalten habe und deshalb keine Abzüge gerechtfertigt seien.

Der Beklagte zu 2) und 3) könne sich nicht auf etwaige Abweichungen zwischen den im Strafprozess festgestellten Preisaufschlägen und den in dem angefochtenen Urteil festgestellten Aufschlägen berufen. Die Differenzbeträge seien hier tatbestandlich festgestellt. Ein Tatbestandsberichtigungsantrag sei nicht gestellt worden. Das nunmehrige Bestreiten der Differenzen sei gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Die Beklagten hätten in erster Instanz den klägerischen Vortrag, wonach der Erblasser sonstige Kosten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Fahrzeuge regelmäßig selbst getragen habe, sofern eine Übernahme geschuldet gewesen sei, nicht bestritten. Den Erblasser treffe kein Mitverschulden wegen der unterlassenen Rechnungsprüfung. Dieser habe dem Beklagten zu 1) als Freund der Familie und Experten vertraut.

Die Beklagten hätten nicht in erheblicher Weise vorgetragen, dass der Erblasser selbständige Kaufverträge mit den Insolvenzschuldnerinnen geschlossen habe. Sie hätten als „Abwicklungsvehikel“ für den Beklagten zu 1) fungiert. Der Zweck der Zwischenschaltung des Beklagten zu 1) um den sog. „E.-Zuschlag“ zu vermeiden, würde konterkariert, wenn die Insolvenzschuldnerinnen

den Zuschlag selbst hätten vereinnahmen dürfen. Der Erblasser habe den Insolvenzschuldnerinnen nur den tatsächlich aufgewandten Kaufpreis als Aufwendungsersatz gemäß § 670 BGB geschuldet.

Die unstreitigen Feststellungen des Landgerichts führten bereits zur Bejahung der Voraussetzungen des § 263 Abs. 1 StGB. Hierzu sei das Strafurteil nicht notwendig. Dass der Beklagte zu 1) nicht wegen aller hier in Rede stehenden Geschäfte wegen Betrugs verurteilt worden sei, sei unerheblich. Dies beruhe auf den Besonderheiten des Strafprozesses. Auch die Voraussetzungen des § 826 BGB seien zu bejahen. Jede Täuschung über vertragswesentliche Umstände stelle einen Sittenverstoß dar und verstoße gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Dem Beklagten zu 1) sei bekannt gewesen, dass er zu solchen Aufschlägen nicht berechtigt gewesen sei und der Erblasser nicht mehr zahlen würde, als er aufgrund der vertraglichen Absprache verpflichtet sei.

Die Kostenentscheidung sei nicht abzuändern. Die Voraussetzungen eines sofortigen Anerkenntnisses nach § 93 ZPO lägen nicht vor. Das Anerkenntnis sei nicht innerhalb der Klageerwiderungsfrist abgegeben worden. Die Insolvenzschuldnerinnen hätten angezeigt, dass sie sich gegen die Klage verteidigen würden. Damit hätten sie einen Klageanlass bestätigt. Auch hinsichtlich der weiteren Anerkenntnisse hätten die Insol-

venzschuldnerinnen zunächst selbst Anlass zur Klage gegeben. Mit Schriftsatz vom 28.06.2016 hätten sie einen Antrag auf Klageabweisung gestellt. Hinsichtlich der erst mit Schriftsatz vom 14.11.2016 erklärten Anerkenntnisse in Höhe von 10.080.650,30 € und 1.243.982,62 € komme ein sofortiges Anerkenntnis nicht in Betracht. Bei der Teilklagerücknahme handele es sich um eine kostenmäßig nicht zu berücksichtigende geringfügige Zuvielforderung i.S.v. § 92 Abs. 2 ZPO.

Die Kläger haben die Klage bezüglich eines Schadensersatzanspruchs wegen des Ankaufs des Werks „Mutter und Sohn“ von Ernst Ludwig Kirchner in Höhe von 555.249,53 € und wegen des Ankaufs des Bildes „Maria“ von Gerhard Richter in Höhe von 587.804,46 € mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen.

Der Senat hat die Akte des Strafverfahrens gegen den Beklagten zu 1) - 35 KLS- 303 Js 40/14 - 15/16 Landgericht Essen - beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Im Hinblick auf die weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die dort zu den Akten gereichten Schriftsätze und Urkunden verwiesen.

II. Die zulässigen Berufungen der Beklagten zu 1) und 2) haben in der Sache teilweise Erfolg. Die zulässige Berufung des Beklagten zu 3) ist in vollem Umfang begründet.

1. Der Beklagte zu 1) ist den Klägern in Höhe von 16.137.376,62 € zum Schadensersatz verpflichtet.

a. Allerdings ergibt sich dieser Anspruch der Kläger nicht aus der Verletzung von Nebenpflichten aus einem Kauf- oder Kommissionsvertrag. Die Kläger haben nicht schlüssig dargelegt, dass der Beklagte zu 1) mit dem Erblasser hinsichtlich der erworbenen Kunstgegenstände und Oldtimer im eigenen Namen Kauf- und/oder Kommissionsverträge geschlossen hat. Wie sich aus den unstreitigen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt, hat der Beklagte zu 1) zur Abwicklung der von ihm initiierten oder begleiteten Käufe die Insolvenzschuldnerinnen zu 2) und 3) eingeschaltet. Die zur Akte gereichten Rechnungen weisen nur die Insolvenzschuldnerinnen zu 2) und 3) als Gläubigerinnen des Erblassers auf. Diese erwarben die Objekte im eigenen Namen von den Verkäufern. Auch die sog. Provisionen wurden von den Insolvenzschuldnerinnen vereinnahmt. Dass der Beklagte zu 1) von den Zahlungen an die Insolvenzschuldnerinnen als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin zu 3) und als Mitglied des Vorstands der Insolvenzschuldnerin zu

2) möglicherweise profitierte, macht ihn nicht zum Vertragspartner.

Aus diesen Gründen besteht auch kein Herausgabeanspruch gemäß §§ 675, 667 BGB. Der Beklagte zu 1) handelte bei den Objektkäufen und -Verkäufen nicht im eigenen Namen und nahm daher nicht die Stellung eines Beauftragten ein.

b. Indes ergibt sich ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311 Abs. 3 BGB, 280 Abs. 1, 1922 BGB. Gemäß § 311 Abs. 3 BGB kann ein Schuldverhältnis auch zu einer Person entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden soll, wenn diese Person besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. Zwar sind Sachwalter und Vertreter in der Regel nur aus Delikt in Anspruch zu nehmen. Ausnahmsweise kann aber ein Sachwalter auch persönlich wegen Verschuldens bei Vertragsschluss in Anspruch genommen werden, wenn er die Verhandlungen oder den Vertragsschluss in unmittelbarem eigenen wirtschaftlichen Interesse herbeigeführt oder dadurch, dass er ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, erheblich beeinflusst hat (vgl. BAG NJW 2014, 2669 ff).

aa. Der Beklagte zu 1) hat in persönlicher und fachlicher Hinsicht das besondere Vertrauen des Erblassers genossen und dadurch den Ankauf der Objekte und die

Preisgestaltung erheblich beeinflusst. Entgegen der Ansicht des Beklagten zu 1) hat er nicht nur das sog. Verhandlungstrauen in Anspruch genommen. Nach eigenem Bekunden hat sich nach 2007 zwischen ihm und dem Erblasser eine „engste Männerfreundschaft“ entwickelt, die von einem „tiefen unumstößlichen Vertrauen“ geprägt gewesen sei. Diese enge persönliche Bindung begründete naturgemäß das Zutrauen des Erblassers in die von dem Beklagten zu 1) begleiteten Objektkäufe, auch wenn dieser nicht im eigenen Namen als Vertragspartner agierte. Überdies gilt der Beklagte zu 1) nach den unstrittigen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil als ausgewiesener und anerkannter Kunstkenner. Diese besondere Fachkompetenz und das tiefe persönliche Vertrauen des Erblassers in den Beklagten zu 1) schafften eine persönliche Gewähr für die Seriosität der abgeschlossenen Geschäfte und gaben dem Beklagten zu 1) den Freiraum, diese Geschäfte zu beeinflussen. Unstreitig hat der Beklagte zu 1) den Erblasser bei der Auswahl der Kunstwerke beraten. Er wickelte über die von ihm beherrschten Insolvenzschuldnerinnen die An- und Verkäufe ab, um das Inkognito des Erblassers zu wahren und um - aus der Sicht des Erblassers - zu verhindern, dass die Verkäufer wegen des großen Vermögens des Erblassers einen höheren Preis verlangten. Der Ablauf der An- und Verkaufsaktionen wurde durch den Beklagten zu 1) initiiert und abgewickelt. Dies

hat der Erblasser zugelassen, weil er dem Beklagten in persönlicher und fachlicher Hinsicht vertraute. Überdies profitierte der Beklagte zu 1) wirtschaftlich von den Geschäften. Ihm sollte die vereinbarte Provision von 3 % bzw. 5 % über die von ihm dominierten Gesellschaften zukommen. Je höher der mit dem Erblasser vereinbarte Kaufpreis und je größer die Spanne zu dem Einkaufspreis war, desto höher waren die Gewinnmarge und die zu beanspruchende Provision.

bb. Die sich aus diesem besonderen Vertrauensverhältnis ergebenden, in § 241 Abs. 2 BGB beschriebenen Aufklärungs- und Rücksichtnahmepflichten hat der Beklagte zu 1) schuldhaft verletzt, indem er dem Erblasser die erheblichen Differenzen zwischen dem den Verkäufern gezahlten Einkaufspreis und dem von dem Erblasser gezahlten Verkaufspreis verschwieg. Nach den unstreitigen Feststellungen in dem Tatbestand des angefochtenen Urteils war der Erblasser bestrebt, möglichst günstige Preise zu erzielen. Dieses Ziel war dem Beklagten zu 1) bekannt, denn er bot dem Erblasser an, für ihn - zur Vermeidung des sog. „E.-Zuschlags“ - die Preise mit den Verkäufern zu verhandeln und die Kunstwerke bzw. Oldtimer zu erwerben. Dieses in ihn gesetzte Vertrauen enttäuschte der Beklagte zu 1), indem er nicht den Einkaufspreis an den Erblasser weiterleitete, sondern einen Aufschlag vornahm, ohne ihn dem Erblasser zu

offenbaren. Dieser hinterfragte den ihm genannten Preis nicht, weil er dem Beklagten zu 1) vertraute.

Grundsätzlich besteht keine allgemeine Pflicht über Gewinnmargen aufzuklären. Indes war das Schuldverhältnis zu dem Erblasser davon geprägt, möglichst günstige Preise für diesen zu erzielen. Besonders günstig ist der Preis dann, wenn der Einkaufspreis ohne Aufschlag weitergegeben wird. Ausweislich der unstreitigen Feststellungen in dem Tatbestand des angefochtenen Urteils sollte der Beklagten zu 1) die vereinbarte Provision für seine Bemühungen erhalten. Hieraus ergibt sich, dass die Provision die Gegenleistung für die Vermittlungsbemühungen des Beklagten zu 1) sein sollte. Sofern der Beklagte behauptet, ihm stünde darüber hinaus eine Erstattung für Transport-, Versicherungskosten und Zölle etc. zu, so hat er entsprechende Vereinbarungen mit dem Erblasser nicht dargelegt.

Seinen Vortrag, mit dem Erblasser eine Rücknahmevereinbarung für die Objekte getroffen zu haben, die die Aufschläge veranlasst habe, hat der Beklagte zu 1) nicht weiterverfolgt. Auf den Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2017, an der in dem Teilurteil vom 10.01.2015 geäußerten Auffassung festzuhalten, hat der Beklagte sein Vorbringen nicht ergänzt. Zutreffend hatte das Landgericht ausgeführt, dass der Beklagtenvortrag

zur Rechtfertigung der Aufschläge nicht schlüssig sei. Der Beklagte vermochte nicht zu erklären, weshalb der Erblasser angesichts seines sich verschlechternden Gesundheitszustands seinen Angehörigen nicht von dieser angeblichen Rückgabemöglichkeit berichtet hatte. Hätte er diese Rückgabemöglichkeit durch erhebliche Beträge erkaufte, so wäre es konsequent gewesen, diese Option seinen Angehörigen mitzuteilen, damit sie auch in der Zukunft realisiert werden konnte.

Es obliegt dem Beklagten zu 1) gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB sich von dem Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung zu entlasten. Der Beklagte zu 1) hat keine Umstände vorgetragen und bewiesen, wonach er die Aufklärungspflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

cc. Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte zu 1) darauf, der Erblasser sei bei Abschluss der Kaufverträge geschäftsunfähig gewesen. Da die Geschäftsfähigkeit einer Person die Regel und ihr Fehlen eine Ausnahme darstellt, hat derjenige, der sich auf die Geschäftsunfähigkeit beruft, ihre Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen (vgl. BGH NJW 1972, 681; Palandt-Ellenberger, BGB, 77. Auflage, § 104 Rn. 8). Der Beklagte zu 1) hat keine hinreichenden Tatsachen dargelegt, wonach sich der Erblasser in den Jahren 2009 bis 2011 bei sämtlichen Kaufverträgen in einem die freie Willensbestim-

mung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden hat, der nicht nur vorübergehender Natur war.

Auf die Ausführungen des Landgerichts, wonach eine Alkoholabhängigkeit nicht zwingend zu einer Geschäftsunfähigkeit führt, haben die Beklagten in ihren Berufungen keine ergänzenden Umstände angeführt, die auf eine Geschäftsunfähigkeit des Erblassers schließen lassen. Sie berufen sich im Wesentlichen auf einen Brief der Witwe, F., an den Kreis Rendsburg-Eckernförde vom 04.01.2016 (Anlage B 21). Die dortigen Ausführungen beziehen sich allerdings darauf, dass der Erblasser am 23.12.2010, als er eine Satzungsänderung unterzeichnete, aufgrund seiner jahrelangen Alkoholkrankheit und aufgrund der genommenen Medikamente nicht geschäftsfähig gewesen sei. Zwar berichtete F. auch davon, dass die Alkoholkrankheit zu einer Persönlichkeitsveränderung, einer Beeinträchtigung seiner intellektuellen Fähigkeiten und seiner Kritikfähigkeit geführt habe. Diese Bewertungen eines medizinischen Laien begründen keine hinreichenden Anknüpfungstatsachen, um auf eine dauerhafte Geschäftsunfähigkeit schließen zu können. In dem Schreiben behauptet F. nämlich auch, dass der Erblasser „seit ca. 2010 im Zustand klaren Verstandes“ wiederholt gesagt habe, er werde die Rechtsstellung der Kinder in Testament und Stiftung deutlich verbessern. Sie räumt selbst ein, dass der Erblasser durch-

aus auch im Jahr 2010 und danach „bei klarem Verstand“, also geschäftsfähig, gewesen sei. Aus dem eigenen Bekunden von F. ergibt sich also nicht, dass der Erblasser seit 2010 bei den hier streitgegenständlichen Rechtsgeschäften geschäftsunfähig war.

Zurecht ist das Landgericht nicht dem Antrag der Beklagten nachgegangen, die Akten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens - VG Schleswig 6 A 12/15 - beizuziehen. Es handelt sich mangels konkreter Anknüpfungstatsachen um einen Ausforschungsbeweis, der nicht den vorhandenen Vortrag bestätigt, sondern erst weiteren Vortrag ermöglichen soll. Angesichts der seit dem Jahr 2007 bestehenden Freundschaft zu dem Erblasser, die die Beklagten als engste Männerfreundschaft bewerten, hätte der Beklagte zu 1) aus eigenem Erleben konkrete Umstände nennen können, die auf eine angebliche Geschäftsunfähigkeit hätten schließen lassen können. Der Beklagte zu 1) beruft sich hierzu aber nur auf den Brief der Witwe, ohne eigene Beobachtungen zu formulieren. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass eine chronische Alkoholsucht nur dann zur Geschäftsunfähigkeit führt, wenn psychopathologische Störungen vorliegen, die durch den suchtbedingten Abbau der Persönlichkeit veranlasst sind, und die die freie Willensbestimmung ausschließen (vgl. BayObLG NJW 2003, 216 ff). Es kommt also nicht auf die Sucht als sol-

che an, sondern ausschließlich auf die psychopathologischen Folgen des chronischen Alkoholmißbrauchs; insofern ist der Nachweis eines hirnrorganischen Psychosyndroms erforderlich (BayObLG a.a.O). Die Beklagten haben keine Symptome eines solchen Krankheitsbildes beschrieben. Weder der Alkoholkonsum, noch die Medikation noch konkrete Verhaltensauffälligkeiten werden beschrieben.

dd. Dass der Wert der veräußerten Kunstwerke und Oldtimer möglicherweise nach dem Erwerb gestiegen ist, ist bei der Bemessung des Schadens nicht zu berücksichtigen. Hätte der Beklagte zu 1) nicht das Vertrauen des Erblassers enttäuscht und wäre ihm stattdessen die Möglichkeit gegeben worden, zu den tatsächlichen Einkaufspreisen die Geschäfte abzuschließen, hätte der Erblasser neben der späteren Wertsteigerung der Objekte auch noch von den attraktiven Einkaufspreisen profitiert und hätte seinen persönlichen Gewinn vergrößern können. Da ihm diese Möglichkeit verstellt worden ist, hat er in Höhe der Differenz zwischen Einkaufs- und Ankaufspreis, abzüglich der zu leistenden Provision, einen Schaden erlitten.

ee. Der Schadensersatzanspruch aus §§ 280, 311 Abs. 3 BGB ist nicht verjährt. Die Verjährung ist gehemmt durch Erhebung der Klage gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, die am 27.08.2014 dem Beklagten zu 1) zuge-

stellt worden ist. Gemäß §§ 195, 199 BGB verjährt der Anspruch in 3 Jahren nach dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, hat der Beklagte zu 1) nicht schlüssig dargelegt, dass der Erblasser vor dem 01.01.2011 von der Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) wusste bzw. hätte wissen müssen. Es obliegt dem Beklagten zu 1) als Schuldner, die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis darzulegen und zu beweisen (vgl. BGH NJW 2017, 248 ff). In dem Zeitraum von 2009 bis 2012 erwarb der Erblasser, beraten durch den Beklagten zu 1) die Objekte. Die Beklagten haben keine Umstände dargelegt, wonach der Erblasser von der Pflichtverletzung bzw. der Täuschung des Beklagten zu 1) und den damit für ihn verbundenen Vermögensschäden gewusst hat. Es ist auch nicht plausibel, dass der Erblasser bewusst seine Vermögensschädigung hingenommen hätte. Grob fahrlässige Unkenntnis ist dem Erblasser ebenfalls nicht vorzuwerfen. Er vertraute dem Beklagten zu 1) in besonderer Weise. Gerade diese aufgrund der freundschaftlichen Bindung fehlende Kontrolle nutzte der Beklagte zu 1) für seine Pflichtverletzungs- und Täuschungshandlungen.

c. Der Beklagte zu 1) ist den Klägern auch gemäß §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m.

§ 263 StGB zum Schadensersatz verpflichtet.

Er hat den Tatbestand des Betruges verwirklicht, indem er dem Erblasser unzutreffende Einkaufspreise nannte. Hierdurch verschleierte er, dass er entgegen der sog. Provisionsvereinbarung nicht den von ihm verhandelten günstigeren Einkaufspreis an den Erblasser weitergegeben, sondern erhebliche Aufschläge vorgenommen hat. Diese Vereinbarung ergibt sich aus den im Tatbestand des angefochtenen Urteils getroffenen Feststellungen, wonach der Erblasser auf das Angebot des Beklagten zu 1) eingegangen sei, die von den Galeristen mit dem Beklagten zu 1) verhandelten Preise an den Erblasser weiter zu geben und als Gegenleistung dafür eine Provision von 5 % des Nettokaufpreises zu leisten. Hinsichtlich der Oldtimerkäufe ist als unstreitig festgestellt worden, dass der Beklagte zu 1) den Erblasser in vergleichbarer Weise überzeugt habe, für diesen Oldtimerfahrzeuge zu erwerben und hierfür eine Provision in Höhe von 3 % des Nettokaufpreises zu zahlen. Die Abwicklung der Käufe erfolgte jeweils über die Insolvenzsuldnerinnen. Die Täuschung manifestierte sich in der Übersendung der Rechnungen (teilweise unter Hinzufügung der manipulierten Einkaufsrechnungen) durch die Insolvenzsuldnerinnen. Die täuschungsbedingte Vermögensverfügung lag darin, dass der Erblasser mit den unberechtigten Aufschlägen nebst überhöhter Provision und USt einverstanden war und diese

Beträge zahlte. Angesichts der Motivation des Erblassers, die Objekte möglichst günstig und ohne sog. „E.-Zuschlag“ zu erwerben, waren Täuschung und Irrtum ursächlich für die Vermögensverfügung. Der Vermögensschaden des Erblassers liegt in der Differenz zwischen dem von dem Beklagten erzielten Einkaufspreis nebst darauf entfallender Provision und dem zu Unrecht erhöhten Verkaufspreis nebst darauf entfallener Provision. Wie bereits zuvor erörtert, ist es unerheblich, ob die verlangten Verkaufspreise dem Marktwert entsprachen oder ob der Wert der Objekte noch gestiegen ist. Denn der Erblasser hätte - wie die von dem Beklagten erzielten Einkaufspreise zeigen - die Objekte zu einem günstigen - eventuell sogar unter dem Marktwert liegenden Preis - erwerben und überdies von der zukünftigen Wertsteigerung profitieren können. Der Beklagte zu 1) handelte vorsätzlich und in der Absicht, sich bzw. die Insolvenzschuldnerinnen zu bereichern.

Wie bereits zuvor erörtert, ist der Einwand des Beklagten zu 1), der Erblasser sei geschäftsunfähig gewesen, unerheblich. Für die Verwirklichung des Betrugstatbestands ist ein Irrtum der verfügenden Person, also des Erblassers, maßgebend, ohne dass es aber auf die Geschäftsfähigkeit des Handelnden ankommt. Entscheidend ist nicht die Wirksamkeit einer Willenserklärung, sondern die tatsächliche Einwirkung (Fischer, StGB, 65. Auflage, § 263 Rn. 71).

Auch greift der Verjährungseinwand nicht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen im Rahmen des Anspruchs aus §§ 280, 311 Abs. 3 BGB Bezug genommen.

Die geschilderten Feststellungen begründen ebenso einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. Es verstößt gegen die guten Sitten, einen engen Vertrauten über Preisaufläge zu täuschen und hierdurch zu schädigen, um für sich bzw. die von dem Beklagten zu 1) beherrschten Insolvenzschuldnerinnen finanzielle Vorteile zu erzielen.

d. Zu den einzelnen Erwerbsvorgängen im Hinblick auf die streitgegenständlichen Kunstwerke:

- *Juan Munoz „Esquina Positiva“*¹¹¹

Eine Pflichtverletzung oder betrügerisches Handeln des Beklagten zu 1) ist von den Klägern in Bezug auf dieses Kunstwerk nicht bewiesen worden. Ihr Vortrag, die Rechnung von G. (Anlage K 41) sei hinsichtlich des Verkaufspreises von 3.401.250 GBP in 3.481.500 GBP manipuliert, ist nicht bewiesen. Der Rechnung selbst ist eine Manipulation nicht ohne weiteres anzusehen. Dieser Fall war nicht Gegenstand des Strafverfahrens (s. Strafakte S. 12), weil die konkreten Umstände des Erwerbs und des Weiterverkaufs nicht geklärt werden konnten. Der berechnete Preis weicht zwar von dem von

G. auf der Internetseite angegebenen Verkaufspreis ab, es steht aber nicht positiv fest, dass die Insolvenzschuldnerin tatsächlich nur diesen Preis gezahlt und dem Erblasser nach Manipulation der Rechnungskopie einen höheren Preis in Rechnung gestellt hat. Mit dem Ersteigerungsvorgang verbundene Zuschläge und Kosten müssen nicht zwingend in dem veröffentlichten Verkaufspreis enthalten sein.

Der in der an den Erblasser gerichteten Rechnung aufgeführte Hinweis auf eine Differenzbesteuerung nach § 25a UstG ist kein zwingendes Indiz für einen Unterschied zwischen Ein- und Verkaufspreis. Ungeachtet der Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 25a UstG vorlagen, ist dem Erblasser für den Erwerb des Werks keine Umsatzsteuer berechnet worden. Der Hinweis auf § 25a UstG könnte auch als Begründung dafür verstanden werden, dass keine Umsatzsteuer ausgewiesen worden ist. Selbst einem Kaufmann - wie dem Erblasser - müssen die steuerrechtlichen Besonderheiten des § 25a UstG nicht so geläufig sein, dass er hieraus zwingend Rückschlüsse auf die Preisbildung ziehen muss.

- *Ernst Ludwig Kirchner „Zwei Akte im Wald“ und „Nächtliche Straße mit beleuchteten Figuren“*:114

Der Beklagte zu 1) ist - wie erstinstanzlich zuerkannt - den Klägern zum Schadensersatz in Höhe von 959.455,80 € verpflichtet. Das Vorbringen des Beklagte zu 1), dem Erblasser sei aus der Besichtigung der Kunstwerke in Köln bei der Fa. H. GmbH & Co. KG der Einkaufs- und der Verkaufspreis bekannt gewesen, ist nicht erheblich. Denn er rückt in seinem Schriftsatz vom 20.04.2015 von diesem Vorbringen ab und behauptet, er sei mit dem Erblasser bereits über den Verkaufspreis einig geworden, bevor überhaupt über den Einkaufspreis verhandelt worden sei. Danach hätte der Erblasser dem von ihm zu leistenden Kaufpreis zugestimmt, ohne den von dem Beklagten zu 1) mit der Galerie ausgehandelten niedrigeren Einkaufspreis zu kennen. War dem Erblasser der von dem Beklagten zu 1) vorgenommene Aufschlag nicht bekannt, so stellt sich das Verhalten des Beklagten zu 1) als Pflichtverletzung i. S. v. § 311 Abs. 3 BGB dar. Denn er berechnete dem Erblasser nicht den erwarteten günstigsten Preis sondern einen ungerechtfertigten Aufschlag, den er ihm nicht offenbarte. Selbst wenn der Beklagte zu 1) zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses mit dem Erblasser den Einkaufspreis nicht gekannt haben sollte, so hätte er auch dies dem Erblasser mitteilen müssen oder ihn im Nachhinein über die Preisdifferenz aufklären müssen. Angesichts der zeitlichen Nähe der Rechnungen vom 29. und 30.4.2009 ist davon auszugehen, dass die maßgeblichen Verhandlungen mit

der Galerie bereits zuvor stattgefunden haben mussten. Jedenfalls musste dem Beklagten zu 1) aufgrund seines Kunstsachverständnisses und seiner Marktkenntnis die mögliche Gewinnspanne bewusst sein. Es ist unwahrscheinlich, dass er dem Erblasser ins Blaue hinein einen fixen Preis genannt hätte, ohne zu wissen, ob der Preis auskömmlich ist. Sein Vorbringen hierzu ist nicht konsequent und daher nicht erheblich. Gegenüber der in der Klage benannten Schadenssumme von 987.520,80 € lassen sich die Kläger einen Skontoabzug in Höhe von 28.065 € anrechnen.

- *Roy Lichtenstein: „Reflections on blonde“ und „Still life with Bottle and Tray“*:115

Ein Schadensersatzanspruch besteht in Höhe von 1.025.356,30 €. Unstreitig ergibt sich eine erhebliche Differenz zwischen dem Ankaufs- und dem Verkaufspreis. Diese Beträge sind durch die vorgelegten Rechnungen (Anlagen K 26 - 28) belegt. Im Hinblick auf das besondere Vertrauensverhältnis des Erblassers zu dem Beklagten zu 1) hätte dieser Aufschlag offenbart werden müssen. Der Einwand des Beklagten zu 1), die Preise seien dem Erblasser bekannt gewesen, ist unerheblich. Denn er hat trotz des Bestreitens der Kläger nicht dargelegt, aufgrund welcher Umstände der Erblasser die Kenntnis erlangt hat. Es bleibt unklar, ob und in welcher Weise der Erblasser in die Verhandlungen eingebunden gewesen ist. Dass

dem Beklagten zu 1) zusätzlich Kosten z.B. für die Einfuhrsteuer entstanden sind, rechtfertigt es nicht, einen weit darüber hinausgehenden Aufschlag von dem Erblasser zu verlangen, ohne seine Kosten konkret zu benennen. Die von der Beklagten zu 2) geleistete Einfuhrumsatzsteuer in Höhe von 257.979,03 € ist nicht von dem Schadensbetrag zu subtrahieren. Denn die Schadensberechnung K 77 berücksichtigt grundsätzlich auch beim Einkaufspreis einen Umsatzsteuerbetrag von 7 %. Die Einfuhrumsatzsteuer wird neben den Zöllen und den besonderen Verbrauchssteuern bei der Einfuhr von Waren aus Drittländern erhoben. Sie beträgt 7 %. Zwar bestreiten die Kläger diese Zahlungsverpflichtung der Beklagten zu 2). Die Beklagten haben aber durch Vorlage des Steuerbescheids vom 27.05.2010 diese steuerliche Verpflichtung hinreichend belegt. Allerdings ist die Schadensaufstellung in der Anlage K 77 für die konkreten Objekte nicht zutreffend. Es ist ein Umsatzsteuerbetrag von nur 180.051,90 € angesetzt worden. Dieser Betrag entspricht nicht der zu leistenden Umsatzsteuer bei einem Nettopreis von 3.542.203,36 €. Diese belief sich auf 247.954,24 €. Die anfallende Provision von 5 % beträgt 177.110,17 €, die darauf entfallende Umsatzsteuer (19%) umfasst 33.650,93 €. Der zulässige Gesamtpreis incl. Provision und Umsatzsteuer müsste 4.000.918,70 € betragen. Angesichts des tatsächlich vom Erblasser gezahlten Preises

von 5.026.275 € beläuft sich der Schaden auf 1.025.356,30 €.

- *Francis Picaba „Vilica Caja“16*

Ein Schadensersatzanspruch ist in Höhe von 225.900 € begründet. Unstreitig besteht eine erhebliche Differenz zwischen dem Ankaufs- und dem Verkaufspreis. Diese Beträge sind durch die vorgelegten Rechnungen (Anlagen K 29 - 30) belegt. Im Hinblick auf das besondere Vertrauensverhältnis des Erblassers zu dem Beklagten zu 1) hätte dieser Aufschlag offenbart werden müssen. Der Einwand des Beklagten zu 1), die Preise seien dem Erblasser bekannt gewesen, ist unerheblich. Denn er hat trotz des Bestreitens der Kläger nicht dargelegt, aufgrund welcher Umstände der Erblasser die Kenntnis erlangt hat. Es bleibt unklar, ob und in welcher Weise der Erblasser in die Verhandlungen eingebunden gewesen ist. Dass der Insolvenzschuldnerin zusätzlich Kosten z.B. für die Einfuhrsteuer entstanden sind (Bl. 281), rechtfertigt es nicht, einen weit darüberhinausgehenden Aufschlag von dem Erblasser zu verlangen, ohne die Kosten konkret zu benennen. Die von der Insolvenzschuldnerin geleistete Einfuhrumsatzsteuer in Höhe von 257.979,03 € ist nicht von dem Schadensbetrag zu subtrahieren. Denn die Schadensberechnung K 77 berücksichtigt grundsätzlich auch beim Einkaufspreis einen Umsatzsteuerbetrag von 7 %. Die Einfuhrumsatzsteuer wird neben den Zöllen

und den besonderen Verbrauchssteuern bei der Einfuhr von Waren aus Drittländern erhoben. Sie beträgt 7 %. Zwar bestreiten die Kläger diese Zahlungsverpflichtung der Insolvenzschuldnerin. Die Beklagten haben aber durch Vorlage des Steuerbescheids vom 09.07.2010 diese steuerliche Verpflichtung hinreichend belegt.

- *Tony Cragg „Stainless steel, wt“*

Ein Schadensersatzanspruch ist in Höhe von 202.623,85 € begründet. Soweit der Beklagte zu 1) zunächst pauschal behauptet hatte, dem Erblasser sei der Aufschlag bekannt gewesen, ist sein Vorbringen - wie bereits oben erörtert - unerheblich. Allerdings hat er später behauptet, der Künstler unterscheide zwischen dem Verkaufspreis, den er für sein Werk erhalte und dem von dem Endkunden geforderten Preis. Für dieses Kunstwerk sei der Preis von 400.000 € der übliche Verkaufspreis im Markt. Auch dieses Vorbringen ist unerheblich, weil der Beklagte zu 1) aufgrund seiner besonderen freundschaftlichen Verbundenheit zu dem Erblasser diese Preisgestaltung des Künstlers dem Erblasser hätte mitteilen müssen. Dann hätte dieser entscheiden können, ob er sich der Preisbildung unterwirft oder von dem Ankauf des Kunstwerkes Abstand nimmt. Ohne diese Aufklärung konnte sich bei dem Erblasser die falsche Vorstellung bilden, er kaufe das Werk zu einem besonders günstigen Preis ein. Über dies beruft sich der Beklagte zu 1) auf die Aussage des

Künstlers im Strafverfahren, um den Preisbildungsvorgang zu belegen. Dem Strafurteil ist aber nicht zu entnehmen, dass der Zeuge J. überhaupt zu den von ihm verlangten Preisen Auskunft gegeben hat (Strafurteil S. 71). Im Strafverfahren hatte der Beklagte zu 1) den Aufschlag vorwiegend mit seinem erhöhten Beratungsaufwand gerechtfertigt. Er habe sich mehrfach mit J. getroffen und über die Gestaltung und Platzierung der Skulptur gesprochen. Diese Einlassung wurde aber durch den Zeugen J. nicht bestätigt.

- *Oskar Kokoschka „London Tower Bridge II“*

Ein Schadensersatzanspruch ist in Höhe von 229.120,16 € begründet. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte Vertrauen verletzt, als er ihm den Einkaufspreis von 950.000 USD nicht offenbart und stattdessen den Rechnungsbetrag in Euro mitgeteilt hat. Zur Bestätigung legte er dem Erblasser die manipulierte Rechnungskopie K 34 vor. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Von seinem ursprünglichen Vorbringen, die Rechnung auf Wunsch und Veranlassung des Erblassers manipuliert zu haben, ist der Beklagte zu 1) nunmehr abgerückt. Angeblich hätte die Ehefrau des Erblassers von dem Profit des Beklagten zu 1) nichts erfahren sollen. Ähnlich seinem Aussageverhalten im Strafverfahren (s. Strafurteil S. 62) hält er diese Einlassung aber nicht mehr aufrecht. Nunmehr behauptet er, der Insol-

venzschuldnerin seien für den Kauf und den Weiterverkauf des Bildes erhebliche Kosten entstanden, die sie aufgrund der Vereinbarung mit dem Erblasser nicht einzeln habe auflisten müssen.

Dieses Vorbringen ist nicht erheblich, denn der Beklagte zu 1) hat eingeräumt, den Rechnungsbetrag von USD in Euro verändert zu haben und auf diese Weise den Erblasser über den tatsächlichen Einkaufspreis getäuscht zu haben. Als Gegenleistung für die bei Abwicklung des Geschäfts entstandenen Kosten war eine sog. Provision von 5 % vereinbart. Dass der Erblasser selbst die Abwicklungskosten tragen sollte, legt der Beklagte zu 1) nicht plausibel dar. Pauschal behauptet er, der Erblasser sei über die Einzelheiten informiert und mit dem erhöhten Kaufpreis einverstanden gewesen. Wenn der Erblasser vollständig informiert gewesen wäre, hätte es der Rechnungsmanipulation nicht bedurft. Der Beklagte zu 1) konkretisiert nicht, wann und bei welcher Gelegenheit über die Einzelheiten des Geschäfts gesprochen worden sei. Überdies bietet der Beklagte zu 1) keinen Beweis für seine Behauptung an. In dem Strafverfahren ist das Verfahren bezüglich dieses Falls nur unter dem Aspekt der Verjährung eingestellt worden (s. Strafurteil S. 14).

- *Pablo Picasso „La Famille du Jardinier“*

Ein Schadensersatzanspruch ist in der zugeprochenen Höhe von 2.206.078,47 € begründet. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte Vertrauen verletzt, als er ihm den Einkaufspreis von 5.000.000 USD nicht offenbart und stattdessen den Rechnungsbetrag von 5.500.000 € mitgeteilt hat. Zur Bestätigung legte er dem Erblasser die manipulierte Rechenkopie K 38 vor. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Auch bezüglich dieses Werkes ist der Beklagte zu 1) von seinem ursprünglichen Vorbringen, die Rechnung auf Wunsch und Veranlassung des Erblassers manipuliert zu haben, nunmehr abgerückt. Angeblich hätte die Ehefrau des Erblassers von dem Profit des Beklagten zu 1) nichts erfahren sollen. Ähnlich seinem Aussageverhalten im Strafverfahren (s. Strafurteil S. 62) hält er diese Einlassung aber nicht mehr aufrecht. Nunmehr behauptet er, der Insolvenzschuldnerin seien für den Kauf und den Weiterverkauf des Bildes erhebliche Kosten entstanden, die sie aufgrund der Vereinbarung mit dem Erblasser nicht einzeln auflisten müssen. Dieses Vorbringen ist nicht erheblich, denn der Beklagte zu 1) hat nicht in Abrede gestellt, den Rechnungsbetrag von USD in Euro verändert zu haben und auf diese Weise den Erblasser über den tatsächlichen Einkaufspreis getäuscht zu haben. Als Gegenleistung für die bei Abwicklung des Geschäfts entstandenen Kosten war eine sog. Provision von 5 % vereinbart.

Dass der Erblasser selbst die Abwicklungskosten tragen sollte, legt der Beklagte zu 1) nicht plausibel dar. Pauschal behauptet er, der Erblasser sei über die Einzelheiten informiert und mit dem erhöhten Kaufpreis einverstanden gewesen. Wenn der Erblasser vollständig informiert gewesen wäre, hätte es der Rechnungsmanipulation nicht bedurft. Der Beklagte zu 1) konkretisiert nicht, wann und bei welcher Gelegenheit über die Einzelheiten des Geschäfts gesprochen worden sei. Überdies bietet der Beklagte zu 1) keinen Beweis für seine Behauptung an. Für seine Behauptung, er habe die „US sales tax“ begleichen müssen, fehlt es an Belegen. Bei der Schadensberechnung ist ohnehin die auf den Einkaufspreis von 5.000.000 USD zu leistende Umsatzsteuer von 7 % berücksichtigt worden (Anlage K 77).

- *Barry Flanagan „Thinker on Rock Bronze“*

Ein Schadensersatzanspruch ist in der zugeprochenen Höhe von 285.050,75 € begründet. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte Vertrauen verletzt, als er ihm den Einkaufspreis von 1.440.000 USD nicht offenbart und stattdessen den Rechnungsbetrag von 1.800.000 USD, gleich 1.285.714,29 €, mitgeteilt hat. Zur Bestätigung legte er dem Erblasser die manipulierte Rechenkopie K 44 vor. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Von seinem ur-

sprünglichen Vorbringen, die Rechnung auf Wunsch und Veranlassung des Erblassers manipuliert zu haben, ist der Beklagte zu 1) nunmehr abgerückt. Angeblich hätte die Ehefrau des Erblassers von dem Profit des Beklagten zu 1) nichts erfahren sollen. Ähnlich seinem Aussageverhalten im Strafverfahren (s. Strafurteil S. 62) hält er diese Einlassung aber nicht mehr aufrecht. Nunmehr behauptet er, der Insolvenzschuldnerin seien für den Kauf und den Weiterverkauf des Bildes erhebliche Kosten entstanden, die sie aufgrund der Vereinbarung mit dem Erblasser nicht einzeln auflisten müssen (Bl. 276). Dieses Vorbringen ist nicht erheblich, denn der Beklagte zu 1) hat nicht in Abrede gestellt, den Rechnungsbetrag manipuliert zu haben und auf diese Weise den Erblasser über den tatsächlichen Einkaufspreis getäuscht zu haben. Als Gegenleistung für die bei Abwicklung des Geschäfts entstandenen Kosten war eine sog. Provision von 5 % vereinbart.

Dass der Erblasser selbst die Abwicklungskosten tragen sollte, legt der Beklagte zu 1) nicht plausibel dar. Pauschal behauptet er, der Erblasser sei über die Einzelheiten informiert und mit dem erhöhten Kaufpreis einverstanden gewesen. Zum Nachweis hierfür beruft er sich auf den auf der manipulierten Rechnung verbliebenen Buchungsaufdruck (K 44), der einen Betrag von 1.038.528 € ausweist. Der Erblasser hätte also erkennen können, dass der gefor-

derte Betrag von 1.800.000 USD höher sei, als der von der Insolvenzschuldnerin in Euro verbuchte Ankaufspreis. Entgegen der Auffassung der Beklagten drängt sich diese Erkenntnis nicht auf. Diese setzt nämlich voraus, dass der Erblasser den aktuellen Umrechnungskurs von USD in Euro kannte. Ferner hätte es der Rechnungsmanipulation nicht bedurft, wenn der Erblasser vollständig informiert gewesen wäre. Diese Manipulation räumt der Beklagte zu 1) ein. Er konkretisiert demgegenüber nicht, wann und bei welcher Gelegenheit über die Einzelheiten des Geschäfts gesprochen worden sei. Überdies bietet der Beklagte zu 1) keinen Beweis für seine Behauptung an.

- Albert Oehlen „Ballade“129

Ein Schadensersatzanspruch ist in der zugesprochenen Höhe von 37.368,50 € begründet. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte Vertrauen verletzt, als er ihm den Einkaufspreis von 200.000 € brutto nicht offenbart und stattdessen den Rechnungsbetrag von 220.000 € mitgeteilt hat. Zur Bestätigung legte er dem Erblasser die manipulierte Rechnungskopie K 47 vor. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Von seinem ursprünglichen Vorbringen, die Rechnung auf Wunsch und Veranlassung des Erblassers manipuliert zu haben, ist der Beklagte zu 1) nunmehr abgerückt. Angeblich hätte die Ehefrau des Erblassers von dem Profit

des Beklagten zu 1) nichts erfahren sollen. Ähnlich seinem Aussageverhalten im Strafverfahren (s. Strafurteil S. 62) hält er diese Einlassung aber nicht mehr aufrecht. Nunmehr behauptet er, der Insolvenzschuldnerin seien für den Kauf und den Weiterverkauf des Bildes erhebliche Kosten entstanden, die sie aufgrund der Vereinbarung mit dem Erblasser nicht einzeln habe auflisten müssen. Dieses Vorbringen ist nicht erheblich, denn der Beklagte zu 1) hat nicht in Abrede gestellt, den Rechnungsbetrag manipuliert zu haben und auf diese Weise den Erblasser über den tatsächlichen Einkaufspreis getäuscht zu haben. Dass der Erblasser selbst die Abwicklungskosten tragen sollte, legt der Beklagte zu 1) nicht plausibel dar. Als Gegenleistung für die bei der Abwicklung des Geschäfts entstandenen Kosten war vielmehr die sog. Provision von 5 % vereinbart.

- *Takashi Murakami „Yume Lion“*¹³¹

Ein Schadensersatzanspruch ist in der zugesprochenen Höhe von 309.253,31 € begründet. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte Vertrauen verletzt, als er ihm den Einkaufspreis von 1.100.000 USD nicht offenbart und stattdessen den Rechnungsbetrag von 1.170.000 € mitgeteilt hat. Zur Bestätigung legte er dem Erblasser die manipulierte Rechnungskopie K 50 vor. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Von seinem

ursprünglichen Vorbringen, die Rechnung auf Wunsch und Veranlassung des Erblassers manipuliert zu haben, ist der Beklagte zu 1) nunmehr abgerückt. Angeblich hätte die Ehefrau des Erblassers von dem Profit des Beklagten zu 1) nichts erfahren sollen. Ähnlich seinem Aussageverhalten im Strafverfahren (s. Strafurteil S. 62) hält er diese Einlassung aber nicht mehr aufrecht.

e. Zu den einzelnen Oldtimergeschäften:

- *Bentley Mulsanne*¹³⁵

Die Kläger haben in diesem Fall einen Schadensersatzanspruch nicht schlüssig dargelegt. Aus den im angefochtenen Urteil als unstreitig aufgeführten Feststellungen ergibt sich lediglich die Absprache zwischen dem Beklagten und dem Erblasser, Oldtimer als Investment zu erwerben, wobei eine Provision von 3 % hierfür geleistet werden sollte. Diese Abrede trifft auf den Erwerb des Bentley Mulsanne nicht zu, weil es sich um ein Neufahrzeug handelte und der Erblasser hierfür auch keine Provision zahlte. Dass der Beklagte als Gegenleistung für die von ihm behaupteten Bemühungen, ohne Wartefrist das Fahrzeug zu erhalten, nicht berechtigt war, einen Aufschlag zu verlangen, tragen die Kläger nicht vor. In dem Strafverfahren wurde der Beklagte zu 1) bezüglich dieses Falls freigesprochen (Strafurteil S. 106). Zwar gelten im Strafprozess andere prozessuale Grundsätze, gleichwohl wären die

Kläger veranlasst gewesen, hier die konkreten Abreden zum Erwerb dieses Neufahrzeugs vorzutragen. Für eine Täuschung oder einen Vertrauensbruch zu Lasten des Erblassers fehlt es an Vortrag.

- *BMW - AFM 504 Rennwagen*
- *Mercedes Benz 680 S Saoutchik136*

Auch hinsichtlich dieser Fahrzeuge haben die Kläger einen Schadensersatzanspruch nicht schlüssig dargelegt. Diese Fälle sind auch nicht Gegenstand des Strafverfahrens gegen den Beklagten zu 1) gewesen. Die Vereinbarung des Erblassers mit dem Beklagten zu 1), wonach dieser über die Insolvenzschuldnerin A. AG Oldtimerfahrzeuge zu einem günstigen Preis erwerben und an den Erblasser gegen eine sog. Provision von 3 % weiterverkaufen sollte, findet auf diesen Fahrzeugerwerb keine Anwendung. Unstreitig erwarb der Erblasser selbst von der Fa. D. GmbH die Fahrzeuge. Weder der Beklagte zu 1) noch die Insolvenzschuldnerin richteten an den Erblasser für ihre Vermittlung Vergütungsforderungen. Weder die Insolvenzschuldnerin noch der Beklagte zu 1) waren mit dem Erblasser insoweit vertraglich verbunden. Unstreitig erhielt die Insolvenzschuldnerin von der Fa. D. GmbH eine Vermittlungsprovision in Höhe von 265.072,50 € bzw. 471.240 €. Es ist aufgrund des Vorbringens der Kläger weder konkret dargelegt noch bewiesen, dass der Beklagte zu 1) bei der Vermittlung dieser

Fahrzeuge das besondere persönliche Vertrauen des Erblassers verletzt, ihn getäuscht und ihm dadurch einen Schaden zugefügt hat. Zwar ergibt sich aus der Korrespondenz von D. mit dem Beklagten zu 1) vom 28.03.2012, dass die Provisionszahlungen dem Erblasser verheimlicht worden sind (Anlage K 103). Fraglich ist aber, ob den Beklagten zu 1) insoweit über eine eventuelle moralische Verpflichtung hinaus eine rechtliche Pflicht traf, den Erblasser über die erhaltene Provision aufzuklären. Es ist nicht konkret dargelegt und unter Beweis gestellt worden, dass der Kaufpreis unberechtigterweise um die gezahlte Provision erhöht worden ist. Die D. GmbH war in ihrer Preisgestaltung frei. Es oblag dem Erblasser einzuschätzen, ob er zu dem geforderten Preis das jeweilig Fahrzeug erwerben wollte oder nicht. Dass der Beklagte zu 1) den Erblasser bei den Vertragsverhandlungen unlauter beeinflusst hat, um ihn zu dem Vertragsabschluss zu bewegen, ist nicht vorgetragen worden. Der Beklagte zu 1) hatte unter Beweisanztritt ausgeführt, die Fa. D. habe aus ihrer Gewinnmarge die Provision gezahlt. Die von den Klägern gezogene Parallele zu sog. Kick-back-Zahlungen ist nicht zwingend. Denn zwischen dem Erblasser und dem Beklagten zu 1) bzw. der Insolvenzschuldnerin bestand insoweit kein Vertragsverhältnis, das eine besondere Aufklärungspflicht begründet hat. Damals war die Insolvenzschuldnerin noch nicht eingeschaltet worden, um für den Erblasser gegen Zahlung

einer Provision Oldtimer zu erwerben. Wie sich aus den Feststellungen im Strafverfahren ergibt (dort S. 74 ff), ist die sog. Provisionsvereinbarung erst zeitlich nach den zwischen D. und dem Erblasser geschlossenen Kaufverträgen getroffen worden.

- *Ferrari 121 LM*
- *Fiat 642 RN 2 - Renntransporter*138

Den Klägern steht ein Schadensersatzanspruch in der zugesprochenen Höhe von 2.192.486,36 € und 627.120 € zu. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte besondere Vertrauen verletzt und den Erblasser vorsätzlich getäuscht, weil er ihm den Einkaufspreis von 8.500.000 € nicht offenbart und ihm stattdessen 11.200.000 € nebst Provision berechnet hat. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Die Käufe wurden über die Insolvenzschuldnerin A. AG abgewickelt. Zwar besaß der Beklagte zu 1) im Hinblick auf den Ankauf von Oldtimern - anders als bei den Kunstobjekten - keinen branchenspezifischen Sachverstand. Der Erblasser vertraute dem Rat und den Aussagen des Beklagten zu 1) aber aufgrund ihrer engen persönlichen Bindung.

Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte zu 1) darauf, es sei nie vereinbart worden, dass die Einkaufspreise mit den vorgeschlagenen Verkaufspreisen übereinstimmten. Wie bereits zuvor erörtert, durfte der Erblasser auf-

grund der bereits gemeinsam abgewickelten Kunstkäufe davon ausgehen, dass der Beklagte zu 1) für ihn einen möglichst günstigen Kaufpreis heraushandelte und als Gegenleistung hierfür eine Provision erhalten sollte. Diese betrug 3 % des Nettokaufpreises.

Soweit der Beklagte behaupten will, der Erblasser sei mit den Aufschlägen einverstanden gewesen, ist sein Vorbringen ebenfalls unerheblich. Zum einen behauptet der Beklagte zu 1) unter Beweisantritt, Herr K. als Geschäftsführer der Verkäuferin könne bezeugen, dass der Erblasser gemeinsam mit dem Beklagten zu 1) die Fahrzeuge besichtigt habe und dabei der Verkaufspreis verhandelt worden sei. Der Erblasser habe gewusst, dass der Einkaufspreis niedriger gewesen sei, er sei in alle Einzelheiten der Kaufabwicklung involviert gewesen. Von diesem Vorbringen nimmt er jedoch Abstand. Denn in einem späteren Schriftsatz ist nicht mehr davon die Rede, dass der Erblasser bei den Verhandlungen mit dem Verkäuferer zugegen war. Vielmehr soll der Zeuge L. dem Erblasser in seinen Geschäftsräumen die mit dem Beklagten zu 1) abgesprochenen Verkaufspreise von 9,6 Mio € und von 1,6 Mio. € genannt und darauf hingewiesen haben, dass konkrete Verhandlungen mit dem damaligen Eigentümer noch gar nicht begonnen hätten.

Ausgehend von diesem Vortrag hat der Beklagte zu 1) gleichwohl eine Pflichtverletzung begangen. Denn der Erblasser durfte davon ausgehen, dass mit dem von ihm gezahlten 3 %igen Aufschlag die Verhandlungsbemühungen der Insolvenzschuldnerin hinreichend vergütet worden waren. Der Beklagte zu 1) hat nicht dargetan, inwieweit es aus Sicht des Erblassers gerechtfertigt sein könnte, über diesen sog. Vermittlungsaufschlag von 3 % hinaus einen weiteren Aufschlag auf den Einkaufspreis zu leisten. Selbst wenn der Erblasser sich auf einen bestimmten Preis in Gegenwart des Zeugen L. festgelegt haben sollte, ohne dass der Einkaufspreis bereits feststand, so konnte er sich angesichts des besonderen Vertrauensverhältnisses zu dem Beklagten darauf verlassen, dass der Beklagte zu 1) sich bzw. die Insolvenzschuldnerin nicht auf seine Kosten bereichern werde und der ihm genannte Preis auch im Wesentlichen dem Einkaufspreis entsprechen werde. Durch die Absprache des Preises erhielt der Zeuge L. nur eine Vorgabe, wieweit er in den Verhandlungen mit dem Verkäufer gehen konnte.

Aus dem auf der Rechnung aufgedruckten Hinweis auf die Differenzbesteuerung nach § 25a UstG konnte der Erblasser nicht ohne weiteres auf eine Gewinnmarge zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis schließen. Ungeachtet der Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 25a UstG vorlagen, ist

dem Erblasser für die Fahrzeuge keine Umsatzsteuer berechnet worden. Der Hinweis auf § 25a UstG könnte auch als Begründung dafür verstanden werden, dass keine Umsatzsteuer ausgewiesen worden ist. Selbst einem Kaufmann - wie dem Erblasser - müssen die steuerrechtlichen Besonderheiten des § 25a UstG nicht so geläufig sein, dass er hieraus zwingend Rückschlüsse auf die Preisbildung ziehen muss.

- *Ferrari 250 GT Berlinetta*144

Den Klägern steht ein Schadensersatzanspruch in der zugesprochenen Höhe von 882.457,83 € zu. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte besondere Vertrauen verletzt, da er ihm den Einkaufspreis von 10.147.960 € netto nicht offenbart und ihm stattdessen 11.000.000 € nebst Provision berechnet hat. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Die Käufe wurden über die Insolvenzschuldnerin A. AG abgewickelt. Zwar besaß der Beklagte zu 1) im Hinblick auf den Ankauf von Oldtimern - anders als bei den Kunstobjekten - keinen branchenspezifischen Sachverstand. Der Erblasser vertraute dem Rat und den Aussagen des Beklagten zu 1) aber aufgrund ihrer engen persönlichen Bindung. Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte zu 1) pauschal darauf, dass der Erblasser in alle Vorgänge eingebunden gewesen sei und die Preise gekannt habe. Da die Kläger dies bestreiten, hätte der Be-

klagte konkrete Umstände nennen müssen, aus denen sich ergibt, dass der Erblasser mit den Aufschlägen auf den Einkaufspreis einverstanden gewesen ist. Auch hier gilt, dass aus dem auf der Rechnung aufgedruckten Hinweis auf die Differenzbesteuerung nach § 25a UstG der Erblasser nicht ohne weiteres auf eine Gewinnmarge zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis schließen konnte. Ungeachtet der Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 25a UstG vorlagen, ist dem Erblasser für die Fahrzeuge keine Umsatzsteuer berechnet worden. Der Hinweis auf § 25a UstG könnte auch als Begründung dafür verstanden werden, dass keine Umsatzsteuer ausgewiesen worden ist. Selbst einem Kaufmann - wie dem Erblasser - müssen die steuerrechtlichen Besonderheiten des § 25a UstG nicht so geläufig sein, dass er hieraus zwingend Rückschlüsse auf die Preisbildung ziehen muss.

- *Ferrari 250 GT SWB California Spyder*

Es besteht ein Schadensersatzanspruch in der zugesprochenen Höhe von 530.236,97 € zu. Zur Begründung wird auf die vorhergehenden Ausführungen Bezug genommen. Die beiden Fahrzeuge wurden gemeinsam erworben und an den Erblasser verkauft.

- *Jaguar E-Type V 12146*

Den Klägern steht ein Schadensersatzanspruch in der zugesprochenen Höhe von 36.771,35 € zu. Der Beklagte zu 1) hat das

ihm von dem Erblasser entgegengebrachte besondere Vertrauen verletzt, da er ihm den Einkaufspreis von 55.000 € netto nicht offenbart und ihm stattdessen 85.000 € netto nebst Provision berechnet hat. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Die Käufe wurden über die Insolvenzschuldnerin A. AG abgewickelt. Zwar besaß der Beklagte zu 1) im Hinblick auf den Ankauf von Oldtimern - anders als bei den Kunstobjekten - keinen branchenspezifischen Sachverstand. Der Erblasser vertraute dem Rat und den Aussagen des Beklagten zu 1) aber aufgrund ihrer engen persönlichen Bindung. Der Beklagte hat die Berechtigung des Aufschlags nicht erläutert. Er verneint eine Täuschungshandlung und Vorsatz, ohne konkret auszuführen, ob, ggf. wann und wie der Erblasser über die Preisbildung informiert worden ist. Dass Restaurationsarbeiten durchgeführt worden sind, rechtfertigt den Aufschlag nicht. Denn diese Arbeiten sind von dem Erblasser zusätzlich beglichen worden. Den Schaden haben die Kläger gemäß der Auflistung K 54 im Einzelnen berechnet. Es ist daher unerheblich, dass nach den Feststellungen im Strafverfahren der Schaden 0,35 € geringer ist.

- *Bugatti 57 „Aravis“ 147*

Den Klägern steht auch hier ein Schadensersatzanspruch zu, allerdings nur in Höhe von 1.932.970,00 €. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegenge-

brachte besondere Vertrauen verletzt, da er ihm den Einkaufspreis von 1.712.000 € brutto nicht offenbart und ihm stattdessen 4.165.000 € brutto nebst Provision berechnet hat. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Die Käufe wurden über die Insolvenzschuldnerin A. AG abgewickelt. Zwar besaß der Beklagte zu 1) im Hinblick auf den Ankauf von Oldtimern - anders als bei den Kunstobjekten - keinen branchenspezifischen Sachverstand. Der Erblasser vertraute dem Rat und den Aussagen des Beklagten zu 1) aber aufgrund ihrer engen persönlichen Bindung. Der Beklagte hätte den Aufschlag offenbaren müssen. Dass der Erblasser sich die Einkaufsrechnung hätte vorlegen lassen können, entlastet den Beklagten nicht. Denn aufgrund des engen Vertrauensverhältnisses bestand für den Erblasser keine Veranlassung, sich Belege vorlegen zu lassen. Der Beklagte hat die Berechtigung des Aufschlags nicht erläutert. Er verneint eine Täuschungshandlung und Vorsatz, ohne konkret auszuführen, ob, ggf. wann und wie der Erblasser über die Preisbildung informiert worden ist. Allerdings sind bei der Schadensberechnung die von der Insolvenzschuldnerin zu leistenden Restaurierungskosten in Höhe von 587.680 € brutto zu subtrahieren. Die Beklagten haben durch Vorlage der Restaurierungsrechnung vom 16.03.2012 nachgewiesen, dass die Insolvenzschuldnerin über den geleisteten Ankaufspreis weitere 587.860 € an die M. GmbH an Vergütung

für die Restaurierung des Fahrzeugs verauslagt hat. Insoweit war ein Aufschlag auf den Ankaufspreis gerechtfertigt und im Sinne des Erblassers, der ein restauriertes Fahrzeug erhalten hat. Im Strafverfahren sind diese Restaurierungskosten ebenfalls schadensmindernd berücksichtigt worden (Strafurteil S. 32).

- *Bentley 8 l Speed*

Den Klägern steht ein Schadensersatzanspruch in der zugesprochenen Höhe von 2.901.576,97 € zu. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte besondere Vertrauen verletzt, da er ihm den Einkaufspreis von 6.496.980,81 € netto nicht offenbart und ihm stattdessen 9.350.000 € nebst Provision berechnet hat. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Die Käufe wurden über die Insolvenzschuldnerin A. AG abgewickelt. Zwar besaß der Beklagte zu 1) im Hinblick auf den Ankauf von Oldtimern - anders als bei den Kunstobjekten - keinen branchenspezifischen Sachverstand. Der Erblasser vertraute dem Rat und den Aussagen des Beklagten zu 1) aber aufgrund ihrer engen persönlichen Bindung. Der Beklagte hat die Berechtigung des Aufschlags nicht erläutert. Vielmehr ergibt sich aus dem Schreiben des Zeugen L. vom 27.01.2012 (Anlage B 36, Bl. 394), der für den Beklagten zu 1) arbeitete, dass dem Erblasser der falsche Eindruck vermittelt werden sollte, einen günstigen

Preis ausgehandelt zu haben. Es wurde nämlich darauf hingewiesen, mit dem Verkäufer sei der Preis nachverhandelt und ein Preisnachlass erzielt worden. Auf diese Weise ist das Vertrauen des Erblassers in ein günstiges und vorteilhaftes Geschäft enttäuscht worden. Unerheblich ist das Vorbringen des Beklagten zu 1), an die N. eine Vergütung für die sog. Ankaufsberatung in Höhe von 333.795 € geleistet zu haben. Der Beklagte zu 1) war auch Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Diese angebliche Beratungsleistung ist dem Erblasser nicht zu Gute gekommen und hat dessen Schaden nicht reduziert. Wenn die Insolvenzschuldnerin sich eines internen Beraters bedient haben sollte, so ist sie freiwillig diese Zahlungsverpflichtung eingegangen und hat damit aufgrund ihrer eigenen Entscheidung ihre Kostenstruktur belastet.

- *Mercedes Benz 540 K Spezial Roadster („Krupp von Bohlen und Halbach Car):*

Den Klägern steht ein Schadensersatzanspruch in der zugesprochenen Höhe von 1.553.550 € zu. Der Beklagte zu 1) hat das ihm von dem Erblasser entgegengebrachte besondere Vertrauen verletzt, da er ihm den Einkaufspreis von 10.500.000 € nicht offenbart und ihm stattdessen 12.000.000 € nebst Provision berechnet hat. Die geleisteten Beträge sind durch die Rechnungen belegt. Die Käufe wurden über die Insolvenzschuldnerin A. AG abgewickelt auf der Basis

der Provisionsabrede. Zwar besaß der Beklagte zu 1) im Hinblick auf den Ankauf von Oldtimern - anders als bei den Kunstobjekten - keinen branchenspezifischen Sachverstand. Der Erblasser vertraute dem Rat und den Aussagen des Beklagten zu 1) aber aufgrund ihrer engen persönlichen Bindung. Der Beklagte hat die Berechtigung des Aufschlags nicht erläutert. Auch hier gilt, dass aus dem auf der Rechnung aufgedruckten Hinweis auf die Differenzbesteuerung nach § 25a UstG der Erblasser nicht ohne weiteres auf eine Gewinnmarge zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis schließen konnte. Ungeachtet der Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 25a UstG vorlagen, ist dem Erblasser für das Fahrzeug keine Umsatzsteuer berechnet worden. Der Hinweis auf § 25a UstG könnte auch als Begründung dafür verstanden werden, dass keine Umsatzsteuer ausgewiesen worden ist. Selbst einem Kaufmann - wie dem Erblasser - müssen die steuerrechtlichen Besonderheiten des § 25a UstG nicht so geläufig sein, dass er hieraus zwingend Rückschlüsse auf die Preisbildung ziehen muss.

2. Der Beklagte zu 2) ist als Insolvenzverwalter über das Vermögen der A. AG den Klägern zum Schadensersatz in Höhe von 10.657.169,50 € verpflichtet. In dieser Höhe ist gemäß §§ 179, 180 Abs. 2 InsO die Forderung zur Insolvenztabelle festzustellen.

a. Als Erben des Erblassers stehen den Klägern gegen die Insolvenzschuldnerin Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 433 BGB, §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu. Mit dem Tod des Erblassers ist sein Vermögen gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf die Kläger als seine Erben übergegangen. Zu diesem Vermögen gehören die Schadensersatzansprüche gegen die Insolvenzschuldnerin.

Aus den Verkäufen der Oldtimerfahrzeuge an den Erblasser ergaben sich vertragliche Nebenpflichten der Insolvenzschuldnerin, die diese verletzt hat. Es kann dahinstehen, ob die Insolvenzschuldnerin als gewerbsmäßige Kommissionärin gemäß § 383 ff HGB tätig geworden ist. Denn es oblag ihr bereits aufgrund der zugrundeliegenden vertraglichen Absprachen mit dem Erblasser, die Fahrzeuge zu einem günstigen Preis ein und diese an ihn weiter zu verkaufen. Wie sich aus dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt, sollte in vergleichbarer Weise wie bei den Kunstkäufen verfahren werden. Das bedeutete, dass die Insolvenzschuldnerin für ihre Bemühungen nur durch eine Provision entschädigt werden sollte. Diese betrug für die Fahrzeugankäufe 3 % des Nettokaufpreises.

Wie bereits bei den Ansprüchen gegen den Beklagten zu 1) erörtert, missbrauchte dieser das in ihn gesetzte Vertrauen des Erblassers, um die Fahrzeuge mit ungerechtfertig-

ten Aufschlägen auf den Einkaufspreis weiter zu veräußern. Das Handeln des Beklagten zu 1) ist der Insolvenzschuldnerin gemäß § 31 BGB zuzurechnen. Der Beklagte zu 1) hat als Vorstand der Insolvenzschuldnerin die streitgegenständlichen Oldtimerankäufe und die Verkäufe verantwortet. Auf den Rechnungsformularen der Insolvenzschuldnerin ist er jeweils als Vorstand bezeichnet worden. Diese Funktion stellt er auch nicht in Abrede. In dieser Funktion hat er die Pflichtverletzungen begangen. Er nutzte das in ihn gesetzte persönliche Vertrauen des Erblassers aus, um über die Insolvenzschuldnerin erhöhte Kaufpreise abzurechnen.

§ 31 BGB ist auch bei unerlaubten Handlungen anzuwenden. Daher ist der Insolvenzschuldnerin das betrügerische Handeln des Beklagten zu 1) zuzurechnen. Im Rahmen seiner Vorstandstätigkeit beging er die Betrugstaten. Der Abschluss von Kaufverträgen gehörte zu seinen „amtlichen“ Pflichten.

Soweit sich auch die Insolvenzschuldnerin auf die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers beruft, ist ihr Vorbringen unerheblich. Ansprüche sind nicht verjährt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen bei der Haftung des Beklagten zu 1) Bezug genommen.

b. Über das Teilanerkennnisurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 07.02.2017 in

Höhe von 10.080.650,30 € hinaus sind weitere Schadensersatzansprüche in Höhe von 576.519,20 € zur Insolvenztabelle festzustellen. Wie zuvor im Rahmen der Haftung des Beklagten zu 1) erörtert, sind von den Klägern im Zusammenhang mit dem Erwerb der Fahrzeuge BMW - AFM 504 Rennwagen und Mercedes Benz 680 S Saoutchik durch den Erblasser von der Fa. D. keine Schadensersatz begründende Pflichtverletzungen der Insolvenzschuldnerin nachgewiesen worden. Auch hinsichtlich des Neuwagenerwerbs Bentley Mulsanne war eine Pflichtverletzung nicht schlüssig dargelegt worden. Insoweit ist die Berufung des Beklagten zu 2) erfolgreich.

Insgesamt beläuft sich der Schadensbetrag aus dem Verkauf der Oldtimer auf 10.657.169,50 €:

Dieser setzt sich wie folgt zusammen:

- Ferrari 121 LM	2.192.486,36 €
- Fiat 642 RN 2 Renntreiber:	627.120,00 €
- Ferrari 250 GT Berlinetta	882.547,83 €
- Ferrari 250 GT SWB California Spyder	530.236,97 €

- Jaguar E-Type V12	36.771,35 €
---------------------	-------------

- Bugatti 57 "Aravis	1.932.970,00 €
----------------------	----------------

behaupteter Schaden von 2.520.830 reduziert um die Restaurierungskosten in Höhe von 587.860 €, also 1.932.970,00 €

- Bentley 8 l Speed	2.901.576,97 €
---------------------	----------------

- Mercedes Benz 540 K Spezial Roadster („Krupp von Bohlen und Halbach Car):	
--------------------------------------------------------------------------------	--

	1.553.550,00 €
--	----------------

Aufgerundet	10.657.169,50 €
-------------	-----------------

3. Die Berufung des Beklagten zu 3) ist invollem Umfang begründet. Er ist als Insolvenzverwalter über das Vermögen der C. den Klägern in Höhe von 6.079.524,14 € zum Schadensersatz verpflichtet. Über diesen Betrag hinaus war bereits durch die Teilerkenntnisurteile des Landgerichts Düsseldorf vom 20.02.2015 in Höhe von 4.835.541,52 € und vom 07.02.2017 in Höhe von 1.243.982,62 € eine Schadensersatzpflicht zur Insolvenztabelle gemäß §§ 179, 180 Abs. 2 InsO festgestellt worden. Entgegen der Ansicht des Landgerichts steht den Klägern kein weiterer Anspruch zu.

<p>a. Nur folgende Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 433 BGB, §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB sind schlüssig dargelegt und erwiesen:</p>	<p>285.050,75 €</p>
<p>- Ernst Ludwig Kirchner „Zwei Akte im Wald“ und „Nächtliche Straße mit beleuchteten Figuren“:</p>	<p>- Albert Oehlen “Ballade”: 37.368,50 €</p>
<p style="text-align: right;">959.455,80 €</p>	<p>- Takashi Murakami “Yume Lion”: 309.253,31 €</p>
<p>- Roy Lichtenstein: „Reflections on blonde“ und „Still life with Bottle and Tray“:</p>	<hr style="width: 100%;"/> <p>+ 5.480.207,14 €</p>
<p style="text-align: right;">1.025.356,30 €</p>	<p>Da die Insolvenzsuldnerin dem Erblasser die Kunstwerke verkauft hatte, besaß dieser auch vertragliche Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Nebenpflichten aus den zugrundeliegenden Kaufverträgen. Es kann dahinstehen, ob die Insolvenzsuldnerin insoweit als gewerbsmäßige Kommissionärin gemäß § 383 ff HGB tätig geworden ist. Wie sich auch dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt, oblag es ihr aufgrund der zugrundeliegenden vertraglichen Absprachen mit dem Erblasser, die Kunstwerke zu einem günstigen Preis ein und diese an ihn weiter zu verkaufen. Im Gegenzug sollte die Insolvenzsuldnerin für ihre Bemühungen eine Provision in Höhe von 5 % des Nettokaufpreises erhalten. Wie bereits bei den Ansprüchen gegen den Beklagten zu 1) erörtert, missbrauchte dieser das in ihn gesetzte Vertrauen des Erblassers, um die Kunstwerke mit ungerechtfertigten Aufschlägen auf den Einkaufspreis weiter zu veräußern. Das Handeln des Beklagten zu 1) ist der Insolvenzsuldnerin gemäß § 31 BGB zuzu-</p>
<p>- Francis Picaba „Vilica Caja“</p>	
<p style="text-align: right;">225.900,00 €</p>	
<p>- Tony Cragg “Stainless steel, wt”:</p>	
<p style="text-align: right;">202.623,85 €</p>	
<p>- Oskar Kokoschka „London Tower Bridge II”:</p>	
<p style="text-align: right;">229.120,16 €</p>	
<p>- Pablo Picasso „La Famille du Jardinier“:</p>	
<p style="text-align: right;">2.206.078,47</p>	
<p>- Barry Flanagan „Thinker on Rock Bronze“:</p>	
<p style="text-align: right;">285.050,75 €</p>	
<p>- Barry Flanagan „Thinker on Rock Bronze“:</p>	

rechnen. Der Beklagte zu 1) hat als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin die streitgegenständlichen An- und Verkäufe der Werke verantwortet. Auf den Rechnungsformularen der Insolvenzschuldnerin ist er jeweils als Geschäftsführer genannt. Diese Funktion stellt er auch nicht in Abrede. In dieser Funktion hat er die Pflichtverletzungen begangen. Er nutzte das in ihn gesetzte persönliche Vertrauen des Erblassers aus, um über die Insolvenzschuldnerin erhöhte Kaufpreise abzurechnen.

§ 31 BGB ist auch bei unerlaubten Handlungen anzuwenden. Daher ist der Insolvenzschuldnerin das betrügerische Handeln des Beklagten zu 1) zuzurechnen. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer beging er die Betrugstaten. Der Abschluss von Kaufverträgen gehörte zu seinen „amtlichen“ Pflichten.

Soweit sich auch die Insolvenzschuldnerin auf die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers beruft, ist ihr Vorbringen unerheblich. Ansprüche sind auch nicht verjährt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen bei der Haftung des Beklagten zu 1) Bezug genommen.

b. In Bezug auf das Werk von Juan Munoz „Esquina Positiva“ ist ein Schadensersatzanspruch nicht begründet. Der Vortrag der Kläger, die Rechnung von G. (Anlage K 41) sei hinsichtlich des Verkaufspreises von

3.401.250 GBP in 3.481.500 GBP manipuliert, ist nicht bewiesen. Der Rechnung selbst ist eine Manipulation nicht ohne weiteres anzusehen. Dieser Fall war nicht Gegenstand des Strafverfahrens (s. Strafakte S. 12), weil die konkreten Umstände des Erwerbs und des Weiterverkaufs nicht geklärt werden konnten. Der berechnete Preis weicht zwar von dem von G. auf der Internetseite angegebenen Verkaufspreis ab, es steht aber nicht positiv fest, dass die Insolvenzschuldnerin tatsächlich nur diesen Preis gezahlt und dem Erblasser nach Manipulation der Rechnungskopie einen höheren Preis in Rechnung gestellt hat. Mit dem Ersteigerungsvorgang verbundene Zuschläge und Kosten müssen nicht zwingend in dem veröffentlichten Verkaufspreis enthalten sein.

Der in der an den Erblasser gerichteten Rechnung aufgeführte Hinweis auf eine Differenzbesteuerung nach § 25a UstG ist kein zwingendes Indiz für einen Unterschied zwischen Ein- und Verkaufspreis. Ungeachtet der Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 25a UstG vorlagen, ist dem Erblasser für den Erwerb des Werks keine Umsatzsteuer berechnet worden. Der Hinweis auf § 25a UstG könnte auch als Begründung dafür verstanden werden, dass keine Umsatzsteuer ausgewiesen worden ist. Selbst einem Kaufmann - wie dem Erblasser - müssen die steuerrechtlichen Besonderheiten des § 25a UstG nicht so geläufig sein,

dass er hieraus zwingend Rückschlüsse auf die Preisbildung ziehen muss.

194

In Bezug auf die Werke Ernst Ludwig Kirchner „Mutter und Sohn“ (555.249,53 €) und Gerhard Richter „Maria“ (587.804,46 €) haben die Kläger die Klage zurückgenommen.

4. Der Verzugszinsanspruch ergibt sich aus §§ 286 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 1 BGB.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 u. 2, 93, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO.

a. Entgegen der Auffassung des Landgerichts fallen im Hinblick auf das von dem Beklagten zu 3) für die C. unter dem 13.02.2015 abgegebene Teilanerkennnis in Höhe von 4.835.541,52 € den Klägern die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 93 ZPO zur Last, weil der Beklagte zu 3) durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Klageerhebung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt hat. Der Beklagte zu 3) hat im Prüfungstermin vom 19.11.2014 die Forderung „vorläufig bestritten“ (Anlagen K 93, 94). Ein vorläufiges Bestreiten ist zwar als Bestreiten i.S.v. § 179 Abs. 1 InsO anzusehen (vgl. BGH NJW-RR 2006, 773 ff). Fraglich ist aber, ob ein Insolvenzverwalter, der eine Forderung „vorläufig“ bestreitet, in jedem Fall genügenden Anlass zur Aufnahme ei-

nes unterbrochenen Rechtsstreits gemäß § 180 Abs. 2 InsO gibt.

Auch wenn der Verwalter sein Bestreiten in dem Prüfungstermin nicht wirksam als „vorläufig“ bezeichnen kann, macht er durch eine solche Erklärung deutlich, er bestreite die Forderung nur deshalb, weil er sich zu ihr noch nicht abschließend erklären könne (BGH a.a.O.). In diesem Fall weiß der Gläubiger, dass eine Feststellung seiner Forderung zur Tabelle noch möglich ist, mit der Folge, dass sich eine Fortsetzung des anhängigen, unterbrochenen Rechtsstreits erübrigt. Dann ist es ihm zuzumuten, sich beim Insolvenzverwalter zu vergewissern, ob dieser seinen Widerspruch aufrechterhält, bevor er den Rechtsstreit gemäß § 180 Abs. 2 InsO aufnimmt. Dies dient einer verfahrensökonomischen Erledigung des durch das „vorläufige“ Bestreiten eingetretenen Schwebezustands und verletzt keine aner kennenswerten Interessen des Gläubigers. Dieser kann dem Verwalter eine angemessene Frist zur abschließenden Entscheidung über die angemeldete Forderung setzen (BGH a.a.O.). Hier hätten die Kläger den Beklagten zu 3) vor Aufnahme des Verfahrens mit Schriftsatz vom 30.12.2014 zur Stellungnahme auffordern können, nachdem für sie erkennbar war, dass der Beklagte zu 3) die Forderungen noch nicht abschließend geprüft hatte. Innerhalb der ihm gesetzten Klageerwiderungsfrist hat er nämlich den Teilbetrag anerkannt, ohne zuvor einen Sachantrag angekündigt zu haben.

Im Hinblick auf das unter dem 14.11.2016 abgegebene weitere Teilanerkennnis kann sich der Beklagte zu 2) und 3) nicht auf § 93 ZPO berufen. Er hatte seit dem 19.11.2014 ausreichend Zeit zur Prüfung der Forderungen und hat durch seinen mit Schriftsatz vom 28.06.2016 angekündigten Klageabweisungsantrag den Eindruck vermittelt, er werde weitere Forderungen der Kläger nicht akzeptieren.

b. Bei der Bemessung der Kostenanteile wurden die Klagerücknahmen und die hinsichtlich der einzelnen Beklagten unterschiedlichen Streitwerte berücksichtigt, die aus der angegebenen Quotenerwartung von 3 % bzw. 30 % resultieren. Hinsichtlich der Beteiligung des Beklagten zu 2) und 3) an

den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Kläger findet § 100 Abs. 2 ZPO Anwendung. Denn angesichts der verhältnismäßig geringen auf den Beklagten zu 2) und 3) entfallenden Streitwerte an dem Gesamtstreitwert und der hohen Verlustquote der Kläger in erster Instanz im Hinblick auf den Beklagten zu 3) fällt der gesamtschuldnerische Beteiligungsbetrag so geringfügig aus, dass er mit einer eigenen Quote nicht darzustellen ist.

5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO. Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO, die es gebieten, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.