

Magazin des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V. ISSN 1864-569

## INHALTSVERZEICHNIS

I.	VORWORT.....	2
II.	ANKÜNDIGUNGEN.....	3
	XV. Heidelberger Kunstrechtstage 2021 .....	3
	Universitätslehrgang Kunstrecht .....	5
III.	RECHTSPRECHUNG .....	8
	Landgericht Hannover – AZ. 18 O 74/19 .....	8
	Marktkirchenfenster	
	United States District Court – AZ. 20cv4370 (DLC) .....	46
	Versteigerungsauftrag	
	Bundegerichtshof – I ZR 9/18.....	85
	Vergütungsaufschlag für den Chefkameramann „Das Boot“	
IV.	IMPRESSUM & VERANTWORTLICHKEIT.....	129

## Vorwort

Liebe Beiräte,

Liebe Mitglieder

Liebe Freunde des Instituts für Kunst und Recht,



die ersten Monate des Jahres 2021 stehen noch immer unter dem Eindruck der pandemischen Situation, nur langsam stellt sich etwas Normalität ein. Diese langsam zurückkehrende Normalität darf noch als fragiles Gebilde betrachtet werden und macht die Planung verschiedener Aktivitäten zu einer Herausforderung.

Das **Institut für Kunst und Recht – IFKUR e.V.** ist von der Gesamtsituation der letzten eineinhalb Jahre natürlich nicht unberührt geblieben. Zu unserem allgemeinen Bedauern mussten wir im vergangenen Jahr die XIV. Heidelberger Kunstrechtstage als reine Online-Veranstaltung durchführen. So fehlte auch ein wesentlicher Bestandteil unserer alljährlichen Tagung: der persönliche Austausch.

Nunmehr richtet sich der Blick aber optimistisch in die Zukunft. Das Jubiläumsjahr 2021 kann durchaus als „Neustart“ betrachtet werden. Wir freuen uns auf die Jubiläums-Veranstaltung der **XV. Heidelberger Kunstrechtstage** und möchten dieses Jubiläum mit den Mitgliedern, den Beiräten, Freunden und Wegbegleitern feiern. Eine Feier ist immer dann am schönsten, wenn sie vom persönlichen Austausch getragen ist und so dem festlichen Anlass einen persönlichen und freundschaftlichen Rahmen gibt.

Aus diesem Grunde möchten wir am **Freitag den 15. und am Samstag den 16. Oktober 2021** mit Ihnen zusammen nicht nur die **XV. Heidelberger Kunstrechtstage** in der altgewohnten Form, sondern vor allem auch den 15. Geburtstag des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V. gebührend feiern. Die Abhaltung der Heidelberger Kunstrechtstage als Präsenzveranstaltung steht unter dem Vorbehalt der dann aktuellen Inzidenz-Lage und der Durchführbarkeit in Übereinstimmung mit den Vorschriften und Regelungen der jeweils gültigen Corona Verordnungen. Hierüber werden wir Sie frühzeitig auf der Internetseite des Instituts informieren.

Passen Sie gut auf sich auf und bleiben Sie gesund,

Herzlichst



Dr. Nicolai B. Kemle

## II. Ankündigungen

### XV. Heidelberger Kunstrechtstage 2021

Hiermit dürfen wir Sie herzlich zu den **XV. Heidelberger Kunstrechtstagen** einladen. Im Jubiläumsjahr werden wir uns nunmehr zum Fünfzehnten Mal der fachlichen Diskussion widmen und fachlich fordernde Themen aus dem Kunstrecht werden hierfür die Grundlage sein. Darüber hinaus werden wir auch das Jubiläum gebührend zu feiern wissen und – soweit die allgemeine Situation dies zulässt – ein Festbankett veranstalten. Die Tagung findet wie in den vergangenen Jahren in den Räumlichkeiten der **Heidelberger Akademie der Wissenschaften** statt, der Festakt wird in den Räumlichkeiten des **Völkerkundemuseums der Josefine & Eduard von Portheim-Stiftung** stattfinden.

Auch wenn wir zum gegenwärtigen Zeitpunkt sehr optimistisch sein dürfen, die **XV. Heidelberger Kunstrechtstage** und die Feierlichkeiten wieder als Präsenzveranstaltung abhalten zu könne, so bleibt doch ein gewisser Rest Unsicherheit. Aus diesem Grunde werden wir die

### XV. Heidelberger Kunstrechtstage

am

Freitag den 15. und Samstag den 16. Oktober 2021

als Hybrid-Veranstaltung planen. Wir werden Sie frühzeitig auf unserer Internetpräsenz darüber informieren welche Form der Veranstaltung uns die allgemeine Lage vorgibt und inwieweit wir uns für die Feierlichkeiten anlässlich des Jubiläums persönlich treffen können.

Bis dahin bleiben uns gewogen und vor allen Dingen gesund,

Herzlichst Ihr



Dr. Nicolai B. Kemle

Vorstand



**KUNSTRECHT**  
DIE BRÜCKE ZWISCHEN  
**KUNST, ETHIK UND RECHT**

**XV. HEIDELBERGER  
KUNSTRECHTSTAGE**  
JUBILÄUMSVERANSTALTUNG  
**15. | 16. OKTOBER 2021**  
AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN HEIDELBERG

GEFÖRDERT DURCH:

**ARTIMA**  
Die Kunstversicherung  
der Mannheimer.



**Nomos**

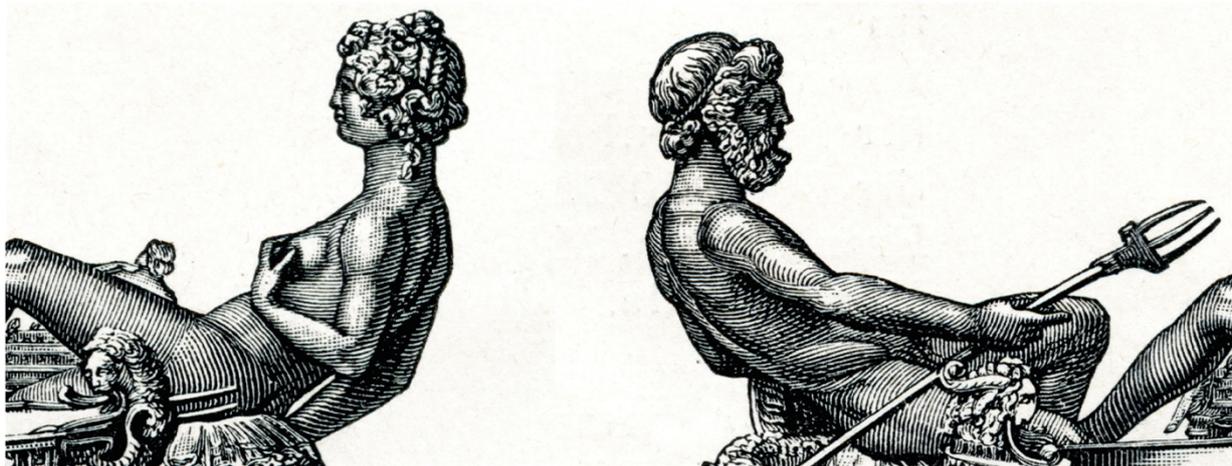
Universitätslehrgang Kunstrecht der SFU Wien

Oktober 2021 bis Mai 2022 | <https://jus.sfu.ac.at/de/studium-der-rechtswissenschaften/universitaetslehrgang-kunstrecht/>

SFU

Wir begründen nicht nur Karrieren  
*Wir fördern Persönlichkeiten*

## Kunstrecht Universitätslehrgang



SIGMUND FREUD  
PRIVATUNIVERSITÄT  
RECHTSWISSENSCHAFTEN

JUS



Unter Kunstrecht versteht man den Schutz und die Pflege von Kulturgut und Weltkulturerbe, aber auch Kunsthandel, das Recht der Kunstauktionen und Kunstversicherungsrecht auf interdisziplinärer und transnationaler Ebene.

Im Fokus des Zertifikatskurses stehen brisante Themen wie der internationale Kulturgüterschutz, Denkmalschutz, Museologie, Kunstprivat- und Verfahrensrecht, sowie Urheber- und Persönlichkeitsrecht des Künstlers. Zudem spielen ökonomische Anknüpfungen und das Recht der internationalen Konventionen – etwa UNESCO, UNIDROIT und EU Recht – eine wichtige Rolle. Aktuelle Themen wie Rechtsfragen der Kunstfälschung, Restitution von Kulturgut und Provenienzforschung oder die Rolle des Kunstsachverständigen vor dem Hintergrund der nationalen und internationalen Gesetzeslage und Rechtsprechung werden diskutiert.

Internationale Rechtsprechung und Konventionen weisen den Weg zur Weiterentwicklung des Kunstrechtes, die nationalen Rechtsordnungen tragen die Verantwortung zur Umsetzung und Durchführung. Im Rahmen von sechs Modulen eröffnet der postgraduale Lehrgang »Kunstrecht« den TeilnehmerInnen die Möglichkeit mit in- und ausländischen ExpertInnen von Kunst und Recht in Dialog zu treten.



Medieninhaber Sigmund Freud PrivatUniversität, 1020 Wien

#### Studienangebot

#### Psychotherapiewissenschaft (PTW)

→ Wien, Linz, Berlin,  
Paris, Ljubljana

#### Psychologie

→ Wien, Linz, Berlin,  
Ljubljana, Mailand

#### Humanmedizin

#### Zahnmedizin

→ Wien

#### Rechtswissenschaften

→ Wien

#### Sigmund Freud

#### PrivatUniversität Wien

Universitätslehrgang Kunstrecht

Campus Prater  
Freudplatz 3, 1020 Wien  
kunstrecht@sfu.ac.at

Weitere Informationen

[jus.sfu.ac.at](http://jus.sfu.ac.at)

## Vortragende

- Dr. Silvie Aigner [Chefredakteurin Kunstmagazin Parnass](#)
- Dr. Andreas Bernhart [Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Wien](#)
- Dr. Margot Bernhart, BA, MBA  
[Steuerberaterin und Kunsthistorikerin, Wien](#)
- FH-Prof. MMag. Dr. Clemens Bernsteiner, LL.M.  
[FH Technikum Wien/Universität Wien](#)
- Univ.-Doz. Dr. Dieter Bogner [Universität Wien](#)
- Prof. Dr. Kerstin von der Decken [Universität Gießen](#)
- Prof. Dr. Thomas Dreier  
[Universität Karlsruhe, Angewandte Rechtswissenschaften](#)
- Dr. Petra Eibel [Kunstversicherungsexpertin, Wien](#)
- José Angelo Estrella Faria, LL.M. ehem. Generalsekretär UNIDROIT, Rom
- Dr. Paul Frey [Geschäftsführer KHM Wien](#)
- Min.Rätin Dr. Anita Gach [Bundeskriminalamt Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Markus Grassl  
[Universität für Musik und darstellende Kunst Wien](#)
- Prof. MMag. Gerhard Gutruf [Künstler, Wien](#)
- Mag. Nadja Haumberger [Kuratorin Weltmuseum Wien](#)
- Dr. Daniel-Philipp Häret, RA [Karben](#)
- Ass.-Prof. MMag. Dr. Florian Heindler  
[Sigmund Freud PrivatUniversität Wien](#)
- Dr. Marianne Hussl-Hörmann [Kinsky Wien](#)
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme, LL.M. [Universität Heidelberg](#)
- Prof. Dr. Wolf-Dieter Heilmeyer  
eh. [Direktor der Antikensammlung der Staatlichen Museen zu Berlin](#)
- Ira Kaliampetsos, MA, RA [Hellenic Society for Law and Archoeology, Athen](#)
- Prof. Dr. Henry Keazor [Universität Heidelberg](#)
- Dr. Nicolai Kemle, RA [IFKUR Heidelberg](#)
- Dr. Markus Kiesel [Internationale Beethoven Festspiele Bonn](#)
- Mag. Christian Kircher [Geschäftsführer Bundestheater Holding, Wien](#)
- Dr. Nikolaus Kraft, LL.M., RA [Wien](#)
- Prof. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke [Universität Heidelberg](#)
- Dr. Robert Kugler, RA [Berlin](#)
- Dr. Karolina Kuprecht, LL.M., RA  
[ZHAW School of Management and Law, Zürich](#)
- HR Dr. Andreas Lehne [Bundesdenkmalamt Wien](#)
- Dr. Doris Leutgeb, MA  
[Kustodin der Sammlung Generali Foundation Salzburg](#)
- Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel [Universität Köln](#)
- Dr. Felix Michl, RA [Heidelberg](#)
- Dr. Peter Mosimann, RA [Basel](#)
- Univ.-Prof. Dr. Alfred J. Noll, RA [Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger [Universität Wien](#)
- Dr. Robert Peters [Auswärtiges Amt, Berlin](#)
- Dr. Franz Pichorner [stv Generaldirektor KHM Wien](#)
- Dr. Ernst Ploil, RA [Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Richard Potz [Universität Wien](#)
- HR Sylvia Preinsberger [Rechtsabteilung Bundesdenkmalamt Wien](#)
- Prof. Dr. Andreas Rahmatian [University of Glasgow](#)
- Prof. Dr. Peter Raue, RA [Berlin](#)
- Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Walter H. Rechberger [Universität Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Gerte Reichelt [Universität Wien](#)
- Prof. Dr. Haimo Schack, LL.M. [Universität Kiel](#)
- Dr. Wolfgang Schuster [Öffentlicher Notar, Linz](#)
- Prof. Dr. Beat Schönenberger [Universität Basel](#)
- Mag. Dr. Pia Maria Schönberger [Bundeskanzleramt Wien](#)
- Dr. Dietmar Schuth [Museum Blau Schwetzingen](#)
- HR Dr. Karl Schütz [Kunsthistorisches Museum Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Sebastian Schütze [Universität Wien](#)
- Dr. Sebastian Seeger, LL.M. [Frankfurt](#)
- Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Siehr, M.C.L.  
[Max-Planck-Institut Hamburg, Universität Zürich](#)
- DDr. Franz Smola [Kurator Belvedere Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Walter Summersberger [Johannes Kepler Universität Linz](#)
- DDr. Christoph Thun-Hohenstein [Generaldirektor MAK Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Hannes Tretter [Universität Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lajos Vékás [Universität Budapest](#)
- Univ.-Prof. Dr. Michel Walter, RA [Universität Wien](#)
- Dr. Marc Weber, LL.M., RA [Zürich](#)
- Mag. Leonhard Weidinger [Museum für angewandte Kunst Wien](#)
- Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Weigel  
[Universität Wien, Sigmund Freud PrivatUniversität Wien](#)
- Prof. Dr. Matthias Weller [Universität Bonn](#)
- SC MMag. Benno Widmer, RA [Bundesamt für Kultur, Bern](#)
- Prof. Dr. Christoph Zuschlag [Universität Bonn](#)

### III. RECHTSPRECHUNG

#### Landgericht Hannover – AZ. 18 O 74/19 „Marktkirchenfenster“

Das Landgericht Hannover hatte darüber zu entscheiden, ob das Urheberrecht eines Architekten an einem von ihm gestalteten Innenraum dem nachträglichen Einbau eines von dem Künstler Markus Lüpertz gestalteten Kirchenfenster durch die Eigentümerin der Kirche entgegensteht.

#### In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

ev.-luth. Marktkirche St. Georgii et. Jacobi, vertreten durch den Kirchenvorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat das Landgericht Hannover – 18. Zivilkammer – durch den Richter am Landgericht, den Richter am Landgericht und den Richter auf die mündliche Verhandlung vom 03.11.2020 für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand:

Der Kläger nimmt die Beklagte aufgrund von Urheberrechten an einem Kircheninnenraum auf Unterlassung des Einbaues eines neuen Kirchenfensters in Anspruch.

Der Kläger ist aufgrund letztwilliger Verfügungen seiner Mutter gemäß § 29 Abs. 1 UrhG Inhaber des Urheberrechts am gesamten Werk

von Professor Dieter Oesterlen. Der im Jahr 1994 verstorbene Professor Oesterlen hat im Auftrag der Beklagten in den Jahren 1946-1952 sowie auch noch nachfolgend bis 1959 die kriegszerstörte Marktkirche in Hannover als Architekt wiederaufgebaut. Professor Oesterlen war und ist ein prominenter und prägender Architekt der Nachkriegszeit.

Die Marktkirche Hannover wurde im 14. Jahrhundert als spätgotische Hallenkirche errichtet. Der gotische Hallenraum zeichnete sich durch seine Schmucklosigkeit aus, die sich allerdings ab dem 17. Jahrhundert durch Zuführung barocker Bauelemente sowie neugotischer Elemente verlor. Nach einer Restaurierung im Jahr 1852 bis zur Zerstörung im Juli 1943, war die ursprüngliche Gestalt der Kirche dadurch aufgehoben (Bl. 64 f. d.A.).

Bei der Gestaltung der Kirche kam es Professor Oesterlen darauf an, störende Einbauten der Vorkriegszeit zu beseitigen und die ursprüngliche Form einer spätgotischen Hallenkirche jedenfalls insoweit zu rekonstruieren, als dass der ursprüngliche Eindruck mit seiner „großartigen Einfachheit“ wiederhergestellt werden sollte (Bl. 66 d.A.). Diese setzte er nicht durch eine schlichte Wiederherstellung um, sondern durch eine raumprägende Gestaltung insbesondere durch die ausschließliche Verwendung von sichtbaren roten Backsteinen, sowohl der Wände als auch der Decke und des Fußbodens, die sich auch nach Ansicht von Fachautoren von klassischen gotischen Vorbildern unterscheidet (Bl. 94 ff. d.A.).

Der Vorstand der Beklagten hat am 20.03.2019 den Entschluss gefasst, ein von einem zeitgenössischen Künstler (Professor Lüpertz) entworfenes Glaskunstwerk, das sog. „Reformationsfenster“, in das mittlere Südfenster der Marktkirche einzubauen (Bl. 3 d. A.). Bei dem Fenster handelt es sich um ein Geschenk eines Altbundeskanzlers, anlässlich des 500. Jahrestages der Reformation, das ursprünglich in Form einer Statue beabsichtigt war (Bl. 14, 68 d. A.). Bei der Positionierung des Fensters in der Südfassade spielt eine Rolle, dass sie an den Marktplatz angrenzt, auf dem in Hannover

die Reformation ausgerufen wurde (Bl. 104 d.A.).

Für die Gestaltung des Fensters erörterte die Beklagte mit anderen Beteiligten und dem Künstler lediglich, welche Leitideen in dem Entwurf umgesetzt werden sollten und behielt sich im Übrigen vor, den Entwurf abzulehnen oder nur unter Modifizierungen anzunehmen. Die künstlerische Umsetzung und konkrete Gestaltung des Fensters oblag hingegen allein dem Künstler, ohne dass die Beklagte insoweit die Möglichkeit hatte, auf das konkret geschaffene Motiv Einfluss zu nehmen (Bl. 68 d.A.).

Eine Zustimmung zu dem Einbau des Fensters hat der Kläger gegenüber der Beklagten bereits mit Schreiben vom 22.06.2018 verweigert (Bl. 4 d. A.). Mit Antwortschreiben vom 27.03.2019 forderte der Kläger die Beklagte auf, den Einbau des Fensters zu unterlassen, was diese mit Antwortschreiben vom 29.04.2019 ablehnte.

Der Kläger behauptet, dass das Fenster als „Blickfang“ sofort nach dem Betreten der Kirche wahrnehmbar sei (Bl. 15, 104 d.A.).

Der Kläger ist der Auffassung, dass gemessen an den berechtigten Urheberinteressen der Einbau des Fensters eine unzumutbare Veränderung der künstlerischen Schöpfung Oesterlens sei und daher vom Kläger nicht als noch zumutbare Veränderung hingenommen werden müsse (Bl. 14 d. A.). Er verweist hierzu unter anderem auf Auszüge der Ausführungen von Frau Dr. Schmedding in ihrem Werk „Dieter Oesterlen: Tradition und zeitgemäßer Raum“ sowie das von Oesterlen selbst verfasste Buch „Bauten und Texte“, in denen die Motive des Architekten jeweils beschrieben werden und Äußerungen des Architekten L. Ledebauer über den Kirchenraum. Danach handele es sich bei der Kirche um ein über das gewöhnliche Architekturwirken hinausgehendes schöpferisches Werk von überragender Gestaltungswirkung und Bedeutung, welches prägend für die Arbeit Oesterlens und über knapp vier Jahrzehnte prägender Ausdruck seines spezifischen Architekturverständnisses

sei (Bl. 10 d. A.). Für weitere Einzelheiten wird auf den Schriftsatz des Klägers vom 03.09.2020 (Bl. 169 ff. d. A.) Bezug genommen. Das Reformationsfenster greife nicht ein einziges der im Innenraum der Marktkirche verkörperten Wesensmerkmale auf, sondern setze sich sogar bewusst in Widerspruch hierzu. Der Entwurf erscheine farblich und in seiner optischen Struktur als dominantes, störendes Element. Es stehe im Gegensatz zu dem künstlerischen Konzept Oesterlens, im Sinne der Gotik mit dem Kirchenraum ein Gesamtwerk zu schaffen, welches auf die leuchtenden Chorfenster ausgerichtet sei und durch seine einheitliche Einfachheit und Harmonie eine Wahrnehmung als vom göttlichen Licht durchflutet erzeuge. Die Leitlinie Oesterlens, einen Raum von großartiger Einfachheit und Geschlossenheit zu schaffen unter Beseitigung jedes störenden Elementes und den bewussten Verzicht auf jede Ablenkung, sei mit dem Reformationsfenster nicht zu vereinbaren. Käme es zu dessen Einbau wäre es mit seinen unterschiedlichen fokussierenden Darstellungen einzelner Details ein das harmonische Gesamtgefüge aufhebendes Element. Das Fenster würde dem Werk Oesterlens seine Wirkung eines von großartiger Einfachheit und Geschlossenheit geprägten Raumes nehmen und seiner grundlegenden schöpferischen Gestalt berauben (Bl. 13 d. A.). Der Kirchenraum erführe ein gänzlich neues Gepräge durch den zwangsläufigen Widerspruch der klaren sparsamen Formgebung und Linienführung zu der neuen kleinteiligen, aufgeregten bis hin zu aggressiv anmutenden Optik auf der Südseite (Bl. 15 d. A.).

Durch den Ausbau des bestehenden Fensters werde die Substanz der Kirche verletzt, sodass das im Urheberrecht grundsätzlich bestehende Änderungsverbot eingreife (Bl. 13 Akte).

Auf Seiten der Beklagten fehle ein schützenswertes Interesse an dem Einbau des Fensters. Die Beklagte, die auf die Gestaltung des Fensters keinen Einfluss habe und auch nicht haben wolle, verfolge nicht das Ziel einer liturgisch begründeten oder zumindest

motivierten Gestaltung ihrer Räumlichkeiten. Vielmehr gehe es nur um das weltliche Interesse an dem Erhalt einer Schenkung. Allenfalls bestehende ästhetische Gründe rechtfertigten keinen schwerwiegenden Eingriff in die Urheberrechte des Klägers. Ein theologischer Hintergrund des Fensters könne nicht angenommen werden, angesichts der Hintergründe der Schenkung, der Person des Künstlers, dem Motiv des Fensters sowie den Äußerungen und dem Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen. Für die Einzelheiten wird auf Seite 9-13 der Replik vom 01.11.2019 (Bl. 100-104 d. A.) sowie den nachgelassenen Schriftsatz vom 20.11.2020 (Bl. 217 ff. d. A.) Bezug genommen.

Soweit die Beklagte darauf hinweise, dass mit Zustimmung Oesterlens bzw. später des Klägers immer wieder modernere Kunstelemente (Orgel, Buntglasfenster, Portal, Bestuhlung, diverse Figuren/Skulpturen) in die Kirchengestaltung eingefügt worden seien (Bl. 67 d.A.), hätten sich diese, anders als das streitgegenständliche Fenster, stets in das Gesamtwerk eingefügt, ohne störend zu wirken (Bl. 97 ff. d. A.).

Auch bei einer durchzuführenden Interessenabwägung sei dem Nutzungsinteresse des Eigentümers kein Vorrang einzuräumen. So müsse der Architekt eines Kircheninnenraums nicht mit der Umnutzung in eine Ausstellungsfläche für moderne Kunst rechnen oder damit, dass exponierte Glasscheiben mit ganz anderer Wirkung eingesetzt würden, wenn dies keinen weiteren funktionellen Nutzen für das Gebäude erzeuge (Bl. 108 d. A.). Die weit größere Gestaltungshöhe des Oesterlenschen Werkes und dessen fortwährende Aktualität im Bewusstsein der breiten Öffentlichkeit, begründeten ein gesteigertes Urheberinteresse (Bl. 110 d. A.).

Demgegenüber habe die Beklagte etwaige liturgische Motive für den Einbau, die auch im Übrigen bestritten werden, nicht nachvollziehbar dargetan (Bl. 111 ff. d.A.). Zudem würde der Einbau die Religionsfreiheit von Prof. Oesterlen und seine Menschenwürde

(postmortales Persönlichkeitsrecht) beeinträchtigen, wegen Äußerungen des Künstlers, „welche nicht nur aus christlicher, sondern aus jeder monotheistischen Sicht blasphemisch“ seien (Bl. 114 d.A.). Für die Einzelheiten wird auf Seite 16 ff. der Replik vom 01.11.2019 Bezug genommen (Bl. 107 ff. d. A.).

Der Kläger beantragt,

der Beklagten zu gebieten, es zu unterlassen, das vom Künstler Prof. Markus Lüpertz entworfene Glaskunstwerk „Reformationsfenster“ in das mittlere Südfenster der Marktkirche Hannover einzubauen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie behauptet, dass Professor Oesterlen die jetzigen Fenster bereits nicht ausgewählt habe, sondern der damalige Kirchenvorstand, wobei aufgrund der Nachkriegsmängel kein anderes Glas als eine schlichte Grauglasverglasung zur Verfügung gestanden habe (Bl. 65 f. d.A.). Helligkeit und Farbigkeit des Reformationsfensters seien so gewählt, dass die bestehende Raum- und Lichtwirkung der Kirche unverändert bliebe (Bl. 69, 123 d.A.). Es sei erst sichtbar, wenn man sich vom Portal aus 15 m weit in die Kirche hineinbegebe (Bl. 69 d.A.).

Dem Einbau des Reformationsfensters lägen nicht nur ästhetische Gründe, sondern liturgische Erwägungen zu Grunde. Das Fenster solle die Gemeindeglieder und Kirchenbesucher zum Nachdenken über die Gegenwart des christlichen Glaubens bewegen. Es solle die Marktkirche zu einem Ort machen, an dem sich die Menschen den Fragen des Christentums stellen, und mit den Gedanken der Reformation auseinandersetzen. Durch die zahlreichen Interpretationsmöglichkeiten solle das Fenster dem Betrachter Rätsel aufgeben, so gerade zu einer offenen und lebendigen Diskussion anregen. Im Sinne der Tradition der Marktkirche, liturgisch geprägte zeitgenössische Kunstwerke in das Gebäude einzubringen und in den Kirchenalltag einzubinden, habe die Beklagte sich entschieden, ein neues Kunstwerk im Gedenken an die Reformation in

das Innere der Kirche aufzunehmen. Gemeindeglieder und Kirchenbesucher sollten das Kunstwerk dann auch während des Gottesdienstes sehen und so an die Bedeutung der Reformation für die evangelische Kirche erinnert werden sowie darüber hinaus Menschen bewegt werden, in die Kirche einzutreten. Die Gedanken der Reformation sollten auch nach Verstreichen des Reformationsjahres nicht wieder in Vergessenheit geraten, sondern weiterhin im Gedächtnis bleiben (Bl. 86 d. A.).

Die Beklagte ist der Ansicht, dass Oesterlen keinesfalls auf jedes ablenkende oder gar störende Element habe verzichten wollen, wie z. B. die auf seinen Wunsch eingebaute, durchaus ablenkende Orgel und das von ihm selbst in Auftrag gegebene bunte Turmfenster in der Westfassade zeigten. Die Einfügung eines zusätzlichen Farbfensters, welches nicht einmal an derart prominenter Stelle im Chor, sondern als eines von 10 Fenstern in den Seitenschiffen eingebaut würde, könne daher keinen „inakzeptablen Kontrast“ zum aktuellen Innenraum darstellen (Bl. 121 f. d. A.). Bei dem Innenraum der Marktkirche handele es sich bereits nicht um ein schutzfähiges Werk, weil es an einer persönlichen geistigen Schöpfung fehle. Davon abgesehen, dass es sich bei den eingesetzten Fenstern lediglich um eine „Notverglasung“ gehandelt habe und die Einteilung der Seitenfenster nur dem absolut Durchschnittlichen entsprochen habe, sei lediglich etwas reproduziert werden, was bereits andere zuvor geschaffen hätten. Insoweit habe es sich bei dem Kirchenraum um keine Neuheit eingehandelt. Oesterlen habe lediglich den spätgotischen Zustand der Marktkirche wiederhergestellt, indem er den Wiederaufbau geleitet von dem Gedanken einer baugeschichtlichen Restaurierung des gotischen Hallenraums vorgenommen habe, wie seine eigenen Zitate (Anlage B7) belegten (Bl. 70 f. d. A.).

Die Beklagte meint, eine Verletzung des urheberrechtlichen Änderungsverbots käme bei einer Abwägung des Bestandsinteresses des Klägers mit ihrem Änderungsinteresse nicht in Betracht (Bl. 71 RS d.A.). Es handele sich um

kein Werk der „reinen Kunst“, sondern der „Gebrauchskunst“, bei der die sich wandelnden Bedürfnisse des Gebäude-eigentümers Berücksichtigung finden müssten. Diese würden nach neuerer Rechtsprechung den Interessen des Urhebers regelmäßig vorgehen (Bl. 72, 190 f. d. A.). Dies sei im vorliegenden Fall auch hinsichtlich der allenfalls geringen Schöpfungshöhe und dem Zeitablauf seit der Schöpfung anzunehmen. Die Eingriffsintensität sei bei dem Austausch nur eines Buntglasfensters gering, zumal sich in der Kirche bereits andere Buntglasfenster an prominenter Stelle befänden. Die Beklagte könne sich zudem auf ihr kirchliches Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 Grundgesetz (GG) in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 Satz 1 Weimarer Reichsverfassung (WRV) und die Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen (Bl. 73 d. A.). Die Gremien der Beklagten hätten insoweit festgelegt, welche liturgischen Aspekte für das Fenster umgesetzt werden sollten, entsprechend der Zusammenfassung in der Anlage B 13 (Anlagenband Beklagte). Für die Einzelheiten wird auf Seite 21 f. der Klagerwiderrung vom 03.09.2019 (Bl. 74 d. A.) Bezug genommen.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch die Inaugenscheinnahme des Innenraums der Marktkirche. Für das Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll des Ortstermins vom 21.10.2020 Bezug genommen (Bl. 173 ff. d. A.). Ferner hat die Kammer die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten, Frau Pastorin Kreisel-Liebermann und die für sie sachverständig erläuternde Regionalbischöfin, Frau Dr. Bahr, persönlich angehört. Für das Ergebnis der Anhörung wird insoweit auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 03.11.2020 Bezug genommen (Bl. 206 ff. d. A.).

Für die Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Prozessakte, insbesondere die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung, Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe:**

## I. Die Klage ist zulässig.

Die beklagte evangelische Kirchengemeinde ist im Zivilprozess rechts- und parteifähig (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 – St. Gottfried, Rn. 12 m. w. N.).

## II. Die Klage ist jedoch nicht begründet.

Nach § 97 Abs. 1 UrhG kann derjenige, der das Urheberrecht oder ein anderes nach dem Urhebergesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht nach § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht.

Die Beklagte greift zwar in ein dem Kläger zustehendes Urheberrecht an dem Innenraum der Marktkirche ein, dieser Eingriff ist jedoch unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles gerechtfertigt.

## 1.

Der Innenraum der Marktkirche ist ein nach dem Urheberrecht schutzfähiges Werk der Baukunst im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG.

Die Gestaltung eines Kircheninnenraums kann als Werk der Baukunst schutzfähig sein. Ein Bauwerk oder ein Teil eines Bauwerks genießt allerdings nur dann urheberrechtlichen Schutz, wenn es aus der Masse des alltäglichen Bauschaffens herausragt (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 – St. Gottfried, Rn. 15, juris BGH, Urt. v. 2.10.1981 - I ZR 137/79, GRUR 1982, 107, 109 - Kirchen-Innenraumgestaltung).

Dies ist vorliegend der Fall. Der Innenraum der Kirche entspricht nicht lediglich der allgemein üblichen oder gar zwingenden Gestaltung. Auf Grundlage des unstreitigen Parteivortrages, insbesondere der von den Parteien vorgelegten Lichtbildern sowie den eigenen Eindrücken der Kammer im Ortstermin am 21.10.2020 steht für die Kammer fest, dass es

sich bei dem Innenraum der Marktkirche um eine eigenschöpferische Gestaltung mit besonderer Wirkung handelt, was sich vor allem aus der umfassenden Verwendung schlichten roten Backsteins und den zehn nur schwach eingefärbten Fenstern in den Seitenschiffen ergibt. Diese geben dem gotischen Hallenraum ein besonderes Gepräge, das auch durch fehlende Ausschmückungen und Beibehaltung kleiner Beschädigungen unterstützt wird.

So ist zwischen den Parteien unstreitig, dass es sich nicht um einen bloßen Nachbau des Vorkriegszustandes handelt, sondern die Wiederherstellung des von Schlichtheit geprägten ursprünglichen Raumeindrucks angestrebt war (Bl. 120 RS d.A.). Absolut neu muss das Werk grundsätzlich nicht sein. Zu verlangen ist allerdings zumindest eine Andersartigkeit gegenüber dem schon Bestehenden (Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl. 2018 Rn. 17, UrhG § 2, Rn. 17 zur sog. „Doppelschöpfung“). Auch die Verwendung allgemeinbekannter, gemeinfreier Gestaltungselemente kann urheberrechtsschutzfähig sein, wenn dadurch eine besondere eigenschöpferische Wirkung und Gestaltung erzielt wird (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 17, juris mit Verweis auf vgl. BGH, Urt. v. 19.1.1989 - I ZR 6/87, GRUR 1989, 416, 417 - Bauaußenkante).

Der Innenraum der Marktkirche weist eine schöpferische Eigenart auf, die sich vom durchschnittlichen, rein zweckmäßigen Bauschaffen deutlich abhebt. Prägend ist insbesondere die ausschließliche Verwendung unverputzten roten Backsteins, die sich gerade nicht nur auf die Wände erstreckt, sondern auch auf den Fußboden und die Decke und die großen Stützsäulen. Gerade diese Ausschließlichkeit hebt die Marktkirche von anderen Backsteinkirchen, wie sie im norddeutschen Raum verbreitet sein mögen, deutlich ab. Insoweit vermag die Beklagte auch keine anderen Kirchengebäude vergleichbare Gestaltung zu benennen. Der von ihr benannte Ratzeburger Dom, dessen Deckengewölbe gerade nicht in rotem Backstein gehalten ist,

belegt dies. So lässt sich aus allgemein zugänglichen Quellen ersehen, dass der Ratzeburger Dom weiß verputzte Decken und Bögen sowie eine abweichende Fußbodengestaltung mit helleren Steinen hat (worauf die Kammer in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat). Es ist auch nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass diese Gestaltung in der Marktkirche für gotische Hallenkirchen ansonsten typisch sei.

Durch einen Verzicht auf Putz und anderen „Schmuck“ entsteht ein besonderer Eindruck der Einfachheit und Schlichtheit. Dieser Eindruck wird durch die einfachen und schmucklosen nur schwach farbigen Fenster in den Seitenflügeln verstärkt. Diese Gestaltung führt dazu, dass der Blick noch stärker auf den Altarbereich gelenkt wird, der beim Eintreten in die Kirche als einzig prächtig ausgeschmückter Bereich, insbesondere durch das großflächige goldene Triptychon und die dahinterliegenden teilweisen Buntglasfenster, erscheint.

Der alles umschließende rote Backstein bewirkt dabei eine Geschlossenheit des Raumes, mag diese auch an einzelnen Stellen durchbrochen werden, insbesondere im Bereich des Altars und der dahinterliegenden Fenster. Insbesondere das Mittel, das diese Wirkung erzeugt, kann nicht als alltägliches Kirchenbauschaffen angesehen werden. So wird durch Beibehaltung der „rohen Backsteine“ unter Verzicht auf ablenkendes Beiwerk ein Hallencharakter geschaffen, der sich durch eine besondere Weite auszeichnet, die die begrenzenden Elemente und Konstruktionsteile, insbesondere die prägenden wuchtigen Säulen, besonders betont. Dieser Charakter wird nochmals verstärkt durch die ebenfalls schlichten, d. h. nur sehr dezent farbigen, Fenster in den Seitenschiffen, die sehr viel Licht in den Kirchenraum einlassen. Es ergibt sich für den Hauptteil der Kirche (Haupt- und Seitenschiffe zwischen Ausgang der Turm-

halle und Altarbereich) ein an Purismus grenzender Eindruck von „Schlichtheit“, „Einfachheit“ bis hin zur „Zweckmäßigkeit“, gegenüber dem die durchaus vorhandenen

Schmuckelemente wie z. B. Epitaphe, eine kleine Kanzel, ein Kreuz und dergleichen in den Hintergrund treten. Dies lässt sich selbst den Ausführungen der Beklagten entnehmen, die die Fenster als rein zweckmäßige „Notverglasung“ bezeichnet. Auch den Ausführungen der Vorstandsmitglieder der Beklagten lässt sich entnehmen, dass die vorhandenen Fenster eine Besonderheit darstellen, wenn etwa Frau Kreisel-Liebermann erklärt hat, dass sie bereits bei ihrem Amtsantritt in der Kirche die ursprünglichen gotischen Fenster vermisst habe und die jetzigen Fenster bis heute als eine Art „Notverglasung“ ansehe, sowie dem Hinweis des Vorsitzenden der Beklagten, dass er schon öfter danach gefragt worden sei, die Fenster zu erneuern, was er auch gerne getan hätte. Dies belegt, dass auch aus Sicht der Beklagten gerade nicht die im Kirchenbauschaffen üblichen und gegebenenfalls gewünschten

Fenster Verwendung gefunden haben. Dies können die Mitglieder der erkennenden Kammer aus eigener Anschauung bestätigen, die auch im Privatleben eine Vielzahl unterschiedlichster Kirchen besucht haben.

Die Kammer kann sich jedoch nicht der Sichtweise anschließen, dass es sich um eine bloße „Notverglasung“ handelt. Dies wird der aufwändigen und kunstvollen Gestaltung mit ihrer besonderen Wirkung nicht gerecht. Die Seitenfenster sind wie auch die Chorfenster mosaikartig in Reihen von einzelnen rechteckigen kleinen Scheiben zusammengesetzt, die ihrerseits in Reihen von 3 x 8 Abschnitten gegliedert sind. Diese Scheiben haben keinen einheitlichen Farbton, sondern unterscheiden sich in leicht überwiegend gräulich-bläulichen Farbtönen. Diese erzielen durch den Licht- und Schattenwurf selbst bei dunklem regnerischem Wetter eine besondere Wirkung, die zunächst in der besonderen Helligkeit des Innenraums Erscheinung findet und der dadurch auch hervortretenden Farbigkeit des roten Gesteins im Zusammenspiel mit dem ebenfalls schwachfarbigen Schattenwurf durch die Fenster. Die leicht farbige Gestaltung der Fenster verändert zudem ihre

Wirkung beim Durchschreiten des Kircheninnenraumes, sodass sich die Scheiben mal heller mal dunkler, mal bläulicher, mal gräulicher bis hinein ins grünliche und rötliche darstellen. Dieser Effekt ergibt sich insbesondere dadurch, dass je nach Position im Innenraum andere dahinterliegende Strukturen sichtbar werden, wie Gebäudeteile der Kirche selbst, Gebäude in der Umgebung oder Bepflanzungen vor der Kirche. Dass sich bei stärkerer Beleuchtung, insbesondere hellem Sonnenschein noch weitergehende Effekte ergeben, was zwischen den Parteien während des Ortsstermins auch erwähnt bzw. zugestanden wurde, steht daher auch für die Kammer außer Zweifel.

Dass das von außen einfallende Licht für den Innenraum der Kirche prägend ist, haben auch die im Ortstermin durchgeführten Beleuchtungsversuche, durch Veränderungen und Ausschalten der Innenbeleuchtung bestätigt.

Der Gesamteindruck wird auch von dem Sichtbarlassen einzelner Beschädigungen sowie den Resten anderer Baustoffe (Sandsteine, Beton) bestärkt, die den Eindruck einer sehr einfach gehaltenen Halle unterstreichen. Es handelt sich hierbei um ein unübliches und originelles Mittel. Dies beeinträchtigt aber nicht den gotischen – vor allem durch die klassischen Spitzbögen geprägten – Gesamtcharakter. Die eigenschöpferische Leistung Oesterlens ist insoweit unverkennbar.

Maßgeblich ist der ästhetische Gesamteindruck, wonach sich die Marktkirche deutlich von anderen Kirchen unterscheidet. Dies entspricht auch der von der Beklagten vorgelegten Rechtsprechung des Landgerichts Berlins. Wenn dort von einem Herausragen gegenüber dem üblichen Kirchenbauschaffen gesprochen wird und darauf abgestellt wird, dass katholische Kirchen regelmäßig Höhepunkte architektonischer Leistungen darstellen (LG Berlin Ur. v. 14.7.2020 – 15 O 389/18, GRUR-RS 2020, 17733 Rn. 24, beck-online), darf dies nicht dahingehend missverstanden werden, dass für Kirchenbauschaffen generell andere Maßstäbe als bei anderen Bauwerken

gelten und Urheberrechtsschutz nur in Betracht kommt, wenn immer höher herausragende Gestaltungshöhen erreicht werden. Vielmehr müssen auch Kirchenbauten gerade keinen „Meilenstein der Kirchenbaukunst“ darstellen (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 – St. Gottfried, Rn. 27, juris,). Dies gilt insbesondere für die Marktkirche, die gerade Verzicht, Schlichtheit und Einfachheit zum Ausdruck bringen soll. Auch solche Gestaltungen sind besonders und schutzwürdig. Eine besondere schöpferische Gestaltung eine Kirche erlangt urheberrechtlichen Schutz unabhängig davon, ob auch andere Kirchen solchen Schutz genießen.

Diese Sichtweise wird auch durch die von dem Kläger vorgelegten Zitate der entsprechenden Fachkreise bestätigt, denen die Beklagte ebenfalls nicht substantiiert entgegengetreten konnte. Für die Schutzfähigkeit sprechen ergänzend auch die Urteile der Fachwelt.

So kann es als Indiz für die Schutzfähigkeit eines Werks angesehen werden, dass auch die jeweilige Fachwelt dieses Werk als besonders eingestuft hat (vgl. Dreier/Schulze/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, UrhG § 2, Rn. 62). Dies ist vorliegend unstrittig der Fall, mag die Beklagte hierzu auch eine andere Auffassung vertreten.

b) Maßgeblich für den urheberrechtlichen Schutz ist der Gesamteindruck des Werkes, den die einzelnen Gestaltungselemente in ihrer Gesamtschau auf den Leser, Hörer oder Betrachter ausüben (Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG § 2, Rn. 67 mit Verweis auf BGH GRUR 1981, 267, 268 – Dirlada; BGH GRUR 1981, 820, 822 f. – Stahlrohrstuhl II; KG ZUM 2005, 820, 821 – Bauhaus-Glasleuchte). Es kommt daher nicht entscheidend darauf an, ob und inwieweit die Auswahl der jetzigen Fenster allein von Professor Oesterlen zu verantworten ist oder vielmehr durch den seinerzeitigen Kirchenvorstand (mit-) veranlasst war. Maßgeblich ist nicht die Gestaltung der einzelnen Fenster, sondern der sich daraus ergebende Gesamteindruck des Bauwerkes. Für diesen ist die „Quelle der Fenster“ nicht

entscheidend. Vielmehr ist dieser Gesamteindruck unstreitig Folge des Wirkens von Professor Oesterlen, den er aus den ihm zur Verfügung stehenden bzw. zur Verfügung gestellten Mitteln und Materialien geschaffen hat. Erst recht kommt es nicht darauf an, dass andere Fenster infolge der Nachkriegsmängel oder aus anderen Gründen nicht zur Verfügung standen. Entscheidend ist vielmehr, dass trotz allen Sachzwängen noch ein Gestaltungsspielraum für eine persönliche geistige Schöpfung verbleibt. Dies ist hinsichtlich der Gesamtgestaltung der Kirche unzweifelhaft der Fall und wird von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt. Insoweit ist erst recht unerheblich, dass Professor Oesterlen unter Umständen sogar die ursprünglichen Motivfenster mit Märtyrerszenen bevorzugt hätte.

Eine konkrete schöpferische Gestaltung verliert ihre Schutzfähigkeit nicht dadurch, dass der Schöpfer bei ihrer Schöpfung nur bestimmte Materialien zur Verfügung hat (ein Bildhauer zum Beispiel nur einen bestimmten Stein oder ein Maler nur eine bestimmte Farbpalette). Dass der Schöpfer, wenn er andere Materialien zur Verfügung gehabt hätte, andere Kunstwerke geschaffen hätte, entzieht dem konkret geschaffenen Werk nicht den Urheberrechtsschutz.

Im Übrigen ergibt sich aus den von der Beklagten vorgelegten Schreiben der Firma Heine & Ohlendorf vom 03.04.1951 (Anlage B9) gerade nicht, dass Professor Oesterlen das Fensterglas nicht ausgewählt hat. Vielmehr wird auf Seite 3 des an Professor Oesterlen gerichteten Schreibens auf „Ihre Ausschreibung“ und „Ihre Muster“ Bezug genommen, was für eine Vorgabe von Professor Oesterlen gemäß seiner Ausschreibung spricht. Das Zitat auf Seite 2, vorletzter Absatz, wonach der Kirchenbaumeister Dr. Stade aufgegeben habe, die gesamte Menge für die Marktkirche zu bestellen, bezieht sich auf die vorstehenden Ausführungen zum Preis und zum Lieferanten, nicht auf die Art des Glases. Wohl zu letzterem heißt es auf Seite 1 des Schreibens, dass ein Lager „in allen nur denkbaren Farben und Tönen“ unterhalten werde

und zudem auch Anfertigungen möglich seien. Dies spricht gegen die Behauptung der Beklagten, dass kein Buntglas zur Verfügung gestanden hätte. Allein der Passus, dass „die Marktkirche beschlossen habe, die aufgrund langer Probeversuche festgelegten Sorten des Echt-Antikglases für Schiff und Seitenchor endgültig beizubehalten“ bzw. Aufträge oder sogar die Auswahl nicht von Professor Oesterlen persönlich erfolgt sein sollten, schließt nicht aus, dass diese auf dessen Wünsche und Vorgaben zurückgehen. Auch deshalb ergibt sich aus dem Schreiben nichts zugunsten der Beklagten. Zudem sind gewisse Mitwirkungshandlungen der Bauherren, wie etwa Bemusterungen, bei Bauwerken üblich, ohne dass dadurch der Schutz des Architektenwerkes ausgeschlossen wird.

Auf Grundlage der zur Akte gereichten Fotografien und der persönlichen Inaugenscheinahme der Marktkirche im Ortstermin am 21.10.2020 kann das Gericht die Schöpfungshöhe aus eigener Sachkunde beurteilen. Für die Feststellung der Schöpfungshöhe eines Werkes der Baukunst ist der ästhetische Eindruck maßgeblich, den das Werk nach dem Durchschnittsurteil des für Kunst empfänglichen und mit Kunstfragen einigermaßen vertrauten Menschen vermittelt (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 20, juris mit Verweis BGH GRUR 1982, 107, 110 - KirchenInnenraumgestaltung; BGHZ 62, 331, 337 – Schulerweiterung).

Die Mitglieder der erkennenden Kammer, die nach der Geschäftsverteilung des Landgerichts sämtlich den beiden für urheberrechtliche Streitigkeiten ausschließlich zuständigen (überörtlichen) Spezialkammern angehören und somit ständig mit derartigen Streitigkeiten betraut sind, verfügen über die entsprechende Sachkunde und gehören auch zu dem vorgenannten Personenkreis. Über ihre berufliche Tätigkeit hinaus sind sie mit Kunstfragen einigermaßen vertraut und auch interessiert, wie z. B. durch Besichtigungen bedeutender Bauwerke z. B. auf privaten Reisen, Lektüre von Kunstbänden, Zeitungsberichten etc. sowie Museumsbesuchen und dergleichen.

Die Mitglieder eines fachspezifischen Spruchkörpers haben regelmäßig hinreichenden Sachverstand, um die Schutzfähigkeit und Eigentümlichkeit eines Werks der bildenden Kunst zu beurteilen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Anspruchsteller sich für den behaupteten Rang des Werks auf dessen Eindruck und Form und nicht auf die Beurteilung in der Kunstwelt stützt (BGH, Urteil vom 21. Februar 2019 – I ZR 98/17 –, BGHZ 221, 181-212, Rn. 52; vgl. Dreier/Schulze/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, UrhG § 2, Rn. 60). Dies ist hier der Fall, was auch ausdrücklich Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

Es bedurfte auch keiner weiteren Darlegung der Sichtweise der maßgeblichen Verkehrskreise, wie die Beklagte meint. Vielmehr hat der Kläger ausführlich und mit Nachweisen von Fachleuten dargelegt, was die schöpferische Eigenart des Werkes ausmacht. Die Ausführungen können nicht so verstanden werden, dass es sich allein um eine fachmännische Sicht handelt, die von der eines durchschnittlich künstlerisch gebildeten und für Kunst empfänglichen Betrachters abweichen würde.

Fehl geht der Einwand der Beklagten, dass Ausführungen fehlten, durch welches konkrete Schaffen ein Urheberrecht an der Innenraumgestaltung entstanden sein soll. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Innenraum von Professor Oesterlen gestaltet wurde, sodass sich nicht erschließt, was dazu weiter noch vorzutragen wäre.

2.

Die Schutzdauer des Urheberrechts ist noch nicht abgelaufen.

Das Urheberrecht erlischt nach § 64 UrhG siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers. Professor Oesterlen ist im Jahr 1994 verstorben, so dass bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erst 26 Jahre verstrichen sind. Gemäß § 28 UrhG ist das Urheberrecht vererblich.

3.

Der Einbau des Reformationsfensters anstelle des vorhandenen Fensters stellt einen Eingriff in das urheberrechtlich geschützte Werk des Kircheninnenraumes dar.

a) Es liegt eine Änderung des Werkes vor, nicht (nur) eine Entstellung i.S.d. § 14 UrhG. Gemäß § 14 UrhG hat der Urheber das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden. Eine unzulässige Änderung verletzt allerdings regelmäßig das Urheberrecht tiefgreifender als ein nach § 14 UrhG unzulässiger Eingriff und ist deshalb vorrangig zu prüfen (BGH, Urteil vom 02. Oktober 1981 – I ZR 137/79 –, Rn. 22, juris).

Im Urheberrecht besteht nach allgemeiner Ansicht ein grundsätzliches Änderungsverbot. Es wird vom Gesetz stillschweigend als selbstverständlich vorausgesetzt und hat seine Grundlage im Wesen und Inhalt des Urheberrechts. Es besagt, dass auch der Eigentümer des Werkoriginals grundsätzlich keine in das Urheberrecht eingreifenden Änderungen an dem Werk vornehmen darf (BGH, Urt. v. 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 23, juris unter Verweis auf BGHZ 55, 1, 2 f. - Maske in Blau; 62, 331, 332 f. - Schulerweiterung; BGH GRUR 1982, 107, 109 - Kirchen-Innenraumgestaltung).

Der Urheber hat grundsätzlich ein Recht darauf, dass das von ihm geschaffene Werk, in dem seine individuelle künstlerische Schöpferkraft ihren Ausdruck gefunden hat, der Mit- und Nachwelt in seiner unveränderten Gestalt zugänglich gemacht wird (BGH, Urt. v. 19.03.2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 23, juris mit Verweis auf RGZ 79, 397, 399 - Felseneiland mit Sirenen; BGHZ 62, 331, 332 f. - Schulerweiterung; BGH, Urt. v. 1.10.1998 - I ZR 104/96, GRUR 1999, 230, 231 - Treppenhausgestaltung).

Der Begriff der Werkänderung erfordert abweichend von § 14 UrhG grundsätzlich einen

Eingriff in die Substanz. Denn von einer Änderung des Werkes kann nur dann gesprochen werden, wenn in das Werk in der ihm vom Urheber verliehenen Gestalt, in der es an die Öffentlichkeit gebracht wird, eingegriffen wird (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 – Rn. 23, juris; BGH, Urteil vom 02. 10.1981 – I ZR 137/79 –, Rn. 25, juris mit Verweis auf BGHZ 62, 331, 333 f - Schulerweiterung). Bei einem Bauwerk muss die Änderung deshalb das Werk in seiner körperlichen Substanz erfassen. Der Urheber bleibt gegen sonstige sich auf den Gesamteindruck des Werkes beziehende Beeinträchtigungen durch das Entstellungsverbot des § 14 UrhG hinreichend geschützt.

Beide Bestimmungen stehen selbständig nebeneinander. Ihr Unterschied besteht darin, dass das Recht gegen Änderungen sich gegen eine Verletzung des Bestandes und der Unversehrtheit des Werkes selbst in seiner konkret geschaffenen Gestaltung richtet, dagegen das urheberpersönlichkeitsrechtlich ausgestaltete Recht gegen Entstellungen sich gegen eine Beeinträchtigung der geistigen und persönlichen Urheberinteressen auch durch Form und Art der Werkwiedergabe und -nutzung richtet (BGH, Urteil vom 02.10.1981 – I ZR 137/79 –, Rn. 25, juris mit Verweis auf v. Gamm, UrhG, 1968, § 14 Rdn. 4).

Gegenstand des Urheberrechtsschutzes ist die bauliche Gesamtgliederung und Gestaltung des baulichen Innenraumes. Das Änderungsverbot gilt auch gegenüber dem Eigentümer des geschützten Bauwerkes, der selbst kein urheberrechtliches Werknutzungsrecht i.S.d. §§ 15 ff UrhG hat und keine in das fremde Urheberrecht eingreifenden Änderungen an dem Werkoriginal vornehmen darf (BGH NJW 1999, 790 - Treppenhausgestaltung). Durch die Entfernung des bisherigen (einfach farbigen) Fensters und Neueinbau des „Reformationsfensters“ mit seinen vielschichtigen Motiven würde die Beklagte in den Bestand und die Unversehrtheit des Werkes in seiner konkret beschaffenen Gestaltung eingreifen. Hierdurch würde das Werk abgeändert und damit das Urheberrecht an dem geschützten Kircheninnenraum verletzt. Das

nur sehr schwach eingefärbte, helle und motivlose Fenster würde durch ein zum Teil stark farbiges mit zahlreichen zeitgenössischen Motiven versehenes Fenster ersetzt, das sich deutlich erkennbar vom übrigen Bestand abhebt. Damit wird ein wesentliches Gestaltungselement verändert und ein „neuer Blickfang“ im südlichen Seitenschiff geschaffen, das bisher von großer Einfachheit und Schlichtheit geprägt war und in keiner Weise herausgestochen ist.

Dabei kann sich das Gericht (wie auch im Folgenden) bei seiner Tatsachenwürdigung auf seinen eigenen Eindruck verlassen, ohne dass die Hinzuziehung eines Sachverständigen notwendig wäre. Denn bei der Beurteilung der Frage, ob ein Eingriff vorliegt, kommt es auf den ästhetischen Eindruck an, den das Werk nach dem Durchschnittsurteil des für Kunst empfänglichen und mit Kunstdingen einigermaßen vertrauten Menschen vermittelt (BGH, Urteil vom 02. Oktober 1981 – I ZR 137/79 –, Rn. 36, juris zur Werkentstellung mit Verweis auf BGHZ 62, 331, 336 f - Schulerweiterung; 24, 55, 68 - Ledigenheim).

4.

Der Eingriff in das geschützte Werk des Kircheninnenraumes ist jedoch unter Abwägung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalles gerechtfertigt.

a) Der Konflikt durch das Zusammentreffen der Belange des Urhebers einerseits und des Eigentümers andererseits ist durch eine Abwägung der jeweils betroffenen Interessen zu lösen (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 25, juris mit Verweis auf BGHZ 62, 331, 334 - Schulerweiterung; BGH GRUR 1999, 230, 231 - Treppenhausgestaltung). Bei der erforderlichen Interessenabwägung ist das Interesse des Urhebers, seine architektonischen Vorstellungen zu verwirklichen, gegen die Belange des Eigentümers einer Kirche abzuwägen; insbesondere gegen das Interesse der Beklagten, die Kirche entsprechend ihrer Zweckbestimmung zu nutzen (BGH, Urteil vom 02. Oktober 1981 – I ZR 137/79 –, Rn. 37, juris mit Verweis auf BGHZ 62, 331, 337 ff -

Schülerweiterung). Dabei kann das liturgische Interesse einer Kirchengemeinde an dem Umbau schwerer wiegen als das Erhaltungsinteresse (BGH a. a. O. Rn. 25), was insbesondere angenommen wurde bei dem liturgischen Interesse, darin Gottesdienste abzuhalten, in denen die Kirchenmusik wesentlichen Anteil am Glaubens- und Gemeinschaftserlebnis der Teilnehmer hat (BGH, a. a. O. Rn. 37).

Das Eigentumsrecht darf an Gegenständen, die ein urheberrechtlich geschütztes Werk verkörpern, nur unbeschadet des Urheberrechts ausgeübt werden (§ 903 BGB); die Sachherrschaft des Eigentümers findet dort ihre Grenze, wo sie Urheberrechte berührt. Das hat zur Folge, dass auch der Eigentümer des Werkoriginals grundsätzlich keine in das fremde Urheberrecht eingreifenden Änderungen vornehmen darf (BGH, Urteil vom 31. Mai 1974 – I ZR 10/73 –, BGHZ 62, 331-340, Rn. 24 m. w. N.). Umgekehrt kann aber auch der Urheber sein Urheberrecht nur unbeschadet des Eigentumsrechts ausüben (BGH, Urteil vom 31. Mai 1974 – I ZR 10/73 –, BGHZ 62, 331-340, Rn. 25): „Ihm bleibt zwar sein Urheberrecht mit allen daraus fließenden Berechtigungen grundsätzlich erhalten. Gleichwohl kann er sie gegenüber dem Werkeigentümer, auch soweit dieser keinerlei urheberrechtliche Nutzungsrechte erworben hat, nicht schrankenlos ausüben. Er hat das Eigentumsrecht und die daraus fließenden Interessen des Werkeigentümers zu achten. Hat der Urheber sein Werk zu Eigentum veräußert oder, wie bei einem Bauwerk, von vornherein für einen fremden Eigentümer geschaffen, so hat er in der Regel dafür ein Entgelt erhalten und muß damit rechnen, daß ihm in der Ausübung seines Urheberrechts die fremden Eigentumsinteressen entgegenstehen (vgl. RG aaO).

Das wirkt sich nicht nur dahingehend aus, daß er seinerseits nicht mehr ohne weiteres Zugang zu dem Werkstück beanspruchen (vgl. § 25 UrhG) und etwa das Werk umgestalten kann, sondern auch in der Richtung, daß er der aus dem Eigentumsrecht fließenden Berechtigung, mit dem Werkstück nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung

fernzuhalten (§ 903 BGB), nur insoweit entgegenstehen kann, als seine berechtigten urheberrechtlichen Belange ernstlich berührt werden. Das hängt einerseits von Art und Umfang des konkreten Eingriffs sowie andererseits von Intensität und Ausmaß der hiervon in erster Linie betroffenen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen ab, die ihrerseits weitgehend vom individuellen Schöpfungsgrad, vom Charakter und von der Zweckbestimmung des Werks beeinflußt werden. Das hat aber zur Folge, daß – wie im Allgemeinen bei einer Berücksichtigung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Belange (siehe §§ 14, 25, 39 Abs. 2 UrhG) – der sich aus dem Zusammentreffen von Urheber- und Eigentümerbelangen ergebende Interessenkonflikt im Einzelfall nur durch eine Abwägung der jeweils betroffenen Interessen gelöst werden kann. Dabei kann, soweit es um die Fragen einer Abänderung des Werkoriginals geht, auf die zur Interessenabwägung im Rahmen des § 39 Abs. 2 UrhG (früher §§ 9 Abs. 2 LUG, 12 Abs. 2 KUG) entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.“

b) Dem zunächst zu berücksichtigenden Erhaltungsinteresse des Urhebers ist vorliegend ein wenigstens durchschnittliches Gewicht beizumessen.

aa) Der Eingriff in das Urheberrecht des Klägers stellt sich zur Überzeugung der Kammer nach seinem Ausmaß (Art und Umfang) als erheblich dar.

Das Erhaltungsinteresse des Urhebers hängt zunächst von dem Ausmaß des Eingriffs ab (BGH, Urt. v. 19. März 2008 – I ZR 166/05 – St. Gottfried, Rn. 28, juris mit Verweis auf BGHZ 62, 331, 334 - Schülerweiterung; BGH GRUR 1999, 230, 231 f. - Treppenhausgestaltung). Für das Ausmaß des Eingriffs ist die Beeinträchtigung der Gesamtwirkung von Bedeutung (dazu unter (1)) sowie die Frage, ob sich die Änderungen in das Gesamtbild des Innenraums einfügen oder es stören oder sogar entstellen (dazu unter (2)).

(1) Der Einbau des Reformationsfensters würde die Gesamtwirkung des Innenraums verändern.

Hiervon ist die Kammer insbesondere aufgrund ihrer im Rahmen des Ortstermins durch Inaugenscheinnahme des Kircheninnenraums gewonnenen Erkenntnisse überzeugt.

Eine Änderung der Gesamtwirkung wurde vom Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 – St. Gottfried, juris) zum Beispiel angenommen, wenn einer Chorinsel ihre Bedeutung als Zielpunkt des Innenraums genommen und aus einer Richtungskirche ein zumindest angedeuteter Zentralraum wurde.

Im hier zu entscheidenden Fall bleibt der zentrale Chor unverändert erhalten und es wird lediglich eines von zehn Seitenfenstern ausgetauscht, so dass die Grundausrichtung zum Chor durch den Einbau des Reformationsfensters nicht aufgehoben und auch die Achse zwischen farbigen Chorfenstern und dem ebenfalls farbigen Turmfenster auf der gegenüberliegenden Seite nicht verändert wird. Die Weite des Hallenraums und seine Prägung durch die roten Backsteine bleibt ebenfalls erhalten, zumal die restlichen Fenster in den Seitenschiffen mit ihrer oben beschriebenen Charakteristik bestehen bleiben. Gleichwohl handelt es sich zur Überzeugung der Kammer um einen erheblichen, die Gesamtwirkung des Innenraumes beeinträchtigenden Eingriff. Insbesondere kann nicht auf die bloße Gesamtzahl der Fenster in der Kirche abgestellt werden, sondern es kommt auf die Bedeutung des jeweiligen Fensters für die Raumwirkung als Ganzes an. Hierbei ist das mittlere Fenster im südlichen Seitenschiff besonders exponiert. Die insgesamt sechs mittleren Fenster in den Seitenschiffen sind die größten in der gesamten Kirche und fallen schon deshalb besonders auf. Ihnen kommt nochmals größere Bedeutung zu als den äußeren etwas kleineren Fenstern in den Seitenschiffen, die auch baulich abgesetzt sind (etwa über Türen liegen). Bei der Gruppe gleichartiger Fenster sticht das mittlere Element als von den anderen eingeschlossen hervor. Hinzu kommt, dass die mittleren Fenster der Seitenschiffe von zentralen Punkten der Kirche, insbesondere der Kirchenmitte sehr gut sichtbar sind. Die

herausragende Stellung des streitgegenständlichen Fensters folgt dabei nicht nur aus dessen Größe und Lage, sondern wird dadurch verstärkt, dass auf der Südseite das meiste Licht einfällt. Auch dies trägt dazu bei, dass das mittlere südliche Seitenfenster neben Chor und Turm für die Raumwirkung mit die größte Bedeutung hat. Es trägt somit wesentlich zu der für den Innenraum charakteristischen eigenschöpferischen Wirkung und Gestaltung bei. Im Gegensatz zur jetzigen schlichten Gestaltung würde das Reformationsfenster treten, das durch seinen Motiv- und Farbenreichtum an zentraler Stelle der Kirche einen weiteren „Blickfang“ schaffen würde. Die Ausrichtung der Kirche zum Chor wird damit zwar nicht aufgehoben, aber nicht unerheblich gestört, indem es nunmehr auch an der Kirchenseite ein weiteres Kunstwerk gibt. Dieses setzt bereits aufgrund seiner Größe einen Schwerpunkt, was durch die Wahl besonders auffälliger und ungewöhnlicher Motive noch verstärkt wird. Insbesondere die Abbildung der Fliegen, die über das Fenster zu laufen scheinen, ist ein ganz besonderes Element, das eine große Aufmerksamkeit auf sich zieht. Auch die in aufgebrachtener Pose mit erhobenen Händen stehende, weiß gekleidete Figur, die Luther symbolisieren soll, zöge die Blicke der Kirchenbesucher auf sich und von der zentralen Ausrichtung auf den Chor fort. Dies führt zusätzlich dazu, dass die bisherige Achsensymmetrie zwischen dem Chor mit Altarinsel und bunten Fenstern einerseits sowie dem in dunkler Umgebung besonders hervorstechenden bunten Turmfenster andererseits durch Hinzufügung eines dritten prägenden Elementes verändert würde, wodurch sich eine Art Dreieck bildet. Die Symmetrie in Nord-Süd-Richtung wird sogar beseitigt, indem die identische Gestaltung der beiden Seitenflügel aufgehoben wird und nunmehr ein Seitenflügel schlicht bleibt, während der andere ein prägendes Gestaltungselement erhält. Diese Störung der Symmetrie wird auch vom Kunstreferenten Professor Dr. Albrecht und dem dortigen Mitarbeiter Krause des Landeskirchenamtes in ihren Stellungnahmen vom 05.01.2017 und 24.05.2018 (Anlagen

K6 und K7) bemängelt. Im Gesamtergebnis kommen diese Stellungnahmen jedoch dazu, dass unter Zurückstellung von Bedenken bei Einhaltung bestimmter Auflagen der Einbau eines Glaskunstwerkes dem Erhalt des künstlerischen Baudenkmals nicht entgegensteht. Zutreffend wird dort auch auf die Lichtwirkungen als zentrales Gestaltungselement hingewiesen. Insbesondere unter Berücksichtigung der Erkenntnisse der Kammer aus dem Ortstermin, ist diese überzeugt, dass das Reformationsfenster die Lichtwirkungen in der Kirche verändern würde. Dies ergibt sich bereits aus der Natur der Sache, wonach nicht mehr das gesamte Fenster in ganz hellen Farbtönen gehalten wäre, sondern ca. 2/3 der Fläche mit mehr oder weniger dunklen farbigen Motiven ausgefüllt. Die oben beschriebenen Feinheiten des Lichteinfalls mit den Veränderungen bei dem Durchschreiten der Kirche und durch die außenliegenden Strukturen können bei solch einer Gestaltung ebenso wenig unverändert bleiben wie der Lichteinfall als Ganzes. Durch die andersartige Farbgebung wird sich auch die Farbe der in den Raum geworfenen Schatten und des Lichts verändern. Selbst die von der Beklagten eingereichte Fotomontage (Anlage zum Beklagenschreiben vom 13.06.2020), die das Fenster an seinem Einbauort zeigt, lässt eine solche Veränderung deutlich erkennen. Das Fenster ist gerade keine ganz helle Fläche mehr.

Dabei mag es durchaus zutreffen, dass die Beklagte sich entsprechend den Vorgaben des Denkmalschutzes bei der Auswahl des Glases hinsichtlich Helligkeit und Farbigkeit an den bestehenden Fenstern orientiert hat. Dass dadurch jedoch überhaupt keine Änderung der bestehenden Raum- und Lichtwirkung entsteht, kann nach den obigen Ausführungen der Kammer und der Lebenserfahrung hingegen nicht angenommen werden. Für ihre gegenteilige Behauptung hat die Beklagte auch keinen Beweis angeboten. Vielmehr hat die stellvertretende Vorsitzende bei ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung sogar eingeräumt, dass sich die Lichtwirkungen verändern würden.

Die Beeinträchtigung des Werkes geht jedoch nicht so weit, dass die eigenschöpferische Wirkung und Gestaltung völlig zerstört würde. Der Altarbereich würde auch bei Einbau des Reformationsfensters zur Überzeugung der Kammer aufgrund seiner noch zentraleren Lage und reichlichen Ausschmückung sowie der dahinterliegenden bunten Motivfenster weiterhin die Blickrichtung vorgeben. Das Reformationsfenster würde aber zu einer deutlich stärkeren Ablenkung führen, als der bisherige schmucklose Raum. Dessen ursprüngliche Wirkung wird indes nicht völlig aufgehoben, weil die übrige Gestaltung des Innenraums unverändert bleibt. Das ursprüngliche Gepräge bleibt an drei von vier Kirchenseiten sowie der Decke und dem Fußboden unverändert.

Der zwar prägnante aber singuläre Eingriff beeinträchtigt daher zur Überzeugung der Kammer die bisherige Raumwirkung, diese bleibt jedoch in abgeschwächter Form vom Grundsatz her erhalten. Die Backsteinoptik als besonders hervorstechendes und prägendes Element bleibt vollständig unverändert. Diese umschließt den Raum allgemein ebenso weiterhin wie das streitgegenständliche Fenster im Besonderen. Da das mittlere Fenster nicht die einzige Lichtquelle bildet und die übrigen neun Fenster hell bleiben, kann davon ausgegangen werden, dass weiterhin viel Licht in die Kirche dringen wird und der prägende helle Charakter somit im Übrigen erhalten bleibt.

(2) Die Kammer ist auch unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen überzeugt, dass sich die Änderung durch das Reformationsfenster nur bedingt in den Innenraum der Marktkirche einfügt und eher einen störenden Charakter hat, jedoch nicht zu einer Entstellung des Werkes führt.

Vorliegend lassen die erkennbaren Gestaltungsmerkmale der „Einfachheit“ und „Geschlossenheit“ auch Ausnahmen und Durchbrechungen zu, von denen Professor Oesterlen auch Gebrauch gemacht hat und die auch in gewissem Maße die Aufnahme andersartiger Kunstwerke ermöglichen.

(a) Unzweifelhaft besteht eine deutliche Trennung zwischen einem gotischen Kirchenraum und einem zeitgenössischen „modernen“ Glaskunstwerk, schon bedingt durch die kunstgeschichtlichen Änderungen in der Darstellungsweise. Insoweit wird es auch keinem Betrachter verborgen bleiben, dass dieses Fenster nachträglich in den Kirchenbau eingefügt worden ist, weil es einer ganz anderen Epoche entstammt.

Allerdings ist es zwischen den Parteien unstrittig, dass Professor Oesterlen einen „buchstabengetreuen“ Wiederaufbau des ursprünglichen Originals weder wollte noch umgesetzt hat. Vielmehr stand er der Einbringung zeitgenössischer Kunst offen gegenüber. Auch der Kläger hebt hervor, dass das Bestreben Oesterlens unzweifelhaft gewesen sei „Aspekte des schöpferischen Wiederaufbaus bei der Kombination von Alt und Neu immer und gerade am historischen Bestand zu messen und zu orientieren“, allerdings ohne die Harmonie des Ganzen zu stören. Es solle ein „Wechselgespräch zwischen den Zeiten“ stattfinden ohne den Respekt gegenüber den vormals tätigen Baumeistern zu vergessen (Bl. 97 d.A.).

Diese Intention hat (entsprechend dem Vortrag des Klägers) erkennbaren Eingang in die Gestaltung gefunden. So entsprechen die jetzigen schlichten Fenster gerade nicht den ursprünglichen gotischen Kirchenvorstellungen und stellen eine maßgebliche Abweichung dar, ebenso wie die imposante Orgel. Die künstlerische Gestaltung lässt somit auch die Aufnahme neuer künstlerischer Elemente zu, ohne störend zu wirken, wie auch die Skulptur „Abendsegler“ zeigt. Diese wurde nachträglich und mit Zustimmung des Klägers in den Kirchenraum eingebracht, weil sie – unstrittig – keine störende Wirkung hat, trotz ihrer Andersartigkeit gegenüber dem bisherigen Bestand.

Ferner ist zu beachten, dass die Kirche nicht völlig auf Ausschmückungen verzichtet. Insbesondere sind an prominenter Stelle im Chor bereits bunte Motivfenster vorhanden, sowie

das Turmfenster in der Westfassade. Das streitgegenständliche Fenster würde daher nicht als einziges Motivfenster herausstechen. Es würde sich lediglich um eines unter mehreren jeweils an prominenter Stelle angebrachten Fenstern handeln. Ferner sind auch andere Schmuckelemente mit Billigung von Professor Oesterlen bzw. dem Beklagten hinzugefügt worden, insbesondere die imposante Orgel sowie die Kanzel und die Empore. Der Ausdruck von Schlichtheit und Geschlossenheit wurde somit auch von Professor Oesterlen nicht zur absoluten Vollendung gebracht, sondern es wurden bewusst Durchbrechungen hingenommen. Das Fenster würde nur eine weitere Fortschreibung dieser Ausnahmen bilden.

(b) Das Fenster bietet zudem einen reichen Motivschatz, weil es neben menschlichen und tierischen Figurenelementen eine ganze Reihe von farblichen zum Teil ins abstrakte gehenden Verzierungen beinhaltet. Es steht insoweit unzweifelhaft im Gegensatz zu den schlichten und kaum farbigen schmucklosen übrigen Fenstern in den Seitenschiffen.

Allerdings fehlt es diesem Fenster trotz seiner collageartigen Gestaltung nicht an einer Struktur, was nach Ansicht des Klägers einen inakzeptablen Kontrast zum jetzigen Innenraum darstellen würde. Vielmehr ist das Reformationsfenster in dreimal acht kleine Scheiben unterteilt, aus denen sich das Gesamtbild zusammensetzt. Diese Anordnung von dreimal acht größeren Scheiben entspricht exakt der Unterteilung der anderen Seitenfenster. Das Reformationsfenster greift also durchaus die vorhandenen Strukturen auf. Es fügt sich insoweit in die klare Formgebung bzw. Linienführung der übrigen Fenster ein. Auch die bunten Chorfenster weisen zudem kleinteilige Einzeldarstellungen auf.

Selbst die vorhandenen schlichten Fenster weisen eine gewisse Heterogenität in ihrer Farbigkeit und Helligkeit auf. Dies folgt nicht nur aus ihrer Zusammensetzung aus unterschiedlichen Farbtönen, sondern auch durch den Schattenwurf und das Hindurchscheinen

der hinter den Fenstern liegenden Strukturen, wie Gebäudeteilen, einem Baum und dem dahinterliegenden Rathaus. Eine absolute Schlichtheit und Unauffälligkeit ist insoweit auch den von Professor Oesterlen verbauten Fenstern nicht zu eigen.

Zur Wirkung der Fenster verweist der Kläger zudem selbst auf ein Zitat von Schmedding (Seite 6 f. der Klageerwiderung (Bl. 97 f. d. A.)), wonach die Fenster die Dynamik der Kirchenräume unterstützen und die einheitliche Materialität von Beton und Backstein aufbrechen sollen. Eine solche Dynamik und ein aufbrechender Charakter kommt auch dem Reformationsfenster zu.

(c) Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen kommt auch keine Entstellung des Werkes in Betracht.

Bei einer Entstellung handelt es sich wie bei dem Eingriff um einen besonders schwerwiegenden Fall der Beeinträchtigung, der zu einer Verzerrung oder zu einer Verfälschung der Wesenszüge des Werkes führt. Letztlich ist auch in diesem Falle eine Interessenabwägung durchzuführen, wobei Unterschiede im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Interessen nicht bestehen (Steinbeck, GRUR 2008, 988, 988, vgl. BGH, Urteil vom 01. Oktober 1998 – I ZR 104/96 –, Rn. 29, 33 juris).

Auch wenn man Eingriff und Entstellung nach den obigen Ausführungen trennen muss, muss bei der Abwägung der Eingriffsintensität berücksichtigt werden, ob der Eingriff durch einen zusätzlich entstellenden Charakter verstärkt wird. Entsprechend hat der BGH (BGH, Urteil vom 31. Mai 1974 – I ZR 10/73 –, BGHZ 62, 331-340, Rn. 26) festgestellt:

„Es kann danach im Ergebnis nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht bei Bauwerken Änderungen und Erweiterungen durch den Eigentümer für zulässig erachtet hat, die unter Abwägung der Interessen des Urhebers und des Eigentümers noch für den Urheber zumutbar erscheinen und die ferner keine Werkentstellungen (im Sinn des § 14 UrhG) beinhalten. Das entspricht den zu § 39

Abs. 2 UrhG entwickelten Grundsätzen. Hierzu hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. April 1970 (GRUR 1971, 35, 37 – Maske in Blau) bereits ausgeführt, daß sich keine starren, allgemeingültigen Richtlinien aufstellen ließen, welche Änderungen nach Treu und Glauben zu gestatten seien; die gebotene Interessenabwägung bei einem Widerstreit zwischen den persönlichkeitsrechtlichen Belangen des Urhebers und den verwertungsrechtlichen Interessen der Nutzungsberechtigten könne je nach dem Rang des in Frage stehenden Werks und dem vertraglich eingeräumten Verwertungszweck zu einem engeren oder weiteren Freiheitsspielraum des Nutzungsberechtigten bei Werkänderungen führen. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen eine vertraglich oder gesetzlich zugebilligte Nutzungsbefugnis nicht in Frage steht, ist es dabei insoweit auf das Interesse des Eigentümers an einer bestimmungsgemäßen Verwendung des Bauwerks und seinen hieran – aus der Sache heraus begründeten – wechselnden Bedürfnissen abzustellen. Gleichwohl darf das nicht zu einer den Urheber in seinen berechtigten urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belangen entscheidenden Beeinträchtigung durch eine Entstellung des Werks oder durch eine Veränderung des Werks in seinen wesentlichen Zügen und in seinem wesentlichen künstlerischen Aussagegehalt führen (vgl. BGH aaO).“

Eine Entstellung liegt in der Verschlechterung des Werkes, Veränderung des Werkcharakters (impressionistisches Werk wird in naturalistischer Form wiedergegeben), Verzerrung oder Verfälschung der Grundauffassung des Werkes oder – bei Bildern – der ästhetischen Aussage, Verstümmelung, Sinnentstellung oder Änderung des Aussagegehaltes eines Werkes durch Streichungen oder Zusätze (BeckOK UrhR/Kroitzsch/Götting, 29. Ed. 15.9.2020, UrhG § 14, Rn. 10 mit Verweis auf BGH GRUR 1982, 107 (109 f.) – Kirchen-Innenraumgestaltung; GRUR 1986, 458 (459)). Da § 14 UrhG die Interessen des Urhebers schützt, soll es auf dessen Sicht ankommen, so dass eine Entstellung auch dann vorliegen kann, wenn die

Veränderung bei objektiver Betrachtung keine abwertende Beurteilung verdienen würde (BeckOK UrhR/Kroitzsch/Götting, 29. Ed. 15.9.2020, UrhG § 14, Rn. 11; Wandtke/Bullinger/Bullinger, 5. Aufl. 2019 Rn. 28, UrhG § 14, Rn. 28 jeweils m. w. N.). Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Werkentstellung vorliegt, kommt es dennoch auf den ästhetischen Eindruck an, den das Werk nach dem Durchschnittsurteil des für Kunst empfänglichen und mit Kunstdingen einigermaßen vertrauten Menschen vermittelt (BeckOK UrhR/Kroitzsch/Götting, 29. Ed. 15.9.2020, UrhG § 14, Rn. 12 mit Verweis auf BGH GRUR 1982, 107 (110) – Kirchen-Innenraumgestaltung; BGHZ 24, 55 (68) – Ledigenheim; BGH GRUR 1974, 675, 677 – Schulerweiterung; BGH GRUR 2008, 984 (985 f.).

Der grundsätzliche Werkcharakter wird vorliegend jedoch nicht verändert. Auch bei Einbau des Reformationsfensters bleibt es dabei, dass der Innenraum der Marktkirche im Übrigen als schlichter gotischer Hallenraum erhalten bleibt. Die schlichte Gestaltung wird lediglich durch Hinzufügung eines weiteren Elements neben bereits vorhandenen Elementen durchbrochen. Das Werk wird dadurch in seiner Gesamtheit zwar beeinträchtigt aber nicht abgewertet oder zu einem völlig anderen Werk umgestaltet. Vielmehr bleiben die wesentlichen Werkteile in ihrer Grundaussage unverändert bestehen. Insoweit kann dahinstehen, ob es trotz aller Unterschiede zur bisherigen Gestaltung nicht auch Überschneidungen gibt, die letztlich wieder zu einer größeren Geschlossenheit führen. So wirkt der Innenraum durch die jetzige Gestaltung mit unverputztem zum Teil beschädigtem Mauerwerk in einer gewissen Weise „roh“, im Sinne von (gewollt) unvollendet. Es gibt gerade keinen Schmuck, im Sinne einer publikumsgefälligen Schönheit. Dies trifft auf anderer Ebene ebenso auf das skizzenhafte Reformationsfenster zu, das insbesondere eine „grobe“, nicht zu einer naturgetreuen Abbildung ausgearbeiteten Darstellungsform aufweist. Beide Werke stehen sich zwar gegensätzlich, aber nicht feindlich gegenüber.

(3) Dass das Fenster als „Blickfang“ sofort nach dem Betreten der Kirche wahrnehmbar ist und den Eindruck der Besucher sofort prägt, konnte die Kammer hingegen nach Durchführung des Ortstermins nicht feststellen. Nach Durchschreiten der Turmhalle ist es aufgrund des spitzen Winkels zum mittleren Fenster sowie der baulichen Gegebenheiten der Stützsäulen nur schlecht sichtbar. Erst nach Abschreiten der ersten Säulenreihe wird ein guter Blick auf den streitgegenständlichen Standort ermöglicht. Im Übrigen ist unstrittig, dass das Fenster von anderen Positionen im Kirchenraum gut sichtbar ist.

bb) Ferner ist das Ausmaß der von dem Eingriff betroffenen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen zu berücksichtigen (Geisler, jurisPR-BGHZivilR 22/2008 Anm. 4).

(1) Hierzu verweist der Kläger darauf, dass der Wiederaufbau der Marktkirche nicht nur der erste Auftrag Professor Oesterlens gewesen sei, sondern eines seiner wichtigsten Werke, das Bedeutung für das zeitgenössische Architekturverständnis insgesamt gehabt habe, was die Bindung des Urhebers an sein Werk noch verstärkt habe (Bl. 109 d. A.). Insoweit wird man ein durchaus gesteigertes Interesse des Urhebers vorliegend annehmen können, das jedoch wiederum maßgeblich davon geprägt ist, inwieweit es im Sinne von Art und Umfang des konkreten Eingriffs beeinträchtigt wird. Auch ein besonderes Erhaltungsinteresse wird durch nur kleinere Eingriffe weniger beeinträchtigt als durch größere.

(2) Die Schöpfungshöhe ist als durchschnittlich einzuordnen. Das Interesse des Urhebers an der unveränderten Erhaltung seines Werkes wird von der Schöpfungshöhe des Werkes beeinflusst: Je größer die Gestaltungshöhe, desto stärker sind die persönlichen Bindungen des Urhebers an sein Werk und desto eher ist eine Gefährdung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen anzunehmen (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 27, juris mit Verweis auf Erdmann in Festschrift für Piper, 1996, S. 655, 672; Steinbeck, GRUR 2008, 988, 988).

Kriterien der Schöpfungshöhe sind die Originalität und Einzigartigkeit des Bauwerkes. Die Originalität ist nicht davon abhängig, dass es sich um einen „Meilenstein der Baukunst“ handelt, sondern dies kann im Einzelfall sogar offen bleiben und von einer „wenigstens durchschnittlichen“ Schöpfungshöhe ausgegangen werden (vgl. BGH, Urt. v. 19. März 2008 – I ZR 166/05, Rn. 27, juris; OLG Hamm, Urt. v. 23. August 2005 – 4 U 10/05, Rn. 104, juris). Dabei kann auch die Einheitlichkeit und Geschlossenheit die Originalität eines Werkes ausmachen (vgl. BGH a. a. O., OLG Hamm a.a.O.). Allerdings handelt es sich auch bei diesen „Stilelementen“ nicht um gänzlich neue oder auch ungewöhnliche Gestaltungsmöglichkeiten, was auch durch die vorstehend zitierten Urteile belegt wird. Vielmehr handelt es sich um bei Gebäuden und auch Kirchen übliche Mittel, die keine herausragende Schöpfungshöhe begründen. Dies gilt auch für die Gestaltung des Innenraums der Marktkirche.

Bereits die Grundkonzeption sollte nicht neuartig sein, sondern vielmehr den ursprünglich bereits vorhandenen klassischen gotischen Zustand aufgreifen bzw. wiederherstellen. Hierzu kann auf ein Zitat Oesterlens in seiner nach der Anlage B 7 veröffentlichten Rede verwiesen werden: „Für mich war es klar, diesen Hallenraum der Spätgotik in seiner schmucklosen Großartigkeit wiederherzustellen. Diesem Gedanken alles unterzuordnen, war meine Idee, an der ich bis zum Schluss meiner Arbeiten festhielt.“

Auch die Kammer konnte sich im Ortstermin davon überzeugen, dass es sich um eine klassische gotische Gestaltung, insbesondere mit den charakteristischen Spitzbögen und ohne wesentliche Zierelemente handelte. Die Positionen des Altars und der Bänke entsprächen der üblichen Kirchengestaltung.

Unstrittig hat die Beklagte vorgetragen, dass die von Professor Oesterlen beabsichtigte Wiederherstellung einer besonderen Schlichtheit, keinesfalls ein alleiniges Charakteristikum der Marktkirche in ihrer ursprünglichen

spätgotischen Gestalt gewesen sei. Vielmehr sei dieser Eindruck zahlreichen norddeutschen Backsteinkirchen zu eigen. Dies gelte beispielsweise für den Ratzeburger Dom als ein weiteres herausragendes Zeugnis der Backsteinarchitektur in Norddeutschland. Auch dort seien die Backsteine sichtbar, was Oesterlen wohl als Inspiration gedient habe, der auch die gleiche Bestuhlung wie im Ratzeburger Dom gewählt habe (Bl. 67 d.A.). Hinsichtlich der historisch vorgegebenen Lage und Größe der Fenster hat Professor Oesterlen sich auf die Auswahl des Glases beschränken müssen. Im Wesentlichen ist er damit bekannten Vorbildern gefolgt und hat lediglich diese neu kombiniert bzw. weiterentwickelt, etwa durch Verwendung von unverputztem roten Backstein nicht nur für die Wände, sondern auch für die Decken und den Boden. Leitend war unstreitig die Orientierung an einem schlichten gotischen Hallenraum, nicht eine völlig neue Entwicklung einer von historischen Vorbildern abweichenden Raumkonzeption. Professor Oesterlen wollte sich unstreitig am historischen Original orientieren und schmückendes Beiwerk aus späteren Zeiten entfernen. Dies entspricht dem bestehenden Zustand des Innenraumes der Marktkirche.

Dass der Marktkirche eine architektonische Bedeutung zukommt, steht einer durchschnittlichen Schöpfungshöhe nicht entgegen. Für die Kammer ist insoweit der vor Ort festgestellte eigene persönliche Eindruck maßgeblich. Ob es sich dabei (zugleich) um einen „Meilenstein der Baukunst handelt“ oder „ein besonderes Zeugnis der Architekturmoderne“, wie auch die Beklagte (Bl. 120 d.A.) ausführt, ist demgegenüber für die Überzeugungsbildung der Kammer von nachgelagerter Bedeutung. Insoweit besteht über die Grundlagen der Entscheidungsfindung, die in der mündlichen Verhandlung vom 03.11.2020 explizit erörtert wurden, auch Einigkeit zwischen den Parteien. Die Beklagte hat klargestellt, dass sie mit ihrer Bezeichnung in erste Linie Respekt vor dem Werk des Oesterlens ausdrücken wollte. Damit wolle sie ihre Wertung als künstlerisch wertvoll deutlich machen,

worin sie aber nicht auch die Anerkennung einer persönlichen geistigen Schöpfung sehe. Auch der Kläger hat darauf hingewiesen, dass Grundlage für die gerichtliche Entscheidung primär der von ihm beschriebene Gesamteindruck der Kirche sein soll, wie er im Ortstermin in Augenschein genommen wurde. Diese Ausführungen sollen durch seine Verweise auf die Fachliteratur lediglich ergänzt werden.

Entsprechend zieht die Kammer bei ihrer Bewertung auch die von den Parteien, insbesondere von dem Kläger, beigebrachten und zitierten Veröffentlichungen hinzu. Da unter anderem die Anerkennung des Werkes in der interessierten Öffentlichkeit und der künstlerische Rang des Werkes, verstanden als hierarchische Einordnung eines Werkes und seines Urhebers im kunsthistorischen Sinn, die Beurteilung der Gestaltungshöhe durch das Gericht beeinflussen, muss dieser Umstand auch im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle spielen (Steinbeck, GRUR 2008, 988, 989 mit Verweis auf Dietz, in: Schrickler, § 14 Rdnr. 31; sowie auf die abweichende Meinung bei Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 2. Aufl. [2006], § 14 Rdnr. 17). Zumindest muss das Gericht eine entsprechende Würdigung dieses Vorbringens vornehmen. Aus den vorgelegten Publikationen lässt sich allerdings nicht mit hinreichender Sicherheit bestätigen, dass die Gestaltung des Innenraums der Marktkirche ein bedeutendes Zeugnis der Architekturmoderne im vorgenannten Sinne darstellt. Die Aussage der Beklagten bezieht sich auf Seite 18 der Replik des Klägers, die wiederum ihre Aussage aus Zitaten auf Seite 4 der Replik herleitet. Diese Zitate bringen diese Einordnung jedoch keinesfalls zweifelhaft zum Ausdruck. So wird auf ein Zitat von Hoffmann verwiesen, wonach Oesterlen ein Werk geschaffen habe, das eher als charaktervolles monumentales Werk der Gegenwart bezeichnet werden müsse, als denn ein mittelalterliches (Bl. 95, 109 d. A.). Dies sagt aber nichts Eindeutiges über die Schöpfungshöhe aus. Monumental ist der Innenraum der Kirche bereits aufgrund seiner Größe. Dass die von Oesterlen vorgenommene Gestaltung diese

noch unterstreicht, ist unbestritten, sagt aber wiederum nichts über die Schöpfungshöhe aus. Kai Kappel grenzt in seinem Zitat (Bl. 95 d.A.) das Wirken Oesterlens als „Beitrag zum Mittelalterverständnis der Architekturmoderne“ lediglich gegenüber gotischen Originalen ab, ohne eine qualitative Bewertung vorzunehmen.

Mit der Klageschrift wird auf ein Zitat des Architekten Lambertus Ledebauer verwiesen, der in den Jahren 1953-1954 Mitarbeiter von Oesterlen war: „Auf mich wirkt hier ein Gesamtkunstwerk, das ich als perfekt bezeichnen möchte.“ Dieses Zitat soll einer Äußerung im Dezember 2018 entnommen sein. Dabei handelt es sich aber offenbar nicht um eine fachwissenschaftliche Äußerung, sondern eine Privatmeinung, einer Person, die den Wiederaufbau mit Oesterlen selbst mitgestaltet hat.

Insoweit erfolgt die Äußerung von einer durch ihr eigenes (Mit-)Wirken voreingenommenen Person, die nicht als stellvertretend für die Einschätzung der Fachwelt herangezogen kann. Ferner wird an gleicher Stelle auf ein Buch von Anne Schmedding verwiesen, die jedoch nur aus der Eröffnungsrede des damaligen Landesbischofs zitiert, und dabei auf die urheberrechtlich nicht maßgebliche „Schönheit“ des Baues abstellt. Auch die Stellungnahmen des kirchlichen Denkmalschutzes, geben über den Grad der Schöpfungshöhe keinen Aufschluss.

(3) Je individueller und einmaliger das Werk ist, desto weniger sind Änderungen zuzulassen, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart sind (Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl. 2018 Rn. 31, UrhG § 14, Rn. 31 mit Verweis auf Fromm/Nordemann/Dustmann, Rn. 29).

Je mehr sich der Eingriff auf inhaltliche, vorgegebene oder gemeinfreie Elemente erstreckt, desto eher kann er durch berechtigte Interessen des Nutzers gerechtfertigt sein.

Umgekehrt entfällt eine solche Rechtfertigung, je stärker höchstindividuelle Züge des Werkes betroffen sind. Erst recht gilt dies, wenn der Eingriff irreversibel ist und dem Publikum das Werk in seiner ursprünglichen Form

nicht mehr erkennbar bleibt (Dreier/Schulze-Schulze, 6. Aufl. 2018 Rn. 31, UrhG § 14, Rn. 31 m. w. N.).

Vorliegend handelt es sich mit der einfachen Kombination von schlichtem Backstein und hellen Fenstern in einer Hallenkirche um durchaus bekannte Elemente. Die Fenster hat Professor Oesterlen auch lediglich als vorgegeben übernommen: Größe und Anzahl waren vorgegeben, nur die Verglasung wurde ausgewählt. Auch die Backsteine waren bereits vorhanden. Die schöpferische Leistung besteht im Wesentlichen aus dem Entfernen bzw. dem Verzicht auf vormals bereits vorhandene Teile und dem Sichtbarmachen anderer ebenfalls bereits vorhandener Teile. Der Eingriff erfasst somit keine neuen oder besonders individuellen Gestaltungsmerkmale.

dd) Das Gewicht der Urheberinteressen wird durch den Zeitablauf verringert. So haben die Urheberinteressen Jahre oder Jahrzehnte nach dem Tod des Urhebers nicht notwendig dasselbe Gewicht wie zu seinen Lebzeiten (BGH, Beschluss vom 09. November 2011 – I ZR 216/10 –, Rn. 5, juris; BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 26 - 29, juris, BGH, Urt. v. 13.10.1988 - I ZR 15/87, GRUR 1989, 106, 107 - Oberammergauer Passionsspiele II). Zum Beispiel wurde eine Verringerung bei einer Kirchenraumgestaltung angenommen, wenn die Umbaumaßnahmen mehr als 50 Jahre nach dem Bau der Kirche und mehr als 35 Jahre nach dem Tod des Urhebers vorgenommen wurden (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 26 - 29, juris) bzw. für ein Bahnhofsgebäude 56 Jahre nach dem Tod des Urhebers, also bei Ablauf von mehr als drei Vierteln der Schutzdauer (BGH, Beschluss vom 09. November 2011 – I ZR 216/10 –, Rn. 5, juris). Vorliegend sind seit dem Tod Professor Oesterlens im Jahr 1994 26 Jahre vergangen, was nur etwas mehr als 1/3 der Schutzdauer von 70 Jahren ausmacht. Der Kläger weist allerdings darauf hin, dass trotz des Zeitablaufes eine ungeschmälerte Prominenz des Architekten Oesterlen auch in heutiger Zeit bestehe. Diese lasse sich im Bewusstsein der regionalen Bevölkerung wie der

überregionalen Feuilletons erkennen. Abgesehen davon, dass sich der Lebenszyklus der Kirche von vornherein nicht in zeitlichen Dimensionen erschöpfte, handle es sich weiterhin um ein prägendes Werk eines bis heute auch prägenden Nachkriegsarchitekten (Bl. 110 d. A.). Diese unstrittigen Umstände führen dazu, dass vorliegend trotz Zeitablaufs nur eine geringe Abschwächung urheberrechtlicher Interessen anzunehmen ist.

ee) Auf Seiten des Urhebers ist im Rahmen der Interessenabwägung bei einem Werk der Baukunst insbesondere dessen Gebrauchszweck zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 38 F. m. w. N.): „Der Urheber eines Bauwerks weiß, dass der Eigentümer das Bauwerk für einen bestimmten Zweck verwenden möchte; er muss daher damit rechnen, dass sich aus wechselnden Bedürfnissen des Eigentümers ein Bedarf nach Veränderungen des Bauwerks ergeben kann (vgl. BGHZ 62, 331, 335 - Schulerweiterung). Dem Schöpfer eines Kircheninnenraums ist bewusst, dass die Kirchengemeinde das Gotteshaus für ihre Gottesdienste nutzen möchte; er muss daher gewärtigen, dass sich wandelnde Überzeugungen hinsichtlich der Gestaltung des Gottesdienstes das Bedürfnis nach einer entsprechenden Umgestaltung des Kircheninnenraums entstehen lassen (vgl. BGH GRUR 1982, 107, 110 f. - Kirchen-Innenraumgestaltung).

Das Interesse des Vaters der Klägerin an der unveränderten Erhaltung seines Werkes muss daher gegenüber dem mit Rücksicht auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als besonders gewichtig zu bewertenden liturgischen Interesse der Beklagten an dem Umbau des Kircheninnenraums zurücktreten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob andere Umgestaltungen des Kircheninnenraums zu einer geringeren Beeinträchtigung der Urheberinteressen geführt hätten. Zwar muss der Eigentümer eines urheberrechtlich geschützten Bauwerks, der sich zu Abänderungen genötigt sieht, grundsätzlich eine den betroffenen Urheber in seinen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen möglichst wenig berührende

Lösung suchen. Hat er sich jedoch für eine bestimmte Planung entschieden, so geht es im Rahmen der Interessenabwägung nur noch darum, ob dem betroffenen Urheber die geplanten konkreten Änderungen des von ihm geschaffenen Bauwerks zuzumuten sind. Ob daneben noch andere, den Urheber gegebenenfalls weniger beeinträchtigende Lösungen denkbar sind, ist hierfür nicht von entscheidender Bedeutung (BGHZ 62, 331, 338 f. - Schulerweiterung).“

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass es für die Beklagte keine zwingenden Gründe für eine bauliche Veränderung gibt. Die Marktkirche ist für die Beklagte auch ohne den Einsatz des Reformationsfensters in der bisherigen Weise vollumfänglich nutzbar. Es ist insbesondere keine Konstellation gegeben, in der die baulichen Umstände die Durchführung der Gottesdienste etc. in der gewünschten Form erschweren würden - was als besonders gewichtiges liturgisches Interesse wohl regelmäßig zu einem Zurücktreten der Belange des Urhebers führen würde. Dies ändert aber nichts daran, dass der Urheber eines Kirchenbauwerkes grundsätzlich damit rechnen muss, dass die Kirche aus religiösen Gründen umgestaltet wird. Es ist gerade nicht erforderlich, dass diese Gründe zwingend in der Liturgie des Gottesdienstes begründet sind. Dies gilt vorliegend schon deshalb, weil die Beklagte, als evangelische Kirche ein strenges Liturgieverständnis, wie in der katholischen Kirche, überhaupt nicht besitzt. Dass die Beklagte ein Interesse hat, angesichts kirchenhistorischer besonderer Umstände, wie etwa des 500. Jubiläums der Reformation darauf bezogene Umgestaltungen vorzunehmen, die sie in ihre Veranstaltungen und Predigten aufnehmen kann, musste Professor Oesterlen in Rechnung stellen. Auch im Übrigen muss der Urheber einer Kirche damit rechnen, dass ein Bedarf der Nutzer an der Einbringung religiöser Gegenstände besteht. Hierzu gehört auch die Einbringung des streitgegenständlichen Glaskunstwerkes. Dieses Interesse ist angesichts der essenziellen Bedeutung Martin Luthers für die reformierten

Kirchen, die sich bei der Beklagten sogar als namensstiftend niederschlägt, hoch zu veranschlagen. Dass nach Entfernung aller schmückenden Elemente durch Professor Oesterlen in der Zukunft wieder ein Bedürfnis entstehen könnte, solche Elemente erneut einzubringen, war für den Architekten durchaus absehbar, da die Ausschmückung von Kirchen mit Kunstwerken üblich ist und auch der Tradition der Marktkirche entsprach. Es geht daher nicht darum, ein voll funktionsfähiges Fenster ohne nachvollziehbare Gründe oder lediglich aus ästhetischen/geschmacklichen Gründen auszutauschen. Es ist auch ohne weiteres schlüssig und entspricht der Lebenserfahrung, dass anlässlich eines Jubiläums, das gerade dem Gedenken und der Feier vergangener Umstände dient, der Wunsch aufkommt, diese Umstände in grundsätzlicher Erinnerung zu behalten. Das Reformationsjubiläum als 500ster Jahrestag stellt dabei ein herausragendes Ereignis dar, das nachvollziehbarer Anlass für eine neue Bewertung und Diskussion ist. Wenn der Beklagte meint, nicht mit einer Umnutzung der Kirche als Ausstellungsort für moderne Kunst rechnen zu müssen, ist dies grundsätzlich richtig. Allerdings geht es der Beklagten nicht darum, die Kirche in ein Museum oder eine Ausstellungshalle umzubauen, sondern lediglich um den Ersatz eines Fensters.

Dass der Kirchenraum genutzt wird, um allgemeine gesellschaftspolitische Diskussionen zu führen oder auch künstlerische Veranstaltungen durchzuführen, war hingegen von Anfang an in Rechnung zu stellen. Die Kirche als (Veranstaltungs-)Ort des allgemeinen gesellschaftlichen Diskurses, eingebettet in einen religiösen Hintergrund, stellt keine überraschende Nutzung dar.

Im Übrigen ist nicht die Erhaltung, sondern auch die Verbesserung des Gebrauchszwecks als legitimes Interesse schutzwürdig (Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG § 39, Rn. 25).

Ferner kann Berücksichtigung finden, dass die Innenraumgestaltung Oesterlens nicht die

erste Gestaltung der Marktkirche war, sondern sich in eine Abfolge unterschiedlicher Gestaltungen im Laufe der Jahrhunderte einfügt. So wurde der Kircheninnenraum immer wieder umgestaltet, was bei der Umgestaltung nach dem Wiederaufbau, bekannt gewesen ist (vgl. LG Berlin Urte. v. 14.7.2020 – 15 O 389/18, GRUR-RS 2020, 17733 Rn. 30, beck-online). Dabei kann offenbleiben, ob allein deswegen mit weiteren Umgestaltungen des Innenraums auch schon vor Ablauf ihres Urheberrechts zu rechnen war (so LG Berlin a.a.O.). Es war zumindest absehbar, dass das Gebäude dem Wandel der Zeit unterliegt und damit nie als unveränderbar konzipiert gewesen ist.

ff) Grundsätzlich sind in der Abwägung auch die Grundrechte des Urhebers zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für das Persönlichkeitsrecht des Urhebers, das sich auf die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG stützt (Steinbeck GRUR 2008, 988, 989). Hierbei sind allerdings vorrangige spezialgesetzliche Ausformungen zu berücksichtigen und bei einer Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts muss eine hinreichend schwerwiegende Verletzung vorliegen, worauf auch die Beklagte hinweist (Bl. 125 d. A.) So ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht zwar als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB geschützt, bei der Anerkennung dieses Rechts handelt es sich jedoch nur um einen sog. Auffangtatbestand, der gegenüber einer Spezialregelung des Persönlichkeitsrechts grundsätzlich zurücktritt (BGH, Urteil vom 19. Mai 1981 – VI ZR 273/79 –, BGHZ 80, 311-319, Rn. 31). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht behält allerdings eine Auffangfunktion und führt bei seiner Anwendbarkeit zum Erfordernis einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung (Dreier/ Schulze, UrhG, 6. Aufl. vor § 12, Rn. 6, Beck-online). Eine solche Abwägung führt die Kammer in vorliegendem Fall ohnehin durch (s. o.). Demgegenüber besteht kein Schutz eines Verstorbenen durch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG, weil Träger dieses Grundrechts nur die

lebende Person ist (vgl. BVerfG NJW 2001, 594; BVerfG NJW 2001, 2957, 2959; BVerfG, Beschl. v. 22.8.2006 - 1 BvR 1168/04, WRP 2006, 1361, 1363 Tz 24; BGH, Urte. v. 6.12.2005 - VI ZR 265/04, GRUR 2006, 252, 253 Tz 9 = WRP 2006, 359, BGHZ 165, 203). Nur der rechtliche Schutz der Persönlichkeit gemäß Art. 1 Abs. 1 GG endet nicht mit dem Tode. Der allgemeine Wert- und Achtungsanspruch besteht fort, so dass das fortwirkende Lebensbild eines Verstorbenen weiterhin gegen schwerwiegende Entstellungen geschützt wird (BGH, Urteil vom 08. Juni 1989 – I ZR 135/87 –, BGHZ 107, 384-395, Rn. 31 mit Verweis auf BGHZ 50, 133, 136 ff. - Mephisto; BGH, Urte. v. 4.6.1974 - VI ZR 68/73, GRUR 1974, 797, 798 - Fiete Schulze; BGH, Urte. v. 17.5.1984 - I ZR 73/82, GRUR 1984, 907, 908 - Frischzellenkosmetik; auch BVerfGE 30, 173, 194f - Mephisto).

Im Übrigen sind die Persönlichkeitsrechte soweit sie dem Schutz ideeller Interessen dienen unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden und als höchstpersönliche Rechte unverzichtbar und unveräußerlich, also nicht übertragbar und nicht vererblich (BGH, NJW 2000, 2195, beck-online). Der Kläger kann sich entsprechend nicht auf solche Aspekte als Rechtsnachfolger seines Stiefvaters berufen. Ein schwerwiegender Eingriff in die Menschenwürde als Kern des Persönlichkeitsrechts Professor Oesterlens nach Art. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG liegt erkennbar nicht vor. Insoweit kann sich der Kläger nicht auf ein postmortales Persönlichkeitsrecht berufen. Professor Oesterlen wird durch den Einbau des Fensters nicht als Mensch als solcher in seinem Eigenwert oder seiner Eigenständigkeit verletzt. Daran ändert auch nichts, dass die Gestaltung der Marktkirche in der gewählten Schlichtheit nach dem Vortrag des Klägers auch Ausdruck der Demut vor Gott sei, die Professor Oesterlen als Bestandteil und tiefsten Kerns seiner Urheberpersönlichkeit mit der Innenraumgestaltung zum Ausdruck bringen wollte. Dieser sollte dadurch beeinträchtigt werden, dass der Einbau des Reformationsfensters die Persönlichkeit

Oesterlens kontradiktorisch und unvereinbar dem gegensätzlichen Credo der „Gottlosigkeit“ des Künstlers Professor Lüpertz gegenüberstellen würde (Bl. 115 d.A.). Dabei wird man bereits Professor Lüpertz keine Gottlosigkeit unterstellen können, wenn er in einem Interview (Anlage K 19) zum Ausdruck bringt, im künstlerischen Schaffensmoment frei zu sein – im Übrigen ist Professor Lüpertz tatsächlich gläubiger Christ, der in demselben Interview sogar seine persönlichen Gotteserfahrungen schildert. Ob seine Aussage, in diesem Moment als Künstler sogar über Gott zu stehen, blasphemisch ist, ist eine Wertungsfrage, auf die es vorliegend nicht ankommt. Das Reformationfenster selbst ist gerade nicht Ausdruck von Blasphemie oder Gottlosigkeit, sondern bringt im Gegenteil religiöse Aspekte gerade zum Ausdruck. Die bauliche Veränderung des Architektenwerkes Oesterlens spricht diesem auch nicht seine Demut vor Gott ab. Dass der Einbau des Reformationfensters geeignet wäre, das Ansehen Professor Oesterlens in schwerwiegender Weise zu beeinträchtigen, ist weder schlüssig vorgetragen noch sonst ersichtlich. Auch spricht gerade der behauptete Gegensatz zwischen Fenster und übrigem Innenraum gegen eine Zurechnung zu Professor Oesterlens, zumal die sich über Jahrhunderte ziehende baugeschichtliche Veränderung des Innenraums bekannt ist und jederzeit nachvollzogen werden kann. Die Nachteile, dass dem Kläger ein fremder Eindruck zugerechnet wird oder das unveränderte Werk völlig in Vergessenheit gerät sind daher überschaubar (vgl. dazu auch LG Berlin Urt. v. 14.7.2020 – 15 O 389/18, GRUR-RS 2020, 17733 Rn. 29 und 32, beck-online).

Soweit in diesem Zusammenhang davon die Rede ist, dass die beherrschende Grundausage/Schlichtheit von Oesterlens wichtigstem Werk „nichts übrig“ bliebe, trifft dies nicht zu. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Eingriffsintensität Bezug genommen werden.

gg) Für die Frage, ob Änderungen erforderlich und zumutbar waren, kann es auch darauf

ankommen, inwieweit beide Seiten aufeinander Rücksicht genommen haben (Dreier/Schulze/ Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG § 14, Rn. 26). Hierfür ist in Bezug auf das streitgegenständliche Fenster nichts ersichtlich. In der Vergangenheit hat der Kläger jedenfalls anderen Änderungswünschen zugestimmt. Die Beklagte hat den Kläger in ihre Entscheidungen nicht einbezogen, sondern nur um seine Zustimmung gebeten. Die Parteien haben sich - soweit ersichtlich - nicht bemüht, aufeinander zuzugehen. Der Kläger hat sogar die Denkmalpflege eingeschaltet, um die Beklagte von ihrem Handeln abzuhalten (Anlage K 17).

b) Den ebenfalls zu berücksichtigenden Interessen der Beklagten ist vorliegend ein hohes Gewicht beizumessen.

Auf Seiten der Beklagten ist nach obigen Ausführungen das Recht eines jeden Eigentümers zu berücksichtigen, mit seiner Sache nach seinem Belieben zu verfahren, wie es zivilrechtlich in § 903 BGB ausgeformt und in Art 14 GG verfassungsrechtlich verbürgt ist (BGH, Urteil vom 21. Februar 2019 – I ZR 98/17 –, BGHZ 221, 181-212, Rn. 43). Obgleich es sich dabei um ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht handelt, überwiegt diese Rechtsposition nicht generell, sondern es bleibt dabei, dass eine Interessenabwägung mit den kollidierenden Rechten des Eigentümers vorzunehmen ist (vgl. Steinbeck, GRUR 2008, 988, 988). Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Richtig ist allerdings auch, dass den Eigentümerinteressen bei Bauwerken ein erhebliches Gewicht zukommen kann, selbst wenn es um die Zerstörung des Kunstwerkes geht (BGH, Urteil vom 21. Februar 2019 – I ZR 98/17 –, BGHZ 221, 181-212, Rn. 40): „Auf Seiten des Eigentümers können, etwa wenn ein Bauwerk oder Kunst in oder an einem solchen betroffen ist, bautechnische Gründe oder das Interesse an einer Nutzungsänderung von Bedeutung sein (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2008 - I ZR 166/05, GRUR 2008, 984 Rn. 38 f. = WRP 2008, 1440 - St. Gottfried; Dietz/Peukert in Schrickler/Loewenheim aaO § 14 UrhG Rn. 39 f.; Schulze in

Dreier/Schulze aaO § 14 Rn. 28; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht aaO Rn. 399). Bei Werken der Baukunst oder mit Bauwerken unlösbar verbundenen Kunstwerken werden die Interessen des Eigentümers an einer anderweitigen Nutzung oder Bebauung des Grundstücks oder Gebäudes den Interessen des Urhebers am Erhalt des Werks in der Regel vorgehen, sofern sich aus den Umständen des Einzelfalls nichts anderes ergibt (vgl. Schack, Kunst und Recht aaO Rn. 189).“

aa) Auf Seiten der Beklagten ist zu berücksichtigen, dass sie sich auch auf ihr verfassungsrechtlich verbürgtes kirchliches Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 140 GG i.V. mit Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV) und das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) stützen kann.

(1) Die Gestaltung von Kircheninnenräumen ist von diesen beiden Rechten geschützt BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –St. Gottfried, Rn. 32 - 34, juris):

„(1) Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht garantiert den Religionsgesellschaften, also auch den Kirchen, die Freiheit, ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu ordnen und zu verwalten (BVerfGE 53, 366, 391; 70, 138, 162).

Die Garantie freier Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten ist eine notwendige, rechtlich selbständige Gewährleistung, die der Freiheit des religiösen Lebens und Wirkens der Religionsgemeinschaften und Kirchen die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben unerlässliche Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung hinzufügt (BVerfGE 53, 366, 401; 70, 138, 164). Zu den eigenen Angelegenheiten der Kirchen gehören die Errichtung und Ausstattung der Kirchengebäude (vgl. v. Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., S. 106 und 189) und damit auch die Gestaltung der Kircheninnenräume.

(2) Soweit bei der Gestaltung der Kircheninnenräume theologische oder liturgische

Erwägungen bestimmend sind, wird die Garantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts durch die Gewährleistung des Grundrechts der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verstärkt (vgl. BVerfGE 53, 366, 401; 70, 138, 167; 83, 341, 356; v. Campenhausen in Festschrift für Delbrück, 2005, S. 113, 125 f.). Für die Beurteilung der allein die innergemeinschaftliche Pflege und Betätigung des Glaubens betreffenden Frage, ob und inwieweit liturgische Gründe für eine bestimmte Gestaltung eines Kircheninnenraums bestehen, kann nur das Selbstverständnis der Kirche maßgebend sein (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.10.2006 - 2 BvR 1908/03, DVBl. 2007, 119, 120). Die den Kirchen nach dem Grundgesetz gewährte Eigenständigkeit und Selbständigkeit in ihrem eigenen Bereich würde verletzt, wenn bei der Auslegung der sich aus ihrem Bekenntnis ergebenden Religionsausübung deren Selbstverständnis nicht berücksichtigt würde (BVerfGE 24, 236, 247 f.).

(3) Die Beklagte ist eine katholische Kirchengemeinde. Ihr kommt als Teil der Kirche nicht nur das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zugute (vgl. BVerfGE 53, 366, 392, 393 f.; 70, 138, 162), sondern sie kann sich als lokale Untergliederung der katholischen Kirche auch auf das Grundrecht der Religionsfreiheit berufen (BVerfGE 53, 366, 386 ff.). Welche kirchlichen Belange bei der Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes bedeutsam sein können, richtet sich nach den von der verfassten Kirche anerkannten Maßstäben (vgl. BVerfGE 70, 138, 166). Für die Beurteilung, ob und inwieweit im vorliegenden Fall liturgische Gründe für eine Umgestaltung des Kircheninnenraumes bestehen, kommt es daher auf das Selbstverständnis der Leitungsorgane der Beklagten an (vgl. Ehlers in Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl., Art. 140, Art. 137 WRV Rdn. 6). Insofern reicht es aus, dass die Beklagte deren Glaubensüberzeugung substantiiert und nachvollziehbar darlegt; ist eine solche Darlegung erfolgt, haben sich der Staat und seine Gerichte einer Bewertung dieser Glaubenserkenntnis zu enthalten (vgl. BVerfGE 104, 337, 354 f.).“

(2) Für die Beklagte als evangelische Kirchengemeinde gelten diese Ausführungen in gleicher Weise. Die Beklagte hat ihre Glaubensüberzeugungen vorliegend substantiiert und nachvollziehbar dargelegt. Diese Darlegung entspricht auch dem allgemeinen und gerichtsbekanntem Glaubensverständnis der evangelisch-lutherischen Kirche.

Nach Art. 4 Abs. 1 GG sind die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses unverletzlich. Die ungestörte Religionsausübung wird nach Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistet. Das Grundrecht auf Glaubensfreiheit gewährleistet sowohl die innere Freiheit zu glauben oder nicht zu glauben als auch die äußere Freiheit, den Glauben zu manifestieren, zu bekennen und zu verbreiten (BVerfG, Urteil vom 24. April 1985 – 2 BvF 2/83 –, BVerfGE 69, 1-92, Rn. 69 mi Verweis auf BVerfGE 32, 98 (106)).

Die Kammer hat keinen Zweifel daran, dass die von der Beklagten behaupteten Glaubensaspekte, wie von ihr nachvollziehbar dargelegt, existieren und für die Beklagte maßgeblich sind (dazu unter (a) und (b)). Die Kammer ist zudem überzeugt, dass diese Aspekte auch im vorliegenden Fall bei der Entscheidung über das Reformationsfenster eine Rolle gespielt haben. Insbesondere ist es dem Kläger nicht gelungen, schlüssig und überzeugend darzulegen, dass religiöse Motive lediglich vorgeschoben werden, während in Wirklichkeit ausschließlich rein weltliche und ggf. ästhetische Gründe für den Einbau des Reformationsfensters vorliegen (dazu unter (c)).

(a) Bereits ohne vertiefte Religionskenntnisse drängt sich ein religiöser Hintergrund für den Einbau des „Reformationsfestes“ auf. So ist allgemein bekannt, dass eine Kirche ein Ort der Religionsausübung ist, der üblicherweise mit der Religionsausübung dienenden Gegenständen versehen und mit religiösen Darstellungen „geschmückt“ bzw. – laienhaft gesprochen – mit sonstigem „Zierrat“ mit religiösem Bezug „verschönert“ wird. Diese allgemein bekannten Umstände können in einer unüberschaubaren Zahl von christlichen

Kirchen weltweit ersehen werden. Selbst ungeachtet der Darlegungen von Frau Dr. Bahr, dass Kirchenfenster gerade keine bloße Dekoration seien, sondern für die Ausübung des Glaubens selbst eine wichtige Rolle spielen, handelt es sich bei dem Reformationsfenster unstreitig um eine religiöse Darstellung.

Warum eine religiöse Darstellung in einem der Religionsausübung dienenden Raum keinen religiösen Bezug haben soll oder dieser nur vorgeschoben sein soll, erschließt sich hiernach nicht. Dies gilt umso mehr, weil das Erscheinungsbild von Kirchen üblicherweise von bunten Kirchenfenstern bestimmt ist, denen niemand eine religiöse Motivation absprechen würde.

Tatsächlich ist der religiöse Bezug der Kirchenfenster zur Ausübung des Glaubens erheblich tiefgründiger, wie die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten in ihrer persönlichen Anhörung auch unter Bezugnahme auf die Ausführungen von Frau Dr. Bahr dargelegt hat. Der Vorsitzende der Beklagten hat sich dem auf gerichtliche Nachfrage in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich angeschlossen. Die Kammer hat insoweit keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben, die auch von dem Kläger nicht bestritten worden sind. Vielmehr hat der Kläger, nochmals ausführlich im nachgelassenen Schriftsatz vom 20.11.2020, lediglich bestritten, dass die dargelegten Glaubensaspekte für den Einbau des Reformationsfestes eine Rolle gespielt haben (dazu unter (c)).

Die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten hat ausgeführt, dass anlässlich des Reformationsjubiläums klargeworden sei, dass Bilder für die Reformation zentral gewesen seien. Diese habe sich erst durch bildliche Darstellungen in der Bevölkerung verbreiten können. Auch in der heutigen sehr digital und visuell geprägten Welt sei es für die Kirche wichtig, Symbole zu haben, um ihre Überzeugungen in der Kirche sichtbar zu machen. Das Einbringen von Kunstwerken sei dabei für ihre Religion ganz elementar. Die Kunst spreche ganz andere Sinne an, könne Herz und

Sinne/Gefühle des Menschen ansprechen und sei somit wichtig für den Auftrag der Kirche, der darin liege, die Menschen zu erreichen. Ergänzt und bekräftigt wird dies durch die Äußerungen von Frau Dr. Bahr. Diese hat ausgeführt, dass es sich bei Kirchenfenstern nicht um normale Bauelemente handle. Vielmehr seien Kirchenfenster „in Glas gesetztes Predigen“. Das Licht, das durch die Fensterscheiben falle und auch die Motive hätten eine theologische Bedeutung. Das Fenster solle den Weg weg von dieser Welt in das Reich Gottes weisen. Dies sei ein von alters her in Kirchen verwendetes Gestaltungselement. Diese Vorstellung habe Martin Luther übernommen und fortgeführt. Nach Luther diene die ästhetische Atmosphäre gerade dazu, die religiöse Atmosphäre zu untermauern und zu verstärken. Dies habe Luther ausdrücklich bestätigt. Die Fenster sprächen aus sich selbst heraus und damit den einzelnen direkt an, der unter ihrem Eindruck dann sein eigenes Verhältnis zu Gott hinterfragen könne. Die Gestaltung der Fenster sei daher kein marginaler Effekt, sondern ein zentrales religiöses Mittel. Dies entspreche dem Konzept Luthers, wonach jeder einzelne seinen individuellen Glauben finden müsse. Dies werde durch religiöse Zeichen und Symbole ebenso gefördert wie durch kirchliche Musik, die ebenso wie die bauliche Gestaltung zentral für das religiöse Leben sei. Es handle sich nicht um eine bloße Dekoration, sondern die Raumgestaltung sei für die Beklagte essenziell. Auf Grundlage dieser unbestrittenen Ausführungen, die in sich auch schlüssig und nachvollziehbar sind sowie auch in Einklang mit den üblichen Gestaltungen von Kirchenbauwerken stehen, ist die Kammer überzeugt, dass es sich bei dem Einbau von Kirchenfenstern um einen gewichtigen Aspekt der Religionsausübung und Religionsvermittlung handelt, der das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im vorliegenden Fall deutlich verstärkt.

Ferner steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass sich der religiöse Bezug nicht nur in der generellen Verwendung von Kirchenfenstern im Sinne von Motivfenstern erschöpft,

sondern dieser auch gerade in dem Streitgegenständlichen Reformationsfenster zum Ausdruck kommt.

Das Fenster soll nach dem Vortrag der Beklagten anlässlich des 500. Jubiläumjahren der Reformation als wegweisendes Ereignis für das Christentum eingebaut werden. Das Motiv solle die Erinnerung an die Reformation lebendig halten und auch Einzug in kirchliche Predigten finden und Ausdruck theologischen Gedankens sein. Dabei ist allgemein bekannt, dass die Reformation ein wegweisendes Ereignis für die Christenheit darstellt, das in Martin Luther seinen Ausgangspunkt hat, der hierdurch eine herausragende weltgeschichtliche Bedeutung erlangt hat.

Dass die Beklagte, die sich zu den auf Luther zurückgehenden reformierten Kirchen zählt und Luther sogar zum Namensgeber ihrer Religionsgemeinschaft bestimmt hat, ein zentrales Interesse daran hat, diese Überzeugungen und Bezüge auch optisch zum Ausdruck zu bringen, steht außer Frage. Hierzu ist das Reformationsfenster, das zumindest stilisiert (unstreitig) Martin Luther in einem wie auch immer zu interpretierenden Zusammenhang mit großen Fliegen zeigt, zweifelsohne geeignet.

Dabei lässt sich ein religiöser Hintergrund nicht nur für die Verwendung von Kirchenfenstern an sich und einem Luthermotiv im Besonderen, sondern sogar für die konkrete Darstellungsweise feststellen. So hat die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass das heroisch wirkende Standbild von Luther vor der Kirche das Lutherbild des frühen 20. Jahrhunderts verkörpere. Im heutigen Verständnis gehe es demgegenüber aber mehr um die Auseinandersetzung Luthers sowohl mit sich selbst als auch mit Gott, mit Ängsten und Zweifeln, der Reformation und der Welt überhaupt. Insoweit sehe die Beklagte Luther nicht rechthaberisch, sondern als infrage stellend und auch Veränderungen vorantreibend. Die Symbole des Fensters gäben insoweit Gelegenheit, grundsätzliche Fragen aufzuwerfen, konkret die Frage: „Wo bin ich in der Welt?“.

Die Symbole vermittelten alles, was die Menschen bewege. Dies sei auch der wesentliche Punkt, für den die Kirche stehe. Die Kirche solle den Menschen Zuflucht und Selbstvertrauen geben, sich um Ängste der Menschen kümmern, damit diese letztlich zu sich selbst und zu Gott finden könnten. Gerade die Fliegen auf dem streitgegenständlichen Fenster seien ein gutes Symbol für die Ängste der Menschen. Die Symbole sollen Anhaltspunkte für den Menschen sein, sich in diesem Rahmen mit Fragen seiner selbst auseinanderzusetzen. Diese nicht bestrittenen Ausführungen zeigen zur Überzeugung der Kammer, dass auf Seiten der Beklagten ein gesteigertes religiös motiviertes Interesse an dem Einbau des Reformationsfensters besteht. Dieses besteht darin, sich gerade auch mit dem geänderten Lutherverständnis auseinanderzusetzen. Unzweifelhaft ist das Fenster dazu geeignet, Fragen aufzuwerfen, was schon aus der mehrdeutigen und fragmentierten Darstellung folgt, und Denkanstöße zu liefern. Gerade die Assoziation mit Ängsten und Brüchen liegt bei dem Motiv des Reformationsfensters nahe. Die untere Hälfte ist dominiert von der weiß gekleideten Gestalt, die mit erhobenen Händen und aufgebrachtem Gesichtsausdruck dasteht, über der eine weitere dunkle Gestalt mit skeletthaften Zügen erkennbar wird, wobei fünf große Fliegen über das gesamte Bild zu laufen scheinen. Diese Gestaltung weist durchaus aufrüttelnde bis hin zu verstörenden Zügen auf. Das Fenster erscheint daher gut als Gegenstand umfassender, auch religiöser Auseinandersetzung geeignet. Insbesondere die weiß gehaltene Figur, die unstreitig Luther symbolisieren soll, macht einen aufgeregten, keineswegs anziehenden, Eindruck und lässt viele Assoziationen zu, die jedoch keinen heroischen oder verherrlichenden Charakter haben. Die von der Beklagten dargestellte gewandelte Sichtweise auf Luther entspricht somit durchaus der Darstellung des Reformationsfensters. Zu dieser Sichtweise hat Frau Dr. Bahr ergänzend ausgeführt, dass es der Beklagten nicht um eine Verehrung Luthers als Held oder dergleichen gehe. Die Erwähnung Luthers im Namen der Beklagten gehe

auf das lutherische Bekenntnis und die von ihm angestoßene Bewegung zurück, die eine eigene Dynamik gewonnen habe.

In diesem Sinne gebe es keine Verehrung Luthers, sondern zentral für die Beklagte sei dessen Bekenntnisschrift. Diese Ausführungen, die sich die Beklagte zu eigen gemacht hat, stehen im Einklang mit den weiteren Angaben, die die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten in der mündlichen Verhandlung gemacht hat. Danach stelle Luther für die Beklagte keinen Helden oder gar Messias dar. Dies komme in der Gestaltung des Fensters zum Ausdruck, das Luther barfuß und im weißen Gewand gerade nicht heroisch zeige, was für die Beklagte ein wichtiger Punkt der Darstellungsweise sei. Es sei Wunsch der Beklagten gewesen, dass Luther als zweifelnde menschliche Gestalt auftaucht und nicht als Held oder Messias. Vielmehr gehöre gerade die kritische Auseinandersetzung mit Luther zum Wirken der Beklagten. So könne man dem Fenster auch Zweifel und Selbstkritik sowohl am Glauben als auch an Luther selbst entnehmen. Dies entspricht auch den allgemein- und gerichtsbekanntenen Tatsachen. So wird die Person Martin Luthers auch von den lutherischen Kirchen, in denen Zweifel und Selbstkritik schon immer eine große Rolle gespielt haben, auch immer wieder kritisch hinterfragt. Dies war auch Gegenstand vieler öffentlicher Diskussionen und Publikationen in den Medien. Dies betrifft nicht nur die Zweifel Luthers an sich selbst, sondern auch die Kritik an seinen Handlungen wie seiner Haltung in den Bauernkriegen und seinem Antijudaismus. Gerade letzterer ist auch anlässlich des Reformationsjubiläums in der Öffentlichkeit breit diskutiert worden. Um ihre Glaubwürdigkeit zu erhalten und den Erwartungen der Allgemeinheit gerecht zu werden, muss sich die Beklagte dem stellen. Hierzu kann die außergewöhnliche Darstellung des Reformationsfensters aus den vorgenannten Gründen einen Beitrag leisten.

Eine religiöse Grundlage wird auch in dem von der Beklagten als Anlage B 13 vorgelegten Diskussionspapier „Das ‚Reformations-

fenster' der Marktkirche Hannover" aufgezeigt. Nach diesem Papier habe sich die Beklagte zur Aufgabe gemacht, sich mit dem Jubiläumsjahr der Reformation auseinanderzusetzen, zu dem es heißt:

„In Reflexion, in (Selbst-) Kritik, in Gegenwartsdeutung intensiver Debatte wurde der Impulse der Reformation als geschichtliche Realität gedacht, insbesondere ihrer bleibenden Bedeutung für die Religionslandschaft Europas und weltweit, aber auch der theologischen, der kulturellen und geistesgeschichtlichen- und insgesamt der gesellschaftlich-politischen Implikationen.“ In diesen Kontexten sei das Kirchenfenster-Projekt einzuordnen, wobei es ferner heißt:

„Es entspricht der Tradition dieses Kirchenortes, regelmäßig Kunst-Ausstellungen zu zeigen, immer mit theologischem und gesellschaftspolitischen Rahmenprogramm, mit Vernissage und Vorträgen. Insofern gehört die Auseinandersetzung mit der zeitgenössischen Kunst und den gesellschaftlichen Herausforderungen der Gegenwart zum liturgischen geistlichen Profil der weit über Hannover hinaus bedeutsamen Zentralkirche“.

Der Kläger bestreitet nicht dieses stark gesellschaftsbezogene Religionsverständnis, sondern meint lediglich, dass hierin kein besonders schützenswertes liturgisches Interesse liege, sondern nur allgemeine gesellschaftliche Zielsetzungen betroffen seien. Insofern bestreitet er, „dass eine oder mehrere der gemäß Anlage B 13 erörterten Leitideen liturgische Aspekte betreffen“ würden. Er beanstandet, dass es sich nicht um theologische Aspekte handele, sondern historische oder gesellschaftliche (Bl. 112 d. A.). Er bestreitet nicht, dass sich die Beklagte im kirchlichen Rahmen auch speziell mit der Kunst auseinandersetzt. Vielmehr macht er geltend, dass der Urheber eines Kircheninnenraums nicht mit einer Umnutzung in eine Ausstellungsfläche für moderne Kunst rechnen müsse (oder dem Austausch eines Fensters ohne funktionalen Nutzen, Bl. 108 d. A.). Ferner bestreitet er den direkten kausalen Bezug der Ausführungen

der Anlage B13 zum konkreten Einbau des Fensters (Bl. 112 f., 221 d.A.). Dem Kläger ist es allerdings ebenso wie dem Gericht verwehrt, die religiösen Überzeugungen und Einstellungen der Beklagten an sich infrage zu stellen. Wenn die Beklagte schlüssig darlegt, dass auch ihre Glaubensüberzeugung in den Einbau des Fensters eingegangen sind, muss dies vom Gericht akzeptiert werden. Insofern reicht es aus, dass die Beklagte ihre Glaubensüberzeugung substantiiert und nachvollziehbar darlegt; ist eine solche Darlegung erfolgt, haben sich der Staat und seine Gerichte einer Bewertung dieser Glaubenserkenntnis zu enthalten (vgl. BVerfGE 104, 337, 354 f.; BGH, Urteil vom 19. März 2008 - I ZR 166/05 -, St. Gottfried, Rn. 34, juris; LG Berlin Ur. v. 14.7.2020 – 15 O 389/18, GRUR-RS 2020, 17733 Rn. 28, beck-online).

Es gelingt dem Kläger auch nicht, diese Darlegung der Beklagten zu widerlegen. Der „liturgische“ Hintergrund des Fensters wird insofern nicht einzig daraus hergeleitet, dass die Darstellung thematische Berücksichtigung in Predigten finden soll. Auch kann der Kläger sich nicht darauf berufen, dass die in Anlage B 13 erörterten Leitideen keine liturgischen Aspekte darstellten, sondern historische oder gesellschaftliche Aspekte. Dies gilt insbesondere für die vom Kläger selbst hervorgehobenen letzten drei Anstriche (Bl. 112 d.A.) in der Anlage B 13, mit den Stichpunkten „Ökumene“ im Sinne eines interreligiösen Diskurses und einer Einladung an alle Bürger mit der Marktkirche als zentralem Gottesdienst-, Konzert- und Kulturort, die „Gestaltung des Reformationsjubiläums“ sowie die „Reformation als bleibende Bewegung“. Es kommt auch nicht entscheidend darauf an, dass die Beklagte auf den künstlerischen Entwurf im weiteren Verlauf keinen Einfluss genommen hat, sondern sich auf ein Ablehnungsrecht beschränkt hat. Dies spricht nicht gegen ein theologisches Motiv. Es genügt, dass die Beklagte dem Künstler grobe eigene Vorstellungen vermittelt, die dieser dann in all seiner künstlerischen Freiheit umsetzen soll. Davon abgesehen, dass es gerade Wesen der Kunst ist, dass

diese durch den Künstler – nicht durch den Auftraggeber – geprägt wird, hat die Beklagte sogar unstreitig ganz wesentlichen Einfluss auf die Gestaltung des Kunstwerkes genommen. Sie hat nämlich auf ihren Wunsch im Gegensatz zu einer Statue vor der Kirche, die ursprünglich vorgesehen war, mit dem Reformationsfenster eine ganz andere Werkart erhalten. Dass der Künstler demgegenüber völlig losgelöst von den Vorgaben der Beklagten ein Werk geschaffen hätte, dass mit der Reformation nichts zu tun hätte („Fliegenfenster“), kann bereits nach dem gewählten Motiv - das sich im Übrigen sogar mit den Vorgaben in der Anlage B 13 vereinbaren lässt - nicht angenommen werden (obgleich auch dies unschädlich gewesen wäre). Soweit der Kläger meint, dass die Leitideen der Anlage B 13 derart allgemein und offen formuliert sein, dass völlig unklar bliebe, wie eine konkrete Umsetzung erfolgen und dies gegebenenfalls auch überprüft werden könnte, dringt dies nicht durch. Abgesehen davon, dass abstrakte theologische Begriffe ohnehin einer konkreten bildlichen Darstellung nicht zugänglich sind, weist das gewählte Luthermotiv einen Bezug zur Reformation und den damit vorhandenen Zweifeln, Brüchen und Fragen auf. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

So führt die Beklagte überzeugend und nachvollziehbar aus, dass die Fliegen als christliches Symbol zu verstehen seien. Sie könnten Krankheit, Tod und Verderben symbolisieren, aber auch mit dem Teufel selbst in Verbindung gebracht werden – die Deutung liege am Ende beim Kirchenbesucher, der sich mit dem Fenster auseinandersetze (Bl. 122 d. A.). Dies hat auch die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten in ihrer Anhörung der mündlichen Verhandlung bestätigt. Danach könne der Teufel, dessen hebräischer Name sich vom Herr der Fliegen ableite, durch die Fliegen symbolisiert werden. Bei dem Motiv gehe es um die sogenannte Tintenfasslegende, die vom Ringen Luthers mit sich selbst, dem Bösen in der Welt und der päpstlichen Seite und dem Teufel handele.

Es kann auch nicht ernsthaft infrage gestellt werden, dass das kirchliche und religiöse Wirken ein solches in der Gesellschaft ist und nach dem Selbstverständnis der Beklagten die Interaktion und Auseinandersetzung mit allen gesellschaftlichen Themen und Schichten gerade einen Kernaspekt ihres religiös motivierten Handelns darstellt. Die kirchliche Tätigkeit beschränkt sich nicht lediglich auf die liturgischen Elemente, wie das Abhalten von Gottesdiensten und religiösen Feiern, sondern umfasst das gesamte gesellschaftliche Leben, einschließlich der Kunst. Dies kann bereits als allgemein- und gerichtsbekannt vorausgesetzt werden. Es steht auch in Einklang mit den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen der stellvertretenden Vorsitzenden der Beklagten in der mündlichen Verhandlung. Diese hat auf Befragen des Gerichts ausgeführt, dass die Kirche offen sei und sich den Fragen der Welt widme. Dies betreffe nicht nur den Kulturbereich, sondern die Kirche sei für die Beklagte ein Ort der Diskussion zu diversen allgemeinen gesellschaftlichen Themen. Damit bringe die Beklagte zum Ausdruck, dass die Welt bei ihr willkommen sei. Es handele sich um eine Pflicht der Beklagten, sich mit gesellschaftlichen Fragen zu befassen. Beispielhaft hat sie insoweit ethische Fragen im Bereich der Medizin, die Interaktion mit anderen Glaubensrichtungen und Weltanschauungen sowie die Diakonie oder die Corona-Pandemie benannt. Die Kammer hat entsprechend keinen Zweifel daran, dass auch das gesellschaftliche Wirken der Beklagten als Teil ihrer Religionsausübung zu begreifen ist. Welchen Stellenwert die Beklagte dem allgemeinen gesellschaftlichen und künstlerischen Diskurs in ihrem Wirken beimisst, entzieht sich einer gerichtlichen Kontrollbefugnis.

Auch der behauptete Bezug zur Kunst ist schlüssig und nachvollziehbar. Die Ausschmückung mit Kunstwerken zu Ehren Gottes ist Kirchen bereits historisch zu eigen. Diese allgemein bekannte Tatsache entspricht auch den Ausführungen der stellvertretenden Vorsitzenden der Beklagten in der mündlichen Verhandlung. Danach spielten künstlerische

Fragen, wie alle gesellschaftlichen Fragen, für die Beklagte eine elementare Rolle. Die Kunst finde einen Ausdruck eher als die Sprache, spreche ganz andere Sinne an und könne das Herz und die Sinne erreichen, was wichtig für den Auftrag der Beklagten sei, die Menschen zu erreichen. Damit steht auch in Einklang, dass die stellvertretende Vorsitzende ausgeführt hat, dass die Marktkirche schon seit langem ein Ausstellungsort für moderne Kunst sei, was einen wichtigen Aspekt für ihre Gemeinde darstelle, den ihre Mitglieder hochschätzten. Das Reformationsfenster stelle eine Chance dar, ein künstlerisches Werk auch dauerhaft zu zeigen. Es gehe dabei um die Erfahrung des Kirchenraumes für die Gemeindeglieder, der für diese auch Rückzugsraum sei. Dies steht in Einklang mit den Wahrnehmungen der Kammer im Ortstermin, bei dem ausgestellte moderne Kunstwerke zu sehen waren. Nach den nachvollziehbaren, überzeugenden und insoweit unbestrittenen Ausführungen der stellvertretenden Vorsitzenden der Beklagten, muss auch die Präsentation künstlerischer Werke als ein Akt der Religionsausübung betrachtet werden.

Jedenfalls geht es dabei nicht um eine Umwidmung der Kirche in eine Ausstellungshalle. Vielmehr ist die Kunst aufgrund ihrer starken emotionalen und über das einzelne Individuum hinausgehenden Wirkungen besonders geeignet, auch in religiöse Fragen einzusteigen. Entsprechend ist die Verbindung von Kunst und Religion auch über das individuelle Empfinden hinaus Gegenstand insbesondere der Theologie und Philosophie. Nicht entscheidend ist, ob der Einbau des Reformationsfensters für die Religionsausübung der Beklagten (zwingend) erforderlich ist. Auch ohne den Einbau des Fensters könnte die Beklagte im Innenraum der Marktkirche ihre Religion wie bereits in den vergangenen Jahrzehnten ungehindert und im Einklang mit ihren Glaubensgrundsätzen ausüben. Dies ändert aber an einem bestehenden religiösen/liturgischen Interesse nichts (s.o.). Bedeutung kann dieser Umstand nur insoweit erlangen, als dass zwingende religiöse Erfordernisse in

der Abwägung stärkeres Gewicht haben. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundegerichtshofes „St Gottfried“ (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 35 - 36, juris) ableiten. Dort sollte umgebaut werden, um die Liturgiereform des Zweiten Vatikanischen Konzils räumlich umzusetzen. Ziel sei gewesen, die Liturgiereform auf eine verstärkte Einbeziehung der Kirchenbesucher in das gottesdienstliche Geschehen auszurichten, insbesondere durch Beseitigung baulicher Trennungen zwischen Gottesdienstbesuchern und Altarraum (a.a.O., Rn. 35). Dabei handelte es sich jedoch ebensowenig wie im vorliegenden Fall um ein zwingendes Erfordernis für die Religionsausübung und die Feier des Gottesdienstes. So wird man annehmen dürfen, dass beides auch im Falle St. Gottfried vor dem Umbau bzw. ohne den Umbau ebenso möglich gewesen wäre. Tatsächlich lässt sich aus der Entscheidung ersehen, dass auch nicht zwingende Vorgaben, die lediglich wünschenswert zur Verbesserung der Religionsausübung sind, geschützt sind und die Belange des Urhebers im Einzelfall überwiegen können (a. a. O. Rn. 36, Hervorhebungen durch die Kammer):

„[...] durfte das Berufungsgericht die von der Beklagten für den Umbau vorgebrachten Gründe nicht als gegenüber dem Erhaltungsinteresse des Urhebers unbeachtliche Gesichtspunkte der Ästhetik und des Geschmacks werten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es der Beklagten nicht verwehrt, sich auf das Zweite Vatikanische Konzil zu berufen, weil dessen Liturgiekonstitution keine bindenden Regeln für bauliche Veränderungen und die Aufstellung des Altars festlegt, sondern nur allgemein eine tätige Teilnahme aller Gläubigen an den liturgischen Feiern für erwünscht erklärt. Darauf kommt es nicht an. Maßgeblich ist, dass die Umgestaltung nach der Glaubensüberzeugung der Beklagten der Verwirklichung des Zieles der Liturgiereform diene, die Kirchenbesucher stärker in den Gottesdienst einzubeziehen. Die Beklagte ist, anders als das Berufungsgericht meint, auch nicht deshalb gehindert, sich

auf die Liturgiereform zu berufen, weil sie die Kirche erst nahezu 40 Jahre nach Beendigung des Zweiten Vatikanischen Konzils umgebaut hat. Die Beklagte hat dargelegt, dass das Konzil auf langfristige Wirkung angelegt war und die Diskussion um die Interpretation und die Konsequenzen der Liturgiereform des Konzils auch 40 Jahre nach dessen Abschluss nichts an Bedeutung verloren hatte“

Ein strenge Liturgiebezogenheit kann zudem deshalb nicht verlangt werden, weil eine solche nicht für jeden Glauben relevant ist. Anders als in der katholischen Kirche kennt der Protestantismus nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten keine strenge Liturgiebezogenheit. Vielmehr stehe der einzelne und seine direkte Beziehung zu Gott im Vordergrund, ohne dass es einer Vermittlung durch Priester bedürfe (Bl. 74 d. A.). Diese Abweichungen in der Formenstrenge und in der Unmittelbarkeit im Verhältnis zwischen Gott und dem Menschen als wesentliche Unterschiede zwischen Katholizismus und Protestantismus sind allgemein- und jedenfalls gerichtsbekannt und können entsprechend allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden. Entsprechend müssen die Motive der Beklagten nicht liturgische Gründe im engen Wortverständnis sein, sondern es genügen theologische/religiöse Gründe. Diese sind von der Beklagten auch erkennbar gemeint.

(b) Ein religiöses Interesse kann nicht deshalb verneint werden, weil die Beklagte das Fenster auch als „Hingucker“ gewählt haben mag, dass Besucher in die Marktkirche locken sollte, welche schlicht das neue Fenster betrachten möchten. Dass religiöse Bauten und Kunstwerke „Touristenmagnete“ darstellen und auch darstellen sollen, ist diesen schon immer eigen gewesen. Die Beklagte verweist insoweit auf den Kölner Dom, könnte aber genauso gut auf den Petersdom in Rom oder andere sakrale Prachtbauten verweisen. Es besteht auch insoweit eine anzuerkennende theologische Motivation. Der Kläger zitiert insoweit selbst aus der Präambel der Verfassung der evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannover vom 01.04.1965, wonach es Pflicht

der Beklagten sei, das Evangelium zu verkünden und Grundlage der Verkündung in der Landeskirche das Wort Gottes sei, wie es in den heiligen Schriften und in den Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche bezeugt ist. Diese Verkündung richtet sich nicht nur an Mitglieder, sondern alle Menschen und ist auch darauf gerichtet, gerade neue Mitglieder zu gewinnen.

Zur Erreichung dieses Ziels sind monumentale Kunstwerke wie das Reformationsfenster ein geeignetes und anerkanntes Mittel. Hierdurch kann die Beklagte Aufmerksamkeit weiterer Kreise der Gesellschaft auf sich ziehen und Menschen dazu bewegen, in die Kirche einzutreten und das Gespräch über das zweifelslos ungewöhnliche und bemerkenswerte Fenster zu suchen. Dies gibt der Beklagten eine einfache Möglichkeit, das Luthermotiv zu erklären und auf seine von der Beklagten zu verkündende Bekenntnisschrift hinzuweisen.

(c) Die Kammer ist auch überzeugt, dass die vorgenannten theologischen/religiösen Aspekte für den Einbau des Reformationsfensters ursächlich sind.

Auch wenn es den Gerichten verwehrt ist, schlüssig vorgetragene religiöse Handlungsmotive in Frage zu stellen, kann überprüft werden, ob diese für den Betroffenen tatsächlich handlungsleitend sind.

Verfassungsrechtlich unzulässig ist lediglich eine inhaltliche „Glaubensprüfung“ sowie eine Bewertung des Glaubens des Einzelnen oder der Lehre der Kirche (BVerfG, Beschluss vom 03. April 2020 – 2 BvR 1838/15 –, Rn. 31, juris mit Verweis auf BVerfGE 33, 23 (29); 108, 282 (300); 137, 273 (305); 138, 296 (329), Rn. 86, 339; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2020 - 2 BvR 1333/17 -, Rn. 88). Weder dürfen die Inhalte von Glaubenssätzen bewertet werden, noch dürfen die Gerichte ihre eigene Wertung zu Inhalt und Bedeutung eines Glaubenssatzes an die Stelle derjenigen des Einzelnen oder der Kirche oder Glaubensgemeinschaft setzen oder eigene Standpunkte in Sachen des Glaubens formulieren (BVerfG, Beschluss vom 03. April 2020 – 2 BvR

1838/15 –, Rn. 31, juris mit Verweis auf BVerfGE 137, 273 (305 f.)). Die Gerichte dürfen hingegen der Stellung des Betroffenen zu seinem Glauben nachgehen, nämlich der Intensität und Bedeutung der von ihm selbst empfundenen Verbindlichkeit von Glaubensgeboten für die eigene religiöse Identität (BVerfG, Beschluss vom 03. April 2020 – 2 BvR 1838/15 –, Rn. 31, juris) sowie dem Vorliegen dieser Umstände in der konkreten Entscheidungssituation (so etwa im Fall der Kriegsdienstverweigerung: BVerfG, Urteil vom 24. April 1985 – 2 BvF 2/83 –, BVerfGE 69, 1-92, Rn. 69 ff. - juris).

Insoweit dürfen die Gerichte prüfen, ob religiöse Gründe lediglich vorgeschoben sind. Letzteres erscheint vorliegend allerdings schon deshalb fernliegend, weil das Fenster ein für den Glauben der Beklagten zentrales Motiv andeuten soll, nämlich das Ringen ihres Religionsstifters mit dem Teufel. Diesem kernreligiösen Motiv eine religiöse Bedeutung abzusprechen, kann nicht überzeugen. Der Einbau eines religiösen Motivfensters in einen Kirchenraum ist offensichtlich Ausdruck des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes und der Religionsfreiheit. Dass dies vorliegend anders ist, vermag die Kammer nicht festzustellen. Die Plausibilität der Angaben der Beklagten wird durch die äußeren Umstände bestätigt. Wie bereits dargelegt, ist eine Kirche ein Ort der Religionsausübung der üblicherweise mit der Religionsausübung dienenden Gegenständen versehen und mit religiösen Darstellungen „geschmückt“ wird (s.o.). Warum eine religiöse Darstellung in einem der Religionsausübung dienenden Raum keinen religiösen Bezug haben oder dieser nur vorgeschoben sein soll, erschließt sich hiernach nicht. Dies gilt umso mehr, als das Erscheinungsbild von Kirchen üblicherweise von bunten Kirchenfenstern bestimmt ist, denen niemand eine religiöse Motivation absprechen würde. Der Kläger will nun behaupten, dass dieses „religiöse Ergebnis“ nur zufällig als Folge einer ganz anderen weltlichen, allenfalls ästhetischen Motivation der Beklagten sei. Dies überzeugt nicht.

Tatsächlich passt das vorgesehene Reformationsfenster zu der von der Beklagten behaupteten Motivation. Wie bereits ausgeführt, solle das Fenster anlässlich des Reformationsjubiläums eingebaut werden. Es solle die Erinnerung an die Reformation lebendig halten, Einzug in die kirchlichen Predigten finden und Ausdruck theologischen Gedenkens sein (s.o.). Das Reformationsfenster zeigt unstreitig eine symbolisierte Lutherfigur, dessen Wirken als Ausgangspunkt und Beginn der Reformation angesehen wird. Das Fenster zeigt also genau das, was die Beklagte als Motivation behauptet.

Die von der Beklagten vorgetragene religiöse Motivation wird nicht nur durch das entsprechende Motiv des Reformationsfensters bestätigt, sondern fügt sich auch in den zeitlichen Ablauf des Reformationsjubiläums ein. Dabei ist sogar unstreitig, dass das Reformationsjubiläum, Anlass und Anstoß für die Schenkung des Altbundeskanzlers als Stifter war. Dass der Anstoß insoweit von außen (von dem Stifter) kam, steht dem in keiner Weise entgegen. Religiöses Handeln kann ebenso aus äußeren wie von inneren Umständen angestoßen werden. Es mag sein, dass ein religiöses Interesse noch schutzbedürftiger ist, wenn eine Entscheidung aus dem Ringen mit dem Glauben oder zumindest aus der Mitte der Gemeinde im Sinne einer geistigen Auseinandersetzung hervorgegangen ist. Dies ist aber für ein religiöses Handlungsmotiv nicht erforderlich. Maßgeblich ist, ob die handlungsleitenden Motive bei den Vertretern der Beklagten, d. h. bei dem Kirchenvorstand, vorlagen. Dass diese zusätzlich die Gemeindeglieder in den Prozess der Meinungsbildung einbinden, ist nicht notwendig. Für die Beurteilung, ob und inwieweit im vorliegenden Fall liturgische Gründe für eine Umgestaltung des Kircheninnenraums bestehen, kommt es auf das Selbstverständnis der Leitungsorgane der Beklagten an (BGH, Urteil vom 19. März 2008 - I ZR 166/05 -, St. Gottfried, Rn. 34, juris mit Verweis auf Ehlers, in: Sachs, GG, 4. Aufl., Art. 140, 137 WRV Rdnr. 6; LG Berlin Ur. v. 14.7.2020 – 15 O 389/18, GRUR-

RS 2020, 17733 Rn. 28, beck-online). Im Übrigen hat die Beklagte jedenfalls in Form einer späteren öffentlichen Diskussion mit Professor Lüpertz in der Kirche auch ihre Mitglieder eingebunden.

Für eine religiöse Motivation spricht auch das von der Beklagten als Anlage B 13 vorgelegte Diskussionspapier(s.o.). Wieso die Datierung aus dem Jahr 2017 die Ausführungen aus der Anlage B13 infrage stellen soll (so der Einwand des Klägers), erklärt sich nicht. Dabei ist zunächst anzumerken, dass dieses Papier nicht unbedingt kausal für das spätere Vorgehen sein muss, was allenfalls hinsichtlich des Protokolls vom 09.01.2017 (Anlage K8) bezweifelt werden kann, weniger hingegen im Hinblick auf die Protokolle vom 14.02.2018 (Anlage K9) und den Beschluss vom 20.03.2019 (Anlage K1). Vielmehr soll die Anlage nur die maßgeblichen Ideen der Beklagtenseite darlegen, die zwar wie der Kläger zu Recht anführt, zum Teil sehr allgemein gehalten sind, dennoch aber unzweifelhaft originäre Glaubensaspekte darstellen, wie oben bereits dargestellt worden ist. Vor diesem Hintergrund kann sich der Kläger nicht darauf berufen, schlicht zu bestreiten, dass die in den Anlagen zum Ausdruck kommenden religiösen Gesichtspunkte ursächliche Motivation der Beklagten waren. Dies wird insbesondere nicht allein deshalb unglaubwürdig, weil die Beklagte nicht in jedem von ihr verfassten Schriftstück zum Reformationsfenster explizit, lückenlos und chronologisch korrekt nochmals alle religiösen Aspekte ausführt und beschreibt. Ein solches Vorgehen erscheint nicht veranlasst und entspricht auch nicht der Lebenswirklichkeit. Das Handeln in der Funktion des Kirchenvorstandes hat bereits an sich einen religiösen Bezug, so dass nicht zu erwarten ist, dass ein solcher objektiv bzw. auch subjektiv selbstverständlicher Bezug noch speziell in den Protokollen festgehalten wird. Entscheidend ist vielmehr, dass es Schriftstücke gibt, die solche religiösen/liturgischen Aspekte im Zusammenhang mit dem Reformationsfenster benennen. Neben der Anlage B 13 finden sich solche Motive zudem in dem

von dem Kläger als Anlage K 9 vorgelegten Protokoll der Kirchenvorstandssitzung vom 14.02.2018. Danach wurde über inhaltliche Aspekte wie die Erkennbarkeit von Luther, die Fliegen und den Bezug zu der Anekdote mit dem Tintenfass, das Luther auf der Wartburg an die Wand geworfen haben soll, gesprochen.

Im Übrigen weist der Kläger den Protokollen und sonstigen Schriftstücken der Beklagten eine zu weitreichende Bedeutung zu, wenn er meint, dass diese belegen würden, dass religiöse/theologische Motive für das Fenster keine Rolle spielten, nur weil diese dort nicht ausdrücklich erwähnt würden. Davon abgesehen, dass aus der fehlenden schriftlichen Erwähnung nicht geschlossen werden kann, dass diese Aspekte tatsächlich nicht vorgelegen haben, erscheint es lebensfremd, dass die Beklagte in allen ihren Schreiben sämtliche theologischen Motive ausführlich darlegt. Insoweit muss der Zweck der Schriftstücke berücksichtigt werden, die nicht zum späteren Beweis im Zivilprozess erstellt wurden, sondern ganz anderen Zwecken dienten, wie die Protokolle der Vorstandssitzungen oder die Informationsbroschüre. Hiermit übereinstimmend hat auch die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass das Diskussionspapier, Anlage B 13, nur eine Gesamtreflexion der geführten Gespräche gewesen sei, in Zusammenhang mit dem Reformationsfest. Es sei nicht der gesamte Dialog, insbesondere nicht mit Professor Lüpertz, schriftlich festgehalten worden. Dies ist für die erkennende Kammer ein nachvollziehbares Verhalten. Es kommt nicht zwingend darauf an, dass die theologischen Erwägungen bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorlagen, sondern es ist im Rahmen des Unterlassungsbegehrens auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. In dieser Verhandlung haben die Vertreter der Beklagten die oben (unter (a)) beschriebenen Aspekte als maßgeblich bekräftigt. Ferner ist es auch nicht erforderlich, dass die Mitglieder des Vertretungsorgans der Beklagten alle

diese Aspekte zu jeder Zeit voll durchdrungen haben, insbesondere in einer religionswissenschaftlich fundierten Art und Weise, wie sie etwa von Frau Dr. Bahr dargelegt worden ist. Würde man dies für den Schutz der Religionsfreiheit voraussetzen, würden viele Gläubige aus deren Schutz ausgeschlossen und nur Religionswissenschaftler könnten sich vollumfänglich auf die Glaubensfreiheit berufen. Eine solche Sichtweise ist gerade auf dem Gebiet des persönlichen Glaubens verfehlt. Vielmehr genügt es, dass die handelnden Personen zumindest das Bewusstsein hatten, dass das Fenster den Zwecken der Marktkirchengemeinde, insbesondere der Ausübung und der Vermittlung des reformierten Glaubens, förderlich sei. Hieran hat die Kammer keine Zweifel. Dass sie sich den genauen Einzelheiten und Grundlagen gegebenenfalls erst im Nachhinein bei näherer Befassung bewusst geworden sind, schadet nicht. Dass die Vertreter der Beklagten bei der Entscheidung über die Einbringung eines religiösen Motives in den Baukörper ihres Gotteshauses allein ästhetische oder sonstige weltliche Motive (ohne religiösen Bezug) hatten, ist nach ihrer Stellung als Sachwalter ihre Glaubensgemeinschaft und dem Gegenstand der Entscheidung fernliegend. Das Fenster ist vielmehr Ausdruck eines religiösen Bekenntnisses. Unter Berücksichtigung der obigen Feststellungen folgt aus den in der Replik des Klägers wiedergegebenen Äußerungen nicht, dass religiöse Aspekte für den Einbau des Fensters keine Rolle gespielt haben. Die Ausführungen des Stadtsuperintendenten Heinemann (Anlage B 13), dass „die Marktkirche als zentraler Gottesdienst-, Konzert- und Kulturort der Stadt und als Wahrzeichen Hannovers“ zu begreifen sei, belegt keine touristische Motivation.

Davon abgesehen, dass die Beklagte ihre Kirche nicht touristisch vermarktet, insbesondere um Einnahmen zu erzielen, wird durch diese Äußerungen sehr wohl ein religiöser Bezug im oben genannten Sinne erzeugt. Das Ansprechen weiterer Bevölkerungskreise, einschließlich Touristen ist vielmehr ein Teil der

Vermittlung und „Werbung“ für die Religion (siehe oben unter (b)) und als solches geschützt. Zudem wurde oben ausführlich dargelegt, dass und warum allgemeine gesellschaftliche Aspekte wie Kunst und Kultur für die Glaubensentfaltung der Beklagten von wesentlicher Bedeutung sind (siehe oben unter (a)). Dass die Kirche ein zentraler Gottesdienstort ist, ist zudem offensichtlich eine religiöse Frage, die mit der touristischen Attraktivität nichts zu tun hat. Entsprechendes gilt für die Aussage des Vorsitzenden der Beklagten in der HAZ von 23.04.2018: „Das wird ein Hingucker in der Marktkirche“. Davon abgesehen, dass es sich um eine richtige Behauptung handelt, und im Übrigen auch gar nicht erforderlich ist, dass jede Äußerung der Beklagten stets religiösen Bezug haben muss, um den Einbau des Reformationsfensters zu rechtfertigen, besteht ein anerkanntes religiöses Interesse für solche „Hingucker“, wie bereits ausgeführt wurde (s.o. unter (b)). Die schriftsätzlichen Ausführungen der Beklagten, dass das Fenster zum Nachdenken über den christlichen Glauben bewegen und die Kirche zu einem Ort machen soll und an dem sich die Menschen Fragen des Christentums stellen, mit dem Gedenken der Reformation auseinandersetzen, belegen ebenfalls die religiöse Motivation. Anders als der Kläger in seiner Replik meint, wird damit nicht behauptet, dass die Kirche nicht bereits jetzt ein solcher Ort sei, sondern es geht um eine weitere Förderung dieser Zweckbestimmung.

Es gelingt dem Kläger auch nicht, Widersprüche in den Angaben der Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung aufzuzeigen. Auch wenn diese bei der Präsentation des Kunstwerkes „Der Abendsegler“ diesen „ausdrücklich als schlicht und damit sehr gut in den Innenraum passen[d]“ beschrieben hätten, steht dies nicht im Widerspruch dazu, dass ihnen die schlichte jetzige Verglasung als Mangel bzw. Notverglasung erscheinen würde, wie sie in der mündlichen Verhandlung bekundet haben. Diese Argumentation dringt bereits logisch nicht durch, weil die Bezeichnung des Innenraums als schlicht kein

Werturteil enthält, ob diese Schlichtheit als positiv oder negativ empfunden wird. Noch weniger lässt sich hieraus etwas über die Auffassungen der Vertreter der Beklagten zu den Fenstern entnehmen. Hierüber wird durch die vom Kläger behauptete Aussage im Zusammenhang mit dem „Abendsegler“ nichts mitgeteilt.

Die Kammer hat auch keinerlei Anhalt an den überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen der stellvertretenden Vorsitzenden der Beklagten in ihrer persönlichen Anhörung in der mündlichen Verhandlung zu zweifeln. Widersprüche zu vorgerichtlichen Äußerungen vermag die Kammer nach den obigen Ausführungen nicht zu erkennen. Auch die Annahme des Klägers, diese habe ebenso wie der Vorsitzende der Beklagten zu Beginn ihrer Aussage ungefragt darauf hingewiesen, dass es sich bei den Fenstern aus ihrer Sicht um eine „Notverglasung“ handele, berührt weder die Glaubhaftigkeit der Angaben noch die Glaubwürdigkeit der Person.

Diese Angaben waren für die Beklagtenvertreter offenbar von großer Bedeutung und trafen auch das unmittelbare Beweisthema, so dass verständlich ist, dass diese zunächst vorgebracht werden sollten. Sie waren auch nicht isoliert, sondern in den Kontext der Gesamtaussage eingebettet. Im Übrigen hat die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten keineswegs nur die für sie günstigen Umstände referiert, sondern umfassende Angaben gemacht. So hat sie in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass sie von einer Veränderung der Lichtwirkung durch das Fenster ausginge und den Einbau als „Wagnis“ bezeichnet. Es ging ihr somit nicht um eine einseitige Anpreisung des Projektes der Beklagten, sondern sie hat auch – ungefragt – etwaige Nachteile bekundet. Die Beklagte hat auch nachvollziehbar darlegen können, wieso sie einen lediglich als eine Art „Notverglasung“ empfundenen Zustand über Jahrzehnte beibehalten hat. So hat Frau Dr. Bahr dargelegt, dass hierfür verschiedene Aspekte eine Rolle gespielt hätten. Die Beibehaltung solcher schlichten Verglasungen rühre zum Teil auch

aus der bewussten Entscheidung, auf die Zerstörung des Krieges hinzuweisen. Neben einer bloßen Gewohnheit als weiteres Motiv, sei es schwer gewesen, entsprechende Künstler zu finden. Diese hätten sich erst wieder in den letzten 15 Jahren für solche Projekte finden lassen. Insoweit habe es in Europa eine Renaissance der bunten Kirchenfenstergestaltung gegeben. Diese Ausführungen hat sich die Beklagte ebenso wie die weiteren Angaben von Frau Dr. Bahr zu eigen gemacht. Frau Dr. Bahr auch darauf hingewiesen, dass auch finanzielle Mittel eine Rolle spielten. Dies hat der Vorsitzende der Beklagten in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt. Danach habe trotz dem durchaus bestehenden Wunsch nach Veränderung, immer überlegt werden müssen, wofür die finanziellen Mittel eingesetzt werden sollten. Letztlich seien anderweitige Verwendungen, insbesondere zur Förderung der Kirchenmusik, als vorrangig angesehen worden. Für die Richtigkeit der Angaben der stellvertretenden Vorsitzenden der Beklagten sprechen auch die objektiven Umstände. Es ist zutreffend, dass die Marktkirche durch die nur schwache farblich akzentuierte Gestaltung der Fenster in den Seitenschiffen relativ bilderarm ist. Wenn die stellvertretende Vorsitzende dazu ausführt, dass sie von Anfang an die ursprünglichen gotischen Fenster vermisst habe, erscheint dies schlüssig. Selbst Professor Oesterlen hat nach dem unstreitigen Parteivortrag bei der Gestaltung der Kirche beklagt, dass die ursprünglichen Motivfenster nicht mehr vorhanden gewesen seien (Vortrag Oesterlens, Anlage B7). Der Umstand, dass viele Kirchen mit großflächigen bunten Motivfenstern ausgeschmückt sind, führt nach der Lebenserfahrung auch dazu, dass der Betrachter, der diese Ausschmückung kennt, diese in der Marktkirche vermisst. Dies entspricht auch dem persönlichen Eindruck der Kammer, den diese im Ortstermin gewonnen hat, wonach es einer gewissen „Gewöhnung“ bedarf, sich mit der Schmucklosigkeit der Kirche „abzufinden“, um sie dann in ihrer andersartigen Gestaltung von großer Schlichtheit würdigen zu können. Letztlich gelingt es dem Kläger nicht,

nachvollziehbar darzulegen, was – wenn nicht eine religiöse Motivation – Grund für den Einbau des Reformationsfensters sein soll. Angesichts der bis hierhin dargelegten, sich aufdrängenden objektiven Umstände, die für eine religiöse Motivation sprechen, müsste der Kläger für einen schlüssigen Vortrag zumindest ansatzweise, darlegen, welche anderen Motive die Beklagte gehabt haben soll. Hierzu führt der Kläger wiederholt aus, das Motiv sei lediglich die Ermöglichung einer Schenkung. Dies überzeugt schon nicht, weil der Erhalt einer Schenkung nicht ausschließt, dass damit zugleich die oben erläuterten religiösen Motive verwirklicht werden sollen. Im Übrigen lässt sich dieser Vortrag des Klägers weder mit der Lebenserfahrung noch mit den objektiven Umständen in Einklang bringen. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen im nachgelassenen Schriftsatz vom 20.11.2020, wonach es dem Kirchenvorstand unbenommen bleiben soll, in Anbetracht der politischen Lebensleistung von Herrn Altkanzler [...], einer von [... ihm ...] beabsichtigten Schenkung zur Realisierung verhelfen zu wollen. Dies stellt die tatsächlichen Verhältnisse auf den Kopf, wenn die Stiftung des Kirchenfensters nicht der Beklagten als Beschenkten dienen soll, sondern umgekehrt einen Gefallen des Beschenkten an den Schenker darstellen soll. Es ist nicht nachvollziehbar, welchen Grund die Beklagte haben sollte, dem Altkanzler in solcher Weise gefällig zu sein. Die bloße pauschale Erwähnung der „politischen Lebensleistung“ und Ehrenbürgerschaft des Altbundeskanzlers taugt zur Erklärung jedenfalls nicht. Im Übrigen hat die Kirche zu allen Zeiten Geschenke entgegengenommen und von Stiftungen, Erbschaften, Spenden profitiert, um die sie auch heute noch wirbt. Dies stellt ein religiöses Interesse in keiner Weise in Frage. Vielmehr gehört es zum Wirken der Kirchen Mittel einzuwerben, um ihren Glauben damit ausleben zu können. Auch das Reformationsfenster, das dem Glauben noch viel unmittelbarer dient, als beispielsweise eine Geldspende, dient nicht der Bereicherung einzelner Personen, sondern kommt der

Gemeinde als Religionsausübungsgemeinschaft zugute.

(d) Entgegen der Ansicht des Klägers werden die Interessen der Beklagten nicht durch Äußerungen des Künstlers oder dessen Ansichten berührt. Hinsichtlich der Äußerungen des Künstlers kann zunächst auf die obigen Ausführungen (unter ff)) Bezug genommen werden. Die Auffassungen und Meinungen des Künstlers sind zudem von denen der Beklagten selbst zu trennen. Es ist nicht erforderlich, dass der Künstler selbst religiöse Motive verfolgt oder religiös ist. In dem Reformationsfenster selbst kommen keine abträglichen Eindrücke, die in der Person des Künstlers wurzeln würden, zur Geltung. Solche sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Im Übrigen handelt es sich um einen anerkannten Künstler, dessen Person und Wirken nicht geeignet ist, die Parteien oder das Gebäude der Marktkirche in irgendeiner Form in Verruf zu bringen.

(e) Zugunsten der Beklagten ist auch die Bedeutung der Marktkirche als zentrales Gotteshaus bzw. „zentrale Bischofs- und Citykirche“ zu berücksichtigen. Hierzu hat die stellvertretende Vorsitzende der Beklagten in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass die Marktkirche in Hannover eine wesentliche Stellung einnehme und keine Kirche unter vielen sei. Es handele sich um die Predigt-Kirche des Landesbischofs, der dort an hohen Festtagen insbesondere auch selbst predige.

Dass die Marktkirche Hannover eine besondere Stellung innehat, lässt sich auch dem Zeitungsartikel der Frankfurter Allgemeinen Zeitung entnehmen, den der Kläger als Anlage K 11 eingereicht hat. Dieser bezeichnet Hannover im Zusammenhang mit der Marktkirche als „evangelisches Rom“ oder „Welthauptstadt des Protestantismus“. Die herausgehobene Stellung der Marktkirche in Hannover für Glaubensgemeinschaft der Beklagten schafft ein besonderes Interesse, dass sie gerade dort ihre Glaubensvorstellungen entsprechend nach außen tragen kann.

(f) Zutreffend ist hingegen der Hinweis des Klägers, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nichtschrankenlos gewährleistet ist. Es unterliegt insbesondere dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze, wozu auch das Urheberrecht gehört, dem nach Art. 14 GG gleichfalls Verfassungsrang zukommt (BGH, Urteil vom 19. März 2008 – I ZR 166/05 –, Rn. 37, juris mit Verweis auf BVerfGE 31, 229, 238 ff.; 49, 382, 392). Insoweit besteht eine Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Schranken-zweck, der durch eine Abwägung der entsprechenden Güter Rechnung zu tragen ist. Dabei ist dem Selbstverständnis der Kirchen, soweit es - wie im Streitfall - in dem Bereich der durch Art. 4 Abs. 1 GG als unverletzlich gewährleisteten Glaubens- und Bekenntnis-freiheit wurzelt und sich in der durch Art. 4 Abs. 2 GG geschützten Religionsausübung verwirklicht, ein besonderes Gewicht zuzumessen (BGH a. a. O. mit Verweis auf BVerfGE 53, 366, 400 f.; 70, 138, 167; 83, 341, 356).

bb) Losgelöst von der Frage der religiösen Motivation besteht objektiv gesehen zugleich ein weltliches Interesse der Beklagten, ein wertvolles Kunstwerk ohne Gegenleistung zu erhalten. Es handelt sich um eine Gelegenheit, ihr Gotteshaus ohne eigene finanzielle Belastungen aufzuwerten, die sich allenfalls sehr selten bieten wird. Auch wenn diesem Interesse in der Abwägung kein ausschlaggebendes Gewicht zukommen mag, ist es zu Überzeugung der Kammer zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen. Dies unterscheidet sich freilich von dem üblichen und in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fall, der Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen des Bauherrn bei Errichtung und Umbau (dazu Wandtke/Bullinger/Bullinger, 5. Aufl. 2019, UrhG § 14, Rn. 35) etwa dem Interesse eines Schulträgers an einer möglichst billigen und kostensparenden Erweiterung eines Schulbaus zulasten der Interessen des Urhebers (BGH, Urteil vom 31. Mai 1974 – I ZR 10/73 –, BGHZ 62, 331-340, Rn. 36). Diese Fälle zeigen aber, dass die Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen des Werkeigentümers möglich ist, wobei dieser Schutz nicht so weit

geht, dass auch das Interesse, gespartes Geld für andere wichtige Belange einsetzen zu können, geschützt wird, weil diese Belange sich vom Urheberschutz zu sehr entfernen (BGH a.a.O.).

c) Für die Abwägung war hingegen nicht zu berücksichtigen, dass das Interesse der Beklagten möglicherweise auch bei einem geringeren Eingriff in das Erhaltungsinteresse des Klägers zu verwirklichen wäre. Hat sich der Eigentümer für eine bestimmte Planung entschlossen, so geht es im Rahmen der Interessenabwägung nur noch darum, ob dem betroffenen Urheber die geplanten konkreten Änderungen des von ihm geschaffenen Bauwerks zuzumuten sind. Ob daneben noch andere, den Urheber gegebenenfalls weniger beeinträchtigende Lösungen denkbar sind, ist hierfür nicht von entscheidender Bedeutung (BGH, Beschluss vom 09. November 2011 – I ZR 216/10 –, Rn. 6, juris; BGH, Urteil vom 31. Mai 1974 – I ZR 10/73 –, BGHZ 62, 331-340, Rn. 36). Schonendere Möglichkeiten ergeben sich auch nicht aus dem Parteivortrag.

d) Die Gesamtabwägung der vorstehenden Interessen der Parteien führt zur Überzeugung der Kammer zu einem Überwiegen der Interessen der Beklagten.

Dabei war zu berücksichtigen, dass auf Seiten des Klägers ein erhebliches Interesse am unveränderten Erhalt des Werkes besteht. Zwar ist die Schöpfungshöhe nicht herausragend, weil ausschließlich bekannte Stilmittel verwendet wurden, wie sie im Kirchenbauschaffen üblich sind; sie ist allerdings wenigstens durchschnittlich, weil die dadurch erzielte Gesamtwirkung eine durchaus originelle Besonderheit darstellt. Zugunsten des Klägers ist dabei zu berücksichtigen, dass der Eingriff eine erhebliche Intensität hat, weil der Gesamteindruck durch das Reformationsfenster deutlich verändert wird und sich das Fenster allenfalls bedingt einfügt. Zudem handelt es sich um ein besonders wichtiges Werk im Schaffen Oesterlens. Zwar mag eine gewisse Verminderung des Schutzinteresses durch Zeitablauf eingetreten sein, diese ist jedoch

nicht erheblich, zumal die Person Oesterlens und sein Kunstschaffen bis heute regelmäßig Gegenstand aktueller regionaler Berichterstattung sind. Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass die Marktkirche von Oesterlen nicht als Werk der reinen Kunst, sondern der Gebrauchskunst geschaffen worden ist. Es war von Anfang an klar, dass die Beklagte darin ihren Glauben nach ihren Vorstellungen ausleben soll. So war das anerkanntswerte Interesse der Beklagten, eine Zentralgestalt ihres Bekenntnisses in einer ihrer zentralen und besonders wichtigen (Bischofs-)Kirche durch ein Motivfenster sichtbar zu machen, schon bei Erschaffung des Werkes in Rechnung zu stellen. Hinzu kommt, dass insbesondere geänderte Glaubensvorstellungen auch die Veränderung der inneren Gestaltung der Kirche erforderlich machen können, was der Urheber ebenfalls von Anfang an hinnehmen musste. Dieser Umstand ist letztendlich auch im vorliegenden Fall zum Tragen gekommen, angestoßen durch das 500-jährige Reformationsjubiläum und das geänderte Lutherbild gegenüber dem beginnenden 20. Jahrhundert. Die Beklagte hat dabei ein enormes Interesse sich zeitgemäß zu präsentieren, nicht nur durch die Form der zeitgenössischen Kunst, sondern auch inhaltlich, indem sie das belehrende und heroische Lutherbild durch ein differenzierteres und kritischeres ersetzt, das auch Zweifel, Brüche und Fehler erkennen lässt. Solche Veränderungen auch durch optische Gestaltung des Kircheninnenraums zum Ausdruck zu bringen, stellt ein wesentliches und schutzwürdiges Interesse der Beklagten dar.

Dabei besteht bereits ein generelles Interesse der Beklagten, ihre Kirche, wie es von alters her üblich ist, auch mit bunten Motivfenstern auszuschnücken. Dieses Interesse geht dabei über das normale Interesse eines Eigentümers hinaus, welches im vorliegenden Fall nochmals einen gesteigerten Schutz durch das verfassungsrechtlich garantierte kirchliche Selbstbestimmungsrecht erfährt. Vielmehr ist der Einbau des Reformationsfensters auch als Ausdruck der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit nach Art. 4 GG zu sehen. Das Verbot des

Einbaus des Reformationsfensters würde die Beklagte in wesentlichen Punkten an der Ausübung und Vermittlung ihrer Religion hindern. Dies ist durch die vorgenannten Belange des Klägers im Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Das Reformationsfenster bietet eine besondere Möglichkeit für die Beklagte, die Menschen anzusprechen und dadurch die Verbreitung ihres Glaubens zu erleichtern. Die Beklagte hat ein elementares Interesse daran, die Menschen mit allen Sinnen anzusprechen, nicht nur durch das gepredigte Wort und die kirchliche Musik, sondern auch durch bildliche Darstellungen. Hierzu kann sie in der Marktkirche lediglich auf kleinere und vereinzelte bildliche Fensterdarstellungen zurückgreifen. Die wesentlichen Fensterflächen, in denen (gotische) Kirchen normalerweise großflächig bildliche Darstellungen zeigen, sind in der Marktkirche gerade frei. Der Kläger muss es hinnehmen, dass die Beklagte eine dieser Flächen für bildliche Darstellungen nutzt, um ihr religiöses Gedankengut auszuleben, zu bekennen, zu verbreiten und zu bekräftigen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Werk Oesterlens im Übrigen erhalten bleibt. Die charakteristische Gestaltung der „Einfachheit“ und „Geschlossenheit“ bleibt insoweit - trotz der erheblichen Durchbrechung - erkennbar, insbesondere durch die weiterhin vorhandene alles umschließende und einfassende Backsteingestaltung. Das ursprüngliche Konzept der nur sehr schwach farbigen Fenster bleibt ebenfalls (bei neun von zehn Fenstern in den Seitenschiffen) erhalten. Das ursprüngliche Werk wird auch weder verunstaltet noch dessen Urheber verunglimpft. Auch wenn die Beklagte auf die Änderung der Verglasung nicht zwingend angewiesen ist, um ihren Glauben auszuleben, handelt es sich um einen wichtigen religiösen Akt zur Ausübung und Vermittlung ihres Glaubens.

III. Ein Eingriff durch eine Entstellung des Werkes im Sinne des § 14 UrhG kommt nach den obigen Ausführungen nicht in Betracht, wobei schon eine Entstellung nicht vorliegt, jedenfalls aber im Rahmen einer durchzuführenden Abwägung hierauf kein Unterlassungs-

anspruch gestützt werden könnte. Insoweit kann auf die obige Abwägung verwiesen werden.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

V. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

**United States District Court - 20cv4370 (DLC)****Versteigerungsauftrag**

Hier hatte das Gericht darüber zu befinden, ob die Weigerung eines Auktionshauses ein Bild aus einer Mehrzahl von eingelieferten Bildern zu versteigern, einen Anspruch auf den vereinbarten Limitpreis nach sich zieht oder das Auktionshaus gehalten ist das Bild entsprechend des Auktionsauftrages zu versteigern.

Luke Nikas

Maaren Alia Shah

Neil Thomas Phillips

Quinn Emanuel Urquhart &amp; Sullivan LLP

51 Madison Avenue

22nd Floor

New York, NY 10010

**UNITED STATES DISTRICT COURT****SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK**

JN CONTEMPORARY ART LLC,

Plaintiff,

-v-

PHILLIPS AUCTIONEERS LLC,

Defendant.

**OPINION AND ORDER APPEARANCES**

For plaintiff JN Contemporary Art LLC:

Aaron Richard Golub

Nehemiah Glanc

Russell I. Zwerin

Aaron Richard Golub, Esquire PC

35 East 64th Street

Suite 4A

New York, NY 10065

For defendant Phillips Auctioneers LLC:

**DENISE COTE, District Judge:**

In June 2019, plaintiff JN Contemporary Art LLC ("JN") and defendant Phillips Auctioneers LLC ("Phillips") entered into two agreements governing the auctioning of two paintings: one by artist Rudolf Stingel ("Stingel Painting") and another by artist Jean-Michel Basquiat ("Basquiat Painting"). While the Basquiat Painting was sold at a public auction the same day the parties executed those agreements, the Stingel Painting was to be auctioned at an auction then scheduled to occur in New York in May 2020.

After the COVID-19 pandemic swept through New York in the Spring of 2020, Phillips terminated the agreement to auction the Stingel Painting and refused to pay JN the minimum price it was guaranteed in connection with the auction. JN now seeks an order compelling Phillips to auction the Stingel Painting and pay it in accordance with the terms of the parties' agreement. Phillips has moved for dismissal of this action. For the following reasons, the action is dismissed.

**Background**

The following facts are taken from the Second Amended Complaint ("SAC") and documents integral to it or incorporated by reference<sup>1</sup>.

JN buys, sells, and exhibits works of art. Phillips is an art auction house that takes works of

<sup>1</sup> The SAC contains a number of conclusions and legal arguments. Unlike the factual allegations, those portions of the SAC are not afforded the presumption of truth. See *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S.

544, 555 (2007) (citation omitted) ("[O]n a motion to dismiss, courts are not bound to accept as true a legal conclusion couched as a factual allegation.").

art on consignment for public or private auction.

In 2019, JN owned the Stingel Painting and Phillips or its principal owned the Basquiat Painting.

JN agreed to place a bid at a June 2019 auction for the Basquiat Painting and to consign the Stingel Painting to Phillips for auction in New York in May 2020. The agreement was recorded in two June 27, 2019 contracts, which will be referred to as the Basquiat Agreement and the Stingel Agreement.

Broadly, the Basquiat Agreement obligated JN to place a bid on the Basquiat Painting at Phillips' 20th Century & Contemporary Art Evening Sale in London on June 27, 2019. It was executed "[c]onditional upon" JN's execution of the Stingel Agreement and "conditional upon the [Basquiat Painting] being offered for sale with a commitment by Phillips to pay the Seller a Guaranteed Minimum" of GBP £3,000,000. JN agreed to place an "Irrevocable Bid" of GBP £3,000,000 for the Basquiat Painting at the auction. In consideration for JN's irrevocable bid,

Phillips would pay JN a "Financing Fee" of 20% of the purchase amount above GBP £3,000,000, which was referred to as the overage, if JN or an unrelated third party purchased the Basquiat Painting at a price "exceeding GBP [£]3,000,000." At the June 2019 London auction, JN placed its bid and an unrelated third-party bidder purchased the Basquiat Painting at the auction for GBP £3,200,000 plus additional fees. There is no allegation that Phillips has not paid JN the Financing Fee described in the Basquiat Agreement. The Stingel Agreement is identified in its preamble as a Consignment Agreement, with JN listed as the Consignor, the sale date identified as "May 2020," and the Phillips Department listed as "20th Century & Contemporary Art-NY". The Special Terms listed in the preamble are a Guaranteed Minimum of "USD \$5,000,000," subject to the terms of the agreement. The Stingel

Agreement provided that the Stingel Painting "shall be offered for sale in New York in our major spring 2020 evening auction of 20th Century & Contemporary Art currently scheduled for May 2020" ("New York Auction"). JN was not permitted to bid on the painting. If the painting were not sold at the auction, Phillips would announce that "it has been 'passed,' 'withdrawn' 'returned to owner' or 'bought-in.'" "Subject to . . . any applicable withdrawal or termination provision," Phillips guaranteed that JN would receive \$5 million (the "Guaranteed Minimum") from the sale of the Stingel Painting at the New York Auction. The Stingel Agreement provided Phillips with a commission from JN equal to 20% of the amount by which the final bid price at the auction of the Stingel Painting exceeded the Guaranteed Minimum, among other things. Phillips denied that it was making any "representations or warranties to [JN] about the actual price at which [the Stingel Painting] will sell," and JN "agree[ed] not to rely on pre-sale estimates as a prediction or guarantee of the value of a Lot or the price at which it will be sold."

The agreement permitted Phillips to withdraw the painting from the auction "at any time before sale if in our sole judgment after consultation with you . . . just cause exists." In that event, Phillips' "obligation to make payment of the Guaranteed Minimum shall be null and void". JN was not, however, permitted to withdraw the Stingel Painting "from sale after the date of the Agreement for any reason."

The Stingel Agreement references the schedule of the New York Auction in three additional places. If the Stingel Painting was damaged prior to the New York Auction, the Guaranteed Minimum "shall be null and void" and JN could "decide whether to withdraw the [Stingel Painting] or to include [Stingel Painting] in the next appropriate auction after restoration has been completed with mutually agreed revised pre-sale estimates and terms of sale."

The agreement also permitted Phillips to change the auction date “to a later date than May 2020” with JN’s prior written consent. After explaining that the New York Auction at which the Stingel Painting would be offered for sale was currently scheduled for May 2020, it added that Phillips had the sole right in our reasonable discretion, and as we deem appropriate: (i) to select, change or reschedule the place, date and time for the auction but any change to a later date than May 2020 would be subject to [JN’s] prior written consent. Finally, Paragraph 12(a)<sup>2</sup> of the Stingel Agreement set forth a termination provision (the “Termination Provision”). It stated:

In the event that the auction is postponed for circumstances beyond our or your reasonable control, including, without limitation, as a result of natural disaster, fire, flood, general strike, war, armed conflict, terrorist attack or nuclear or chemical contamination, we may terminate this Agreement with immediate effect. In such event, our obligation to make payment of the Guaranteed Minimum shall be null and void and we shall have no other liability to you. (Emphasis supplied.)<sup>3</sup>

The Stingel Agreement contains a choice of law clause. The parties agreed that the agreement would be governed by New York law. Like the Basquiat Agreement, the Stingel Agreement contained an integration clause.

On December 27, 2019, and using the Stingel Painting and another work as collateral, JN obtained a \$5 million loan from Muses Funding I LLC (“Muses”). In connection with that agreement, JN, Phillips, and Muses

executed a Security Amendment to the Stingel Agreement. The Security Amendment granted Muses a first-priority lien on the Stingel Painting. Also under the Security Amendment, Phillips agreed to pay Muses the Guaranteed Minimum and net sale proceeds from the auction of the Stingel Painting. Like the Stingel Agreement, the Security Amendment acknowledged that the Stingel Painting was to be offered for sale “during the 20th Century & Contemporary Art–NY Auction to be held by Phillips in New York in May 2020 (‘Auction’).”

In March 2020, as the ferocity of the COVID-19 pandemic became more apparent in New York, Governor Andrew Cuomo declared a State Disaster Emergency and issued a series of executive orders restricting and eventually barring all non-essential business activities until June 2020. On March 14, Phillips announced a postponement of auctions. The announcement on its website was entitled “Auction Update: Temporary Closures & Postponements” stating: As more of our community of staff, clients and partners becomes affected by the spread of the Coronavirus, we have decided to postpone all of our sales and events in the Americas, Europe and Asia. . . . Our upcoming 20th Century & Contemporary Art sales in New York will be held the week of 22 June 2020, consolidating the New York and London sales into one week of auctions.

In the months that followed the announcement, representatives of Phillips told JN that they would honor their contractual commitments with consigners. On May 26, Phillips raised the possibility of offering the Stingel Painting at auction in November 2020. In connection with that possibility, the parties

---

<sup>2</sup> The Stingel Agreement misnumbered the paragraph regarding termination rights as a second Paragraph 12. This Opinion follows the convention in the pleadings and memoranda and refers to that provision as “Paragraph 12(a).”

<sup>3</sup> The parties struck out a separate paragraph in the termination provision of the Stingel Agreement. That

stricken paragraph allowed Phillips to terminate the agreement in the event the US dollar substantially depreciated, the New York or London Stock Exchanges suspended trading, or auctions of similar items had sales prices substantially below their estimates within three months preceding the auction.

discussed potential payment and interest terms. On June 1, however, the owner of Phillips sent JN's principal an electronic message of an unsigned copy of a letter dated May 31, 2020 terminating the Stingel Agreement (the "Termination Letter"). Phillips mailed a signed copy of the Termination Letter on June 2, and JN received it on June 4.<sup>4</sup>

The Termination Letter provides, in relevant part: As you are well aware, due to the COVID-19 pandemic, since mid-March 2020 the New York State and New York City governments placed severe restrictions upon all non-essential business activities. . . . Due to these circumstances and the continuing government orders, we have been prevented from holding the Auction and have had no choice but to postpone the Auction beyond its planned May 2020 date. We are hereby giving you notice with immediate effect that: (1) Phillips is invoking its right to terminate the [Stingel Agreement]; (2) Phillips' obligation to make payment of the Guaranteed Minimum to you for the Property is null and void; and (3) Phillips shall have no liability to you for such actions that [are] required under applicable governing law. Our rights to act are as mutually agreed by you and us and are clearly set out in paragraph 12 of the [Stingel Agreement] . . .

(Emphasis supplied.)

JN alleges that Phillips terminated the Stingel Agreement because it determined that the market for the Stingel Painting had weakened such that Phillips would lose money on the sale after paying JN the Guaranteed Minimum. JN also asserts that, by the time Phillips sent the Termination Letter, Phillips had already rescheduled the New York Auction to occur on July 2, but did not advise JN of the rescheduling.

On July 2, Phillips held a virtual auction entitled "20TH CENTURY AND CONTEMPORARY ART EVENING SALE NEW YORK AUCTION" (the "Virtual Auction"). Phillips streamed the Virtual Auction from London, but participants could place bids on the featured artwork remotely.

Procedural History JN filed this lawsuit on June 8, 2020. On the same day, JN moved for a preliminary injunction and temporary restraining order compelling Phillips to offer the Stingel Painting at its next auction. JN filed a first amended complaint ("FAC") on June 23. An Opinion of July 15 denied JN's request for a temporary restraining order. *JN Contemporary Art LLC v. Phillips Auctioneers LLC*, --- F.Supp.3d ---, 2020 WL 4014985, at \*1 (S.D.N.Y. July 15, 2020).<sup>5</sup> After Phillips moved for dismissal of the FAC, JN filed the SAC on July 31. It asserts seven causes of action. It brings a breach of contract claim under the Stingel Agreement for Phillips' failure to obtain JN's written consent to reschedule the New York Auction to a date after May 2020; for Phillips' "unlawful termination" of that contract; and for Phillips' refusal to offer the Stingel Painting at the New York Auction and pay JN the Guaranteed Minimum under the terms of the Stingel Agreement. JN claims that Phillips' breaches of the Stingel Agreement also breached the Basquiat Agreement. As a fifth cause of action, JN claims that Phillips violated the implied covenant of good faith and fair dealing by leading JN to believe that Phillips would offer the Stingel Painting at the New York Auction only to terminate the contract, thereby making it "impossible" for JN to consign the Stingel Painting to another auction house. JN asserts that Phillips also violated the implied covenant by only cancelling its consignment agreement with JN, while proceeding to auction other pieces

---

<sup>4</sup> Paragraph 17(d) of the Stingel Agreement states, in relevant part: "Notices shall be deemed to have been given five (5)

<sup>5</sup> JN withdrew its request for preliminary injunctive relief following the ruling on the temporary restraining order.

that were consigned for the New York Auction.

JN brings a sixth cause of action under the doctrine of equitable estoppel, pleading that Phillips was estopped from terminating the Stingel Agreement because it indicated to JN that it would include the Stingel Painting in the New York Auction. Finally, JN claims that Phillips breached its fiduciary duty to JN by acting for its own financial interests in declining to auction the Stingel Painting. For each of these claims, JN seeks an order compelling Phillips to offer the Stingel Painting at its next auction of contemporary art and comply with the payment provisions in the Stingel Agreement, including the Guaranteed Minimum.

In the alternative, JN seeks compensatory damages of at least \$7 million and punitive damages of \$10 million. Phillips filed this motion to dismiss on August 28. It was fully submitted on October 2.

### Discussion

“To survive a motion to dismiss, a complaint must contain sufficient factual matter, accepted as true, to state a claim to relief that is plausible on its face.” *Geffner v. Coca-Cola Co.*, 928 F.3d 198, 199 (2d Cir. 2019) (citation omitted). “A claim has facial plausibility when the plaintiff pleads factual content that allows the court to draw the reasonable inference that the defendant is liable for the misconduct alleged.” *Charles v. Orange County*, 925 F.3d 73, 81 (2d Cir. 2019) (citation omitted). “Threadbare recitals of the elements of a cause of action, supported by mere conclusory statements, do not suffice.” *Empire Merchants, LLC v. Reliable Churchill LLLP*, 902 F.3d 132, 139 (2d Cir. 2018). The plaintiff must plead enough facts to “nudge[] [its] claims across the line from conceivable to plausible.” *Bell Atlantic*, 550 U.S. at 570. When a party moves under Rule 12(b)(6), Fed. R. Civ. P., to dismiss for failure to state a claim upon which relief can be granted a court must “constru[e] the complaint liberally, accept[] all factual allegations as true, and draw[] all reasonable inferences in the plaintiff’s favor.” *Coalition for*

*Competitive Electricity, Dynergy Inc. v. Zibelman*, 906 F.3d 41, 48-49 (2d Cir. 2018) (citation omitted). “A complaint is . . . deemed to include any written instrument attached to it as an exhibit, materials incorporated in it by reference, and documents that, although not incorporated by reference, are ‘integral’ to the complaint.” *Sierra Club v. Con-Strux, LLC*, 911 F.3d 85, 88 (2d Cir. 2018) (citation omitted). The Basquiat and Stingel Agreements are integral to the SAC.

A court may take judicial notice of “relevant matters of public record.” *Giraldo v. Kessler*, 694 F.3d 161, 163 (2d Cir. 2012); see also Rule 201(b), Fed. R. Civ. P. (permitting judicial notice of facts “not subject to reasonable dispute”). Throughout this Opinion, the Court takes notice of state and federal official proclamations and actions related to the COVID-19 pandemic. I. Breach of the Stingel Agreement “To state a claim for breach of contract under New York law, the complaint must allege: (i) the formation of a contract between the parties; (ii) performance by the plaintiff; (iii) failure of defendant to perform; and (iv) damages.” *Nick’s Garage, Inc. v. Progressive Cas. Ins. Co.*, 875 F.3d 107, 114 (2d Cir. 2017) (citation omitted). Under New York law, “a fundamental objective of contract interpretation is to give effect to the expressed intention of the parties.” *In re MPM Silicones*, 874 F.3d 787, 795 (2d Cir. 2017). If the intent of the parties is clear from the four corners of a contract, its interpretation is a matter of law for the court. *Am. Home Assurance Co. v. Hapag Lloyd Container Linie, GmbH*, 446 F.3d 313, 316 (2d Cir. 2006).

“The initial inquiry is whether the contractual language, without reference to sources outside the text of the contract, is ambiguous.” *In re MPM Silicones*, 874 F.3d at 795.

*Law Debenture Tr. Co. of New York v. Maverick Tube Corp.*, 595 F.3d 458, 466 (2d Cir. 2010) (citation omitted). By contrast, a contract is unambiguous if its “language has a definite and precise meaning about which

there is no reasonable basis for a difference of opinion.” *Keiler v. Harlequin Enters. Ltd.*, 751 F.3d 64, 69 (2d Cir. 2014). “If a contract is clear, courts must take care not to alter or go beyond the express terms of the agreement, or to impose obligations on the parties that are not mandated by the unambiguous terms of the agreement itself.” *Torres v. Walker*, 356 F.3d 238, 245 (2d Cir. 2004) (citation omitted). In interpreting contracts, “words should be given the meanings ordinarily ascribed to them and absurd results should be avoided.” *Mastrovincenzo v. City of New York*, 435 F.3d 78, 104 (2d Cir. 2006) (citation omitted). Additionally, “[a]n interpretation of a contract that has the effect of rendering at least one clause superfluous or meaningless is not preferred and will be avoided if possible.” *LaSalle Bank Nat. Ass’n v. Nomura Asset Capital Corp.*, 424 F.3d 195, 206 (2d Cir. 2005) (citation omitted). “[W]here a conclusory allegation in the complaint is contradicted by a document attached to the complaint, the document controls and the allegation is not accepted as true.” *Amidax Trading Grp. v. S.W.I.F.T. SCRL*, 671 F.3d 140, 147 (2d Cir. 2011). When multiple contracts are at issue, “all writings which form part of a single transaction and are designed to effectuate the same purpose must be read together, even [if] they were executed on different dates and were not all between the same parties.” *TVT Records v. Island Def Jam Music Group*, 412 F.3d 82, 89 (2d Cir. 2005) (citation omitted). “Force majeure clauses are to be interpreted in accord with their purpose, which is to limit damages in a case where the reasonable expectation of the parties and the performance of the contract have been frustrated by circumstances beyond the control of the parties.” *Constellation Energy Servs. of New York, Inc. v. New Water St. Corp.*, 46 N.Y.S.3d 25, 27 (1st Dep’t 2017) (citation omitted). Therefore, “when the parties have themselves defined the contours of force

majeure in their agreement, those contours dictate the application, effect, and scope of force majeure.” *Id.* (citation omitted). Although force majeure clauses “are not to be given expansive meaning,” they nevertheless encompass “things of the same kind or nature as the particular matters mentioned.” *Kel Kim Corp. v. Cent. Markets, Inc.*, 70 N.Y.2d 900, 902-03 (1987).

“Where a contract does not specify a date or time for performance, New York law implies a reasonable time period.” *Guilbert v. Gardner*, 480 F.3d 140, 149 (2d Cir. 2007). The New York Court of Appeals has applied this principle to contracts that grant a party the right to terminate the agreement but do not specify a time by which the party must provide notice of the termination, holding that “the law implies a reasonable time” as determined by the particular circumstances. *Savasta v. 470 Newport Assocs.*, 82 N.Y.2d 763, 765 (1993); see also, e.g., *Tendler v. Lazar*, 529 N.Y.S.2d 583, 585 (2d Dep’t 1988) (no duty to exercise a contractual right immediately where the contract did not include such a requirement).

Phillips moves for dismissal of the breach of contract claims related to the Stingel Agreement. All of these claims rest on JN’s assertion that Phillips breached that agreement by terminating it without cause. Because the Termination Provision allowed Phillips to terminate the Stingel Agreement, Phillips’ motion is granted.

The Stingel Agreement required Phillips to auction the Stingel Painting at a specific New York Auction scheduled to be held in May of 2020. As the SAC itself admits, this is an auction recognized in the industry as regularly held by Phillips. The SAC describes Phillips’ “evening auction sales of contemporary works of art” as taking place “twice annually”.<sup>6</sup> Further, the parties agreed that auctioning the painting for sale at any time after May 2020

---

<sup>6</sup> Plaintiff’s proposed Order to Show Cause for Preliminary Injunction and Temporary Restraining Order likewise defined the term “Evening Auction” as Phillips’ “major evening auction sales of contemporary

works of art which take place bi-annually in May and November.”

would require JN's written consent. The Termination Provision itself was focused on the postponement of that scheduled auction. It allowed Phillips to void the agreement "[i]n the event that the auction [wa]s postponed for circumstances beyond [the parties'] reasonable control." (Emphasis supplied.)

Read singly or together, the terms of the Stingel Agreement dictate that the Stingel Painting be offered at a specific location and time: Phillips' evening auction of contemporary art in New York in May 2020. Phillips' postponement of that auction -- except for a postponement due to events beyond the parties' control -- would constitute a material change to the agreement requiring JN's written consent. The COVID-19 pandemic and the attendant government-imposed restrictions on business operations permitted Phillips to invoke the Termination Provision. The pandemic and the regulations that accompanied it fall squarely under the ambit of Paragraph 12(a)'s force majeure clause. That clause is triggered when the auction "is postponed for circumstances beyond our or your reasonable control." Paragraph 12(a) also provides examples of circumstances beyond the parties' reasonable control. Those circumstances include "without limitation" a "natural disaster." It cannot be seriously disputed that the COVID-19 pandemic is a natural disaster.<sup>7</sup> One need look no

further than the common meaning of the words natural disaster. Black's Law Dictionary defines "natural" as "[b]rought about by nature as opposed to artificial means," and "disaster" as "[a] calamity; a catastrophic emergency." Natural, Disaster, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019). The Oxford English Dictionary likewise defines a "natural disaster" as "[a] natural event that causes great damage or loss of life such as a flood, earthquake, or hurricane."<sup>8</sup> By any measure, the COVID-19 pandemic fits those definitions.

Moreover, a pandemic requiring the cessation of normal business activity is the type of "circumstance" beyond the parties' control that was envisioned by the Termination Provision. The exemplar events listed in Paragraph 12(a) include not only environmental calamities events such as floods or fires, but also widespread social and economic disruptions such as "general strike[s]," "war," "chemical contamination," and "terrorist attack."

The relevant government proclamations buttress this conclusion. Governor Cuomo's Executive Orders declared a "State disaster emergency." And, on March 20, the Federal Emergency Management Agency issued a "major disaster declaration" under the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency

<sup>7</sup> Although neither the New York Court of Appeals nor the Second Circuit Court of Appeals has yet addressed whether the COVID-19 pandemic should be classified as a natural disaster, the Second Circuit has identified "disease" as an example of a natural disaster. *Badgley v. Varelas*, 729 F.2d 894, 902 (2d Cir. 1984). Other courts have already determined that the COVID-19 pandemic qualifies as a natural disaster, as that term is defined by the words natural disaster. Black's Law Dictionary defines "natural" as "[b]rought about by nature as opposed to artificial means," and "disaster" as "[a] calamity; a catastrophic emergency." Natural, Disaster, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019). The Oxford English Dictionary likewise defines a "natural disaster" as "[a] natural event that causes great damage or loss of life such as a flood, earthquake, or hurricane."<sup>8</sup> By any measure, the COVID-19 pandemic fits those definitions. Moreover, a pandemic requiring the cessation of normal

business activity is the type of "circumstance" beyond the parties' control that was envisioned by the Termination Provision. The exemplar events listed in Paragraph 12(a) include not only environmental calamities events such as floods or fires, but also widespread social and economic disruptions statute. See, e.g., *Pennsylvania Democratic Party v. Boockvar*, 238 A.3d 345, 370 (Pa. 2020) ("We have no hesitation in concluding that the ongoing COVID-19 pandemic equates to a natural disaster."); *Friends of Danny DeVito v. Wolf*, 227 A.3d 872, 889 (Pa. 2020).

<sup>8</sup> "[I]t is common practice for the courts of [New York] State to refer to the dictionary to determine the plain and ordinary meaning of words to a contract." 10 *Ellicott Square Court Corp. v. Mountain Valley Indem. Co.*, 634 F.3d 112, 119 (2d Cir. 2011) (citation omitted).

Assistance Act, 42 U.S.C. 5121 et seq., due to the COVID-19 outbreak in New York. See FEMA, DR-448-NY, Initial Notice (March 20, 2020), <https://www.fema.gov/disaster-federal-register-notice/dr-4480-ny-initial-notice>.

A properly invoked Termination Provision ended Phillips' obligations to JN. Phillips was no longer required to offer the Stingel Painting at a subsequent auction or to pay JN the Guaranteed Minimum. It therefore did not breach the Stingel Agreement when it failed to auction the Stingel Painting at the Virtual Auction in July. Nor was Phillips in breach for failing to obtain JN's written consent to conduct the New York Auction on a date after May 2020. That consent requirement is only triggered by Phillips' discretionary rescheduling of the New York Auction.<sup>9</sup>

In opposition to this motion to dismiss, JN first argues that the New York Auction could have -- and did -- take place in July 2020 when the Virtual Auction was conducted from London. The reference in the Stingel Agreement to an auction in New York, JN argues, is consistent with an auction held over an internet livestream. As for the date of the auction, JN submits that the description of the New York Auction in the Stingel Agreement as "currently scheduled for May 2020" means that the May 2020 date was provisional. JN observes that the auction date could be moved, pursuant to the agreement's terms, to a date beyond May 2020 at JN's discretion in the event that the Stingel Painting was damaged. These arguments fail. The Stingel Agreement required Phillips to offer the painting for sale at an identified, regularly held, established

auction for works of contemporary art. This was the Phillips' New York Auction of 20th Century & Contemporary Art scheduled for May 2020. Its refusal or failure to do so would have been a breach of the parties' contract, unless excused by the contract's terms. Phillips did not have the unilateral right to offer the Stingel Painting at an internet auction or to postpone the auction of the painting beyond the time of New York Auction. JN's position overlooks a number of contract terms. As but one example, JN does not explain why the Stingel Agreement required Phillips to obtain JN's consent to move the auction of the painting to a date beyond May 2020 if the inclusion of the painting in that identified auction was not a material term of the Stingel Agreement.<sup>10</sup> Once the New York Auction was postponed for circumstances beyond Phillips' control, Phillips was entitled to terminate the consignment agreement.\*

JN emphasizes the principle of *eiusdem generis* to argue that a pandemic and the governmental restrictions enacted in response to a pandemic are not similar enough to the other circumstances outside of the parties' control that are listed in the Termination Provision. *Eiusdem generis* is an interpretive guide according to which "the meaning of a word in a series of words is determined by the company it keeps." 242-44 E. 77th St., LLC v. Greater New York Mut. Ins. Co., 815 N.Y.S.2d 507, 510 (1st Dep't 2006) (citation omitted).

JN's argument on this point is unpersuasive. As already explained, the pandemic fits within the general definition in the Termination Provision of a circumstance in which a

---

<sup>9</sup> JN argues without elaboration that the termination pursuant to the force majeure clause was somehow defective because JN did not receive formal notice of that termination until June 2020.

<sup>10</sup> The SAC asserts that the New York Auction was not "postponed," but was simply "rescheduled." The SAC offers no evidentiary support for this semantic choice. It does not, for instance, identify any date on which Phillips has held or will hold a physical auction in New York of 20th Century & Contemporary Art.

\* But Paragraph 12(a) imposes no form or timing for this notice. The SAC does not plausibly plead that the delivery of the formal notice was unreasonably delayed given Phillips' March notice that the New York Auction had to be postponed because of the pandemic.

postponement allows termination of the agreement: a circumstance beyond the parties' reasonable control. The Provision then explains that such circumstances include "without limitation" a natural disaster and other events. It is also a principle of construction that the inclusion of listed items cannot narrow the general definition, in particular when the contract indicates that the listed items are not given to limit the definition. See *Israel v. Chabra*, 537 F.3d 86, 99-100 (2d Cir. 2008).

In any event, as already explained, the COVID-19 pandemic is fairly described as a "natural disaster". It is a worldwide public health crisis that has taken untold lives and upended the world economy. JN next argues that the reference in two Phillips' auction calendars to a "New York auction" shows that Phillips planned to hold the New York Auction in June and then did conduct that auction as the Virtual Auction in July.<sup>11</sup> The first calendar accompanied the March 14 announcement that Phillips was postponing all auctions. In the March 14 auction calendar, Phillips advised that its "London and New York 20th Century & Contemporary Art Evening Sales [would] be consolidated into one New York auction" to be held on June 24-25. A subsequent undated auction calendar stated that the London and New York 20th Century & Contemporary Art would be held on July 2 -- i.e., the Virtual Auction.

As an initial matter, the reference in these calendars to the Virtual Auction as a "New York auction" is evidence extrinsic to the parties' agreement. Consequently, this evidence cannot manufacture an ambiguity in an unambiguous contract. See *JA Apparel Corp. v. Abboud*, 568 F.3d 390, 397 (2d Cir. 2009). The relevant inquiry is what the parties understood the Stingel Agreement to mean when they executed the agreement, not how

Phillips chose to continue its operations after the pandemic disrupted its normal business activities. See *Momberger v. Momberger*, 948 N.Y.S.2d 713, 715 (3d Dep't 2012). Phillips' terminology in calendars scheduling and promoting the Virtual Auction did not amend the Stingel Agreement or alter its right to invoke the Termination Provision. Next, apparently conceding (as it must) that Phillips could not have held an in-person auction in New York during May 2020, JN asserts that the Stingel Agreement required Phillips to exhaust all efforts to perform under the Stingel Agreement before invoking Paragraph 12(a)'s force majeure clause. JN's argument is not supported by the terms of the parties' agreement or by the law. The parties did not contract for an online auction conducted in July from London. Nor is a party to a contract required to undertake alternative performance before invoking a force majeure clause. See *Harriscom Svenska, AB v. Harris Corp.*, 3 F.3d 576, 580 (2d Cir. 1993) (applying New York Law); *Babcock & Wilcox Co. v. Allied-Gen. Nuclear Servs.*, 555 N.Y.S.2d 313, 314 (1st Dep't 1990).<sup>12</sup>

JN claims throughout its memorandum of law that Phillips' decision to invoke the force majeure clause was "pretextual." If Phillips was entitled to exercise its contractual right to terminate the Stingel Agreement, its motives for doing so are irrelevant. See *SAT-COM Int'l Grp. PLC v. ORBCOMM Int'l Partners, L.P.*, 2000 WL 729110, at \*21 n.15 (S.D.N.Y. June 6, 2000); *Newfield v. General Motors Corp.*, 443 N.Y.S.2d 239, 241 (2d Dep't 1981). As significantly, the SAC recognizes that following the onset of the COVID-19 pandemic Phillips announced that it would postpone all of its live auctions.

## II. Breach of the Basquiat Agreement

<sup>11</sup> The calendars are attached to the SAC.

<sup>12</sup> The authorities on which JN relies are not to the contrary. They state that a force majeure event must prevent performance as defined in the parties'

agreement. See, e.g., *Phillips Puerto Rico Core, Inc. v. Tradax Petroleum, Ltd.*, 782 F.2d 314, 319 (2d Cir. 1985); *Macalloy Corp. v. Metallurg, Inc.*, 728 N.Y.S.2d 14, 14 (1st Dep't 2001).

JN next pleads that Phillips' breach of the Stingel Agreement also constituted a breach of the Basquiat Agreement. The Basquiat Agreement, JN asserts, was conditioned upon Phillips' performance of the Stingel Agreement.

This claim is dismissed for several reasons. As explained above, Phillips did not breach the Stingel Agreement; it exercised its contractual right to terminate the agreement following a force majeure event. See *N. Shore Bottling Co. v. C. Schmidt & Sons*, 22 N.Y.2d 171, 176 (1968) (explaining that performance "is simply carrying out the contract by doing what it requires or permits"). Because Phillips was entitled to terminate the Stingel Agreement, JN cannot complain of nonperformance.

Moreover, the Basquiat Agreement is silent about Phillips' obligations pursuant to the Stingel Agreement. The Basquiat Agreement required JN to execute the Stingel Agreement and Phillips to auction the Basquiat Painting and pay the seller of the Basquiat Painting a guaranteed sum; it did not require Phillips to auction the Stingel Painting or pay JN the Guaranteed Minimum. In opposition to dismissal, JN argues that the two agreements were the product of a "trade": JN would guarantee the sale of the Basquiat Painting in exchange for Phillips guaranteeing the sale of the Stingel Painting. Accepting that statement as accurately describing the parties' motives does not enlarge JN's rights to enforce the contracts as written. Indeed, doing so would be inconsistent with the two Agreements' integration clauses.

### III. The Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing

JN also claims that Phillips breached the covenant of good faith and fair dealing. "Under New York law, implicit in every contract is a covenant of good faith and fair dealing which encompasses any promises that a reasonable promisee would

understand to be included." *Spinelli v. Nat'l Football League*, 903 F.3d 185, 205 (2d Cir. 2018) (citation omitted). The implied covenant of good faith and fair dealing includes a promise that "neither party to a contract shall do anything that has the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract, or to violate the party's presumed intentions or reasonable expectations." *Id.* (citation omitted). Nevertheless, "under New York law, the implied covenant of good faith and fair dealing cannot be used to impose an obligation that is inconsistent with express contractual terms." In *Touch Concepts, Inc. v. Cellco P'ship*, 788 F.3d 98, 102 (2d Cir. 2015). That is, the implied right may not be used to "defeat[] a right that a party actually bargained for." *Spinelli*, 903 F.3d at 206. Accordingly, where nonperformance is excused by a contract's force majeure provision, the implied covenant does not require substitute performance. *Harriscom Svenska*, 3 F.3d at 580. Further, in order to survive a motion to dismiss, a complaint must supply "specific factual allegations" of bad faith. *Prospect St. Ventures I, LLC v. Eclipsys Sols. Corp.*, 804 N.Y.S.2d 301, 302 (1st Dep't 2005).

"[W]hen a complaint alleges both a breach of contract and a breach of the implied covenant of good faith and fair dealing based on the same facts, the latter claim should be dismissed as redundant." *Cruz v. FXDirectDealer, LLC*, 720 F.3d 115, 125 (2d Cir. 2013). "[P]arties to an express contract are bound by an implied duty of good faith, but breach of that duty is merely a breach of the underlying contract." *Spinelli*, 903 F.3d at 206 (citation omitted). Dismissal of an implied covenant claim is therefore appropriate where the cause of action "is premised on the same conduct that underlies the breach of contract cause of action and is intrinsically tied to the damages allegedly resulting from a breach of the contract." *MBIA Ins. Corp. v. Merrill Lynch*, 916 N.Y.S.2d 54, 55 (1st Dep't 2011) (citation omitted). "[B]ut where . . . there is a dispute over the

meaning of the contract's express terms, there is no reason to bar a plaintiff from pursuing both types of claims in the alternative." Spinelli, 903 F.3d at 206 (citation omitted).

The SAC does not adequately plead a breach of the implied covenant. JN identifies three breaches as the basis for this claim: (1) Phillips "schemed" to terminate the Stingel Agreement for its own financial benefit and not because of the COVID-19 pandemic; (2) Phillips misrepresented that it was considering offering the Stingel Painting at a subsequent auction, "lull[ing]" JN into believing that Phillips would offer the Stingel Painting for sale, and preventing JN from seeking its consignment with another auction house; and (3) Phillips treated the Stingel Painting differently than the other consigned items that were scheduled to be auctioned at the New York Auction.

The first basis of the implied breach -- that Phillips pretextually cancelled the Stingel Agreement for financial reasons -- is duplicative of its breach of contract claim. It is not distinct from the argument that Phillips had an obligation to perform under the Stingel Agreement. Furthermore, the damages that JN seeks for this claim are identical to those it seeks for its breach-of-contract claims. The claim for a violation of the implied duty therefore mirrors JN's breach of contract claim and is dismissed.

Because the Termination Provision of the Stingel Agreement gave Phillips the right to terminate that agreement, JN's other two theories of breach must also be dismissed. It cannot be a breach of the implied covenant of good faith and fair dealing to do what a contract explicitly authorizes a party to do. Therefore, the fact that, before terminating the contract, Phillips discussed with JN that

it was considering moving the Stingel Painting to a November 2020 auction or that it moved other consigned items to the Virtual Auction in July do not constitute breaches of the Stingel Agreement or of the implied covenant. Finally, the SAC fails to plead adequately that Phillips acted in bad faith when it chose to exercise its contractual right to terminate the Stingel Agreement.

In opposing this motion, JN first argues that it may proceed with this claim because material terms of the Stingel Agreement are in dispute. As noted above, however, there can be no reasonable dispute about those terms of the Stingel Agreement that are material to this action. JN cannot fashion a breach of the implied duty claim out of a meritless construction of the parties' agreement.

Next, JN attempts to craft an entirely different theory of breach.<sup>13</sup> JN argues that its implied covenant claim survives because Phillips was under an obligation to notify JN promptly if Phillips intended to cease performance. This theory fares no better. As of March, JN was on notice that there would be no New York Auction held in May 2020. On or about June 1, Phillips formally terminated the parties' agreement. The Stingel Agreement imposed no duty on Phillips to provide earlier notice of the termination.

#### IV. Breach of Fiduciary Duty

JN asserts that Phillips breached its fiduciary duty to JN. Under New York law, the elements of a claim for breach of fiduciary duty are "(i) the existence of a fiduciary duty; (ii) a knowing breach of that duty, and (iii) damages resulting therefrom." Spinelli, 903 F.3d at 207 (citation omitted). Fiduciaries have a duty to act for the benefit of the principal, subject to the caveat that this duty can be modified by contract. See Marc Jancou Fine

---

<sup>13</sup> JN was given two opportunities to amend its complaint, one of which followed the filing of a prior motion to dismiss. It elected not to include this theory of

breach in the SAC. Although outside the pleadings, the Court will consider this theory.

Art Ltd. v. Sotheby's, Inc., 967 N.Y.S.2d 649, 649 (1st Dep't 2013); Reale v. Sotheby's, Inc., 718 N.Y.S.2d 37, 38 (1st Dep't 2000); see also Restatement (Second) of Agency § 387 (1958) (emphasis supplied) ("Unless otherwise agreed, an agent is subject to a duty to his principal to act solely for the benefit of the principal in all matters connected with his agency").<sup>14</sup>

JN's claim for breach of fiduciary duty is dismissed. Phillips owed JN a fiduciary duty by virtue of the consignment relationship. Accordingly, Phillips owed a duty of loyalty to JN and was required to conduct the consignment faithfully with JN's business interests at the forefront. The scope of its duty, however, was modified by the parties' contract. That contract included a force majeure clause which permitted termination of the parties' agreement.

JN complains, in substance, that Phillips terminated the Stingel Agreement because it believed the market for the Stingel Painting had deteriorated and used the COVID-19 pandemic as pretext to do so.<sup>15</sup> Whether Phillips' conduct violated its fiduciary duty to JN, however, depends upon how the Stingel Agreement shaped that duty. As already explained, the Stingel Agreement unambiguously entitled Phillips to terminate the consignment arrangement following a force majeure event.

JN argues in opposition to this motion to dismiss that a dismissal would ignore the "vast scope of the fiduciary duties [Phillips]

owed to plaintiff." But again, the scope of those duties was circumscribed by the parties' arms-length agreement. Because JN has not adequately alleged that Phillips failed to comply with the terms of their agreement, it also has not alleged that Phillips breached its fiduciary duty. Phillips' motive in doing what the parties' agreement explicitly permitted it to do is irrelevant. Therefore, the assertion that Phillips' decision was motivated by its own financial interest does not save the breach of fiduciary duty claim.

### V. Equitable Estoppel

Finally, JN asserts a claim of equitable estoppel. "The purpose of equitable estoppel is to preclude a person from asserting a right after having led another to form the reasonable belief that the right would not be asserted, and loss or prejudice to the other would result if the right were asserted." *Shondel J. v. Mark D.*, 7 N.Y.3d 320, 326 (2006). "Under New York law, the elements of equitable estoppel are with respect to the party estopped: (1) conduct which amounts to a false representation or concealment of material facts; (2) intention that such conduct will be acted upon by the other party; and (3) knowledge of the real facts." *In re Vebe-liunas*, 332 F.3d 85, 93–94 (2d Cir. 2003). "The part[y] asserting estoppel must show with respect to [it]self: (1) lack of knowledge and of the means of knowledge of the true facts; (2) reliance upon the conduct of the party to be estopped; and (3) prejudicial changes in [its] positions." *Id.* at 94. "[I]n the absence of evidence that a party was misled

---

<sup>14</sup> Other courts in this district have applied this principle to the consignor-consignee relationship. See, e.g., *Mickle v. Christie's, Inc.*, 207 F. Supp. 2d 237, 244 (S.D.N.Y. 2002) ("It is also elementary agency law doctrine, however, that the legal duties of an agent may be defined and circumscribed by agreement between principal and agent."); *Greenwood v. Koven*, 880 F. Supp. 186, 194 (S.D.N.Y. 1995) ("Christie's fiduciary responsibilities may be modified by agreement.").

<sup>15</sup> In this connection, JN alleges (1) that Phillips did not inform JN that it would pretextually terminate the Stingel Agreement; (2) that Phillips did not inform JN that it would terminate the Stingel Agreement because of a perceived weakness in the market for the Stingel Painting; (3) that Phillips treated the Stingel Painting differently than other consignments; (4) that Phillips' termination of the contract depressed the value of the Stingel Painting; (5) that Phillips acted in its own financial interest; and (6) that Phillips placed its own interests ahead of JN's interests.

by another's conduct or that the party significantly and justifiably relied on that conduct to its disadvantage, an essential element of estoppel is lacking." *Fundamental Portfolio Advisors, Inc. v. Tocqueville Asset Mgmt., L.P.*, 7 N.Y.3d 96, 106–07 (2006) (citation omitted).

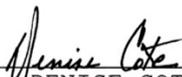
Equitable estoppel is an "extraordinary remedy." *Pulver v. Dougherty*, 871 N.Y.S.2d 495, 496 (3d Dep't 2009); *E. Midtown Plaza Hous. Co. v. City of New York*, 631 N.Y.S.2d 38, 38 (1st Dep't 1995) (same). The doctrine should be "invoked sparingly and only under exceptional circumstances." *Luka v. New York City Transit Auth.*, 474 N.Y.S.2d 32, 35 (1st Dep't 1984), *aff'd*, 63 N.Y.2d 667 (1984).

JN claims that Phillips is estopped from terminating the Stingel Agreement on or about June 1, 2020 for the following reasons. Phillips told JN in April 2020 that it would "honor all contractual commitments with consignors," it used the image of the Stingel Painting on its website until mid-May, and on May 26, it told JN that it "was considering" moving the auction of the Stingel Painting to November 2020 and the parties discussed potential terms related to that move.<sup>16</sup> JN asserts that these actions prevented JN from negotiating a replacement guarantee with another auction house and ultimately had a negative impact on the valuation of the Stingel Painting. None of these three acts pleads a misrepresentation or omission on which JN was entitled to rely. A general assertion in April by Phillips that it would abide by all of its contracts did not eliminate Phillips' right to exercise its rights under each of those contracts, including its right to terminate the Stingel Agreement. Nor did the presence of an image of the Stingel Painting on the Phillips' website until mid-May eliminate that right. At that time, JN was aware that the New York Auction had been

postponed and therefore that the plain terms of the Stingel Agreement allowed Phillips to terminate the agreement. The final assertion relates to the parties' discussions in late May, which apparently failed, regarding moving the Stingel Painting to a different auction under different terms. Absent from the SAC is any allegation that Phillips assured JN that it would offer the Stingel Painting at a rescheduled auction with the Stingel Agreement's Guaranteed Minimum in full force and effect. It bears noting, again, that JN was on actual notice since March 2020 that the New York Auction would not be going forward.

Conclusion Phillips' August 28 motion to dismiss this action is granted. The Clerk of Court is directed to close this case.

Dated: New York, New York,  
December 16, 2020

  
DENISE COTE  
United States District Judge

---

<sup>16</sup> In pleading this claim, JN refers as well to events that occurred after the contract termination and that cannot therefore be events on which JN relied. These include the conduct of the Virtual Auction from

London in July and the assertion that Phillips did not terminate any consignment agreements it had for other paintings.

## 2.

## Southern District of New York

STOCKHOLM DISTRICT COURT judgment

Case No. PMT 15833-18

Patent and Market Court 2020-12-11

Meddelad i Stockholm

Parties Plaintiff

Jaguar Land Rover Limited Abbey Road  
Whitley Coventry CV3 4LF United Kingdom

Counsel: Lawyers Ulrika Nordenvik and  
Hans-Anders Odh The law firm Gulliksson  
AB

Box 739  
220 07 Lund

Answering

1. Creare Form AB, 556826-2058  
Västra 770  
442 95 Punch

2. Ann-Christine Magnusson,  
19520907-5026 Address of the company

3. Karl Magnusson, 19520730-5151  
Address of the company

Counsel for 1-3: Håkan Sjöström, the  
lawyer Gozzo Lawyers HB  
Box 35019  
400 24 Gothenburg

Verdict

1. The Patent and Market Court prohibits Creare Form AB, Ann-Christine Magnusson and Karl Magnusson, in the event of a penalty of SEK 1,000,000, from producing specimens of the Jaguar C-type car model according to the court's alaw A-D and making it available to the public by displaying it publicly.

2. The Patent and Market Court finds that Creare Form AB, Ann-Christine Magnusson

and Karl Magnusson are jointly and severally obliged to pay fair compensation under Chapter 7. 54 of the Copyright Act for the models of the Jaguar C- type car model in Appendix A-D and for making available to the public by public display of the petition in Appendix A.

3. The Patent and Market Court orders the destruction of the jaguar ctype models listed in Annex A-D, at the defendants' expense. However, in the case of the specimen in domsbilaga A, a Jaguar C-type replica, only the body of the car is the body.

4. The Patent and Market Court prohibits Creare Form AB, Ann-Christine Magnusson and Karl Magnusson, in the event of a penalty of SEK 1,000,000, from taking up a position with the two chassis and the component stockpurchased by Creare Form AB to produce copies of the Jaguar C-type car model.

5. The Patent and Market Court orders Creare Form AB, Ann-Christine Magnusson and Karl Magnusson to jointly and severally reimburse Jaguar Land Rover Limited for its legal costs of SEK 4,994,863, together with interest under Section 6 of the Interest Act (1975:635) from that date until payment is made. Of this amount, SEK 4,619,743 is about agent fees.

6. The confidentiality provision of Chapter 36. Section 2 of the Public Access and Secrecy Act (2009:400) shall – in so far as the data are not included in this judgment – continue to apply to the data in the Act of the Patent and Market Court. 175–176, 261, 274, 359, 366– 367 and 462.

7. The confidentiality provision of Chapter 36. Section 2 of the Public Access and Secrecy Act shall – to the extent that the information has not been included in this judgment – continue to apply to the information obtained in closed-door hearings by Amanda Beaton and Nick Hull.

## Background

Jaguar Land Rover Limited (JLR) is a United Kingdom company which designs, manufactures and sells luxury and sports cars under the sign Jaguar. This activity has been carried out since the 1930s and has since been transferred on two occasions. For a couple of years, JLR has started manufacturing and selling classic and iconic car models from, among other places, the 1950s.

In the 1950s, Jaguar Cars Limited produced the Jaguar C-type car model in some fifty copies. The car model is known among other things because it was the winning car at the Le Mans competition in 1951. Pictures of Jaguar C-type specimens can be found in Judgment Appendix E.

Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson are two car and Jaguar enthusiasts who previously worked as designers in the automotive industry. Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson own and operate the company Create Form AB (Create), which conducts, among other things, consulting activities in vehicle development and vehicle repair and trading.

JLR submits that Create, Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson (the defendants) jointly pursued a commercial project, which began in 2009, concerning the production of Jaguar C-type replicas and that at least one copy was completed and that the defendants jointly planned to increase more. Pictures of the replica are contained in Annex A. JLR further claims that the defendants produced an additional number of Jaguar C-type specimens, see Annex B-D.

The defendants object that the project, which began in 2009, concerned the production of only one replica and was a private hobby project in which Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson participated.

Some parts were then purchased through Create, but no construction was ever made.

The main issue concerns the issues of copyright protection protected by Jaguar C-type, whether JLR holds that copyright and whether the defendants infringed JLR's alleged copyright in The Jaguar C-type by the abovementioned projects.

## CLAIMS AND ATTITUDES

JLR has applied as follows.

1. In the event of a penalty payment of SEK 1,500,000, or by any other amount which it finds effective, the Court of Patent and Market shall prohibit each of the defendants from producing, offering, offering for sale, selling, displaying or otherwise producing or disseminating the copies set out in:

- a. domsbilaga A (answer and a replica of Jaguar C-type),
  - b. Annex B (picture of the defendants' Replica of Jaguar C-type);
  - c. Annex C (manufacturing base) and
  - d. Annex D (digital representation of the Jaguar C-type side image on business cards and drawings);
- (collectively referred to as the "Infringers"), to contribute to such action, or to carry out preparation for such action, which infringes the copyright attached to Jaguar C-type.

2. The Patent and Market Court shall determine that the defendants are jointly and severally obliged to pay compensation for the use of the Jaguar C-type to JLR under Chapter 7, Section 54 of the Copyright Act.

3. The Patent and Market Court shall order the withdrawal of all copies of the Infringed items, at the defendants' expense, from the market destruction, together with the destruction of the specimens in the possession of the defendants.

The **defendants** contest the claim in their entirety.

The **parties** have claimed compensation for their own costs.

**JLR claims**, in that regard, that, irrespective of the outcome of the case, the defendants be required to pay JLR for its costs in so far as they relate to the admissibility of the claim for declaratory ness determined in the preparation of the case, since JLR was successful in that part.

**For their part, the defendants have asked the Patent and Market Court**, pursuant to Chapter 18, (6) of the Code of Procedure, to order JLR to pay the defendants' costs, even an outcome of the case, since JLR gave rise to an unnecessary trial by its inaction.

#### APPLICABLE LAW

The parties agree that Swedish law applies in the case, except for the question of how the first copyright holder is to be determined. JLR submits that that question is examined under British law, whereas the defendants, for their part, claim that that question must be examined in accordance with Swedish law. The arguments put forward by the parties in the conflict of laws question and the Court's assessment are set out under the heading 'Does JLR hold the copyright in the Jaguar C-type?'

#### GROUND S M.M.

##### Jlr

Jaguar C-type has copyright protection

The Jaguar C-type was created by Malcom Sayer between September 1950 and May 1951 or, if the Court were to consider that Malcom Sayer did not create the Jaguar C-type alone, jointly by one or more of Malcom Sayer, William Lyons, William Heynes, Robert Knight and/or Tom Jones through joint creative performance during the same period of time.

When Jaguar C-type was created, it was possible to obtain copyright protection for the work under Swedish and English law. The term of protection of Jaguar C-type is valid for 70 years from the death of the author Malcom Sayer or the authors. Malcom Sayer died in 1970. The copyright protection period for jaguar c-type has never expired and it has in any case been extended by the current law.

The shape of the Jaguar C-type car is original and is the author or creator's own intellectual creation. The author or author of Jaguar C-type has, in connection with the creation of the work, expressed his personality and creative capacity by making free and creative choices. The Jaguar C-type is a physical object which, as a subject-matter of utility art, has such an expression that it can be identified with sufficient precision and objectivity. The design therefore enjoys protection as a work of utility art.

JLR holds the copyright to Jaguar C-type

Original copyright holder

Jaguar Cars Limited was the original holder of the copyright of jaguar c-type.

Malcom Sayer, William Lyons, William Heynes, Robert Knight and Tom Jones were employed by Jaguar Cars Limited between September 1950 and May 1951. It follows from appropriate legislation in the United Kingdom that Jaguar Cars Limited was the original holder of the copyright in Jaguar C-type. If the Court were to rule that the question of who was the first copyright holder should be examined with the application of Swedish law, the author or authors, by his employment relationship with Jaguar Cars Limited, transferred the copyright to Jaguar C-type to Jaguar Cars Limited. Even if Malcolm Sayer, William Lyons, William Heynes, Robert Knight or Tom Jones were not initially employed by Jaguar Cars Limited at the time of the creation of the Jaguar C-type, but were initially recruited as contractors to create the Jaguar C-type, the copyright has been

transferred to Jaguar Cars Limited under agreement based on the parties' expectations and intentions, i.e. that a car company must obtain the exclusive right to the shape of the cars – since this is in the nature of the contract. Moreover, the parties acted as the creation of the design for Jaguar Cars Limited, in which respect the ownership of the design has been transferred through concluded action.

The copyright has been transferred to JLR

Jaguar was formed on October 26, 1933 under the then company name S.S. Cars Ltd. On 23 March 1945, S.S. Cars Ltd changed its company name to Jaguar Cars Limited. On 2 October 1972, all the assets of Jaguar Cars Limited, i.e. the copyright of the Jaguar C-type car model, were transferred to British Leyland UK Limited. The following day, the shareholders of Jaguar Cars Limited sold all of their shares in the company to British Leyland UK Limited. In June 1978, British Leyland UK Limited changed its company name to BL Cars Limited and, in December 1982, to Austin Rover Group Limited. On 1 January 1983, Austin Rover Group Limited transferred all the assets and liabilities relating to its vehicle manufacturing and sales activities under, inter alia, the sign Jaguar, i.e. the copyright in the Jaguar C-type car model, to Jaguar Cars Limited (which was a new company in relation to Jaguar Cars Limited in the 1950s). In December 2012, Jaguar Cars Limited changed its company name to the current, Jaguar Land Rover. The copyright to Jaguar C-type has, through this chain of transfer, changed to JLR.

Since at least 1951, Jaguar C-type has been known as one of Jaguar's more iconic products and has been sold to customers, without anyone else claiming copyright to the work.

Copyright infringement  
Completed copyright infringement

Creare has together with, or with the participation of, Karl Magnusson and AnnChristine

Magnusson, without permission from JLR multiplied Jaguar C-type and made the work available to the public. This is by producing, marketing, selling and displaying copies of the Infringed items as shown below under heading (a)-d).

The conduct has constituted a direct conscious, or at least disregarded, imitation and disposal of the original work. If the Court were to conclude that it is Karl and Ann-Christine Magnusson and not Creare who infringed JLR's copyright in the Jaguar C-type by reproduction of the work and made it available to the public, Creare has participated in infringement or infringement referred to in Paragraph 53 of the Copyright Act by providing components, marketing and displaying Jaguar C-type copies and in any way assisting in the production of specimens.

a) Replicasverkad was

The defendants produced a Jaguar C-type copy by producing a replica and made the work available to the public through display, marketing and sales. The display has consisted of the replica being presented at a so-called garage meeting in January 2018. The display was not aimed at a completely closed circle, but was open to everyone and thus to the public. In addition, the replica has been made available to the public by sale, in that it has been sold from Creare to Karl Magnusson, and by being offered and marketed by the defendants' agent.

The object of the infringement was not intended for private use and could not have been for private use because Creare was part of or contributed to it. A company cannot rely on the private use exception. Copies manufactured for private use may also not be used for other purposes, as the replica has done.

b) Image of the defendants' replica of Jaguar C-type

The defendants produced a Jaguar C-type exemplar by photographing the above-

mentioned replica and making the work available to the public by means of transmission.

The transfer has consisted of making the image available online.

The presentation of the image has not been done for private reasons. A specimen manufactured for private use may also not be used for other purposes, as has happened. The invitation to the garage meeting, which contains the picture, comes from both Karl Magnusson and Creare. A company cannot rely on the exemption on the use of the private. If the image was produced for private use, the invitation with the image has been made available to the public over the internet through publication on the Jaguar Club website, which anyone has access to. Furthermore, the defendants' model of intångsenvar has been produced and/or made available to the public in violation of Paragraph 2 of the Copyright Act, so that the image of the object cannot be covered by the exception on the production for private use.

#### c) Tillverkningsunderlag

The defendants have produced Jaguar C-type specimens in the form of manufacturing documents and made the work available to the public by means of communication.

The transfer has consisted in the submission of the production dossier on the other side of Annex C by e-mail to Stuart Kilvington and Kevin Riches on 25 November 2015.

The manufacturing base was created in Sweden in March 2016 and constitutes unauthorized copy production. It has been part of the intended commercialization of the manufacturing dossier. Although the production data show only part of the original work, this part shows sufficient originality. The production dossier has been produced to be shown to JLR employees Stuart Kilvington and Kevin Riches for marketing and sales purposes and therefore not for private use. A specimen manufactured for private use

may also not be used for other purposes, as has happened.

d) Digital representation of jaguar C-type side image on business cards and drawings

The answer has produced a Jaguar C-type copy in the form of a side image. The picture was created in Sweden ahead of a visit to JLR in England in March 2016 and constitutes unauthorized copy production of the original work. The picture has been developed specifically for the intended commercialization of the manufacturing dossier. Although the image shows only part of the original work, this part shows sufficient originality. The image was produced to be shown to Stuart Kilvington and Kevin Riches for marketing and sales purposes and thus not for private use. A specimen manufactured for private use may also not be used for other purposes, as has happened.

#### Preparation for copyright infringement

The defendants have jointly planned to manufacture more infringement lines and have, among other things, manufactured two chassis frames and purchased stocks of components, which involved intentional or negligent preparation for further infringement or infringement under Section 53 of the Copyright Act.

JLR has not consented to the manufacture of a

#### Specific consent

JLR has not expressly, by action or inaction, consented to the defendants' production of specimens and the making available of the Jaguar C-type. Any inaction on JLR's part does not constitute a binding entity for JLR, nor is there a legal basis for giving such a legal effect to inaction, since Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society contains an exhaustive list of the exceptions and limitations that can be

made to the author's exclusive rights. JLR employees Stuart

Kilvington and Kevin Riches have not represented JLR and Jaguar classic division through their positions and/or actions. They have not been competent, in this capacity, to obtain and handle information on third parties'

replica production from JLR's starting points or give any consent or license to the use of JLR's intellectual property rights. Third parties have not been entitled to perceive or reason to assume that Stuart Kilvington and/or Kevin Riches had such jurisdiction.

Nor have Stuart Kilvington and/or Kevin Riches been in a position to present and clarify JLR's possible legal claims.

Nor would consent constitute a relevant restriction of copyright. Consent has not been given for 'own use'. Any ignorance and delusion sensiduously about the copyright protection of Jaguar C-type in Sweden or the rest of the world does not disclaim the defendants' liability for their actions.

#### General consent

JLR has not generally consented to the production of replicas. There is no established (permissible) market for Jaguar C-type replicas and it is not true, as the defendants claim, that over the years several different undertakings have produced a male replica sled without the permission of JLR and without JLR's reaction to it. Nor would consent constitute a relevant restriction of copyright.

JLR has not, as the defendants claim, knowingly and without conditions released manufacturing documents free, although the copyright law does not require concealment for the exercise of the exclusive right. JLR has also not cooperated with the replication industry or promoted arrangements with replica-made cars. JLR has not made any general statements and accolades about replica construction. Even if that had been the case, such a statement would not constitute a universal,

general and irrevocable authorisation to freely exploit JLR's copyright-protected works.

#### Penalty and corrective action

The actions of the Arandena with one or more unauthorized copies of the infringers infringe JLR's copyright in the Jaguar C-type. The defendants shall therefore be prohibited from continuing to take measures infringing and copies of infringers beings to be withdrawn from the market and destroyed to prevent continued abuse. The destruction of copies of the infringed items must be considered reasonable.

The defendants' claim of lack of protection within the EU of 1 January 2021 is irrelevant to the assessment in the case, since the Court must examine the issues in the case in accordance with the law in force. It is disputed that the Court must assume that the United Kingdom constitutes a third country from 1 January 2021. Although the United Kingdom and the EU do not enter into any motoring agreement on copyright protection, Jaguar C-type has copyright protection under the Berne Convention because Jaguar C-type is protected in its country of origin, the United Kingdom. If the Court were to consider that the Jaguar C-type was not protected in the United Kingdom when the work was created or that the term of protection subsequently expired, the protection was rekindled because the work enjoyed copyright protection in at least one of the Member States of the EUROPEAN Union on 1 July 1995, for example in Sweden.

#### Fair compensation

The defendants are jointly and severally liable for the exercise of The Jaguar C-type by the infringement.

#### Svarandena

Jaguar C-type lacks copyright protection

Under neither Swedish nor English law has provided for copyright protection for Jaguar C-type. Jaguar C-type is not Malcolm Sayer's own intellectual creation.

Malcolm Sayer was one of several people involved in the design work. He added the aerodynamic skills to the team and did not have any other role in the design work.

According to the copyright law in Force in Sweden in 1950 and 1951, utility art could benefit from a ten-year protection such as alster for the art industry and crafts. The C-type car model, as an industrial design, did not meet the requirements for such protection. Thus, in 1950 and 1951 there was no copyright or other protection for jaguar C-type which, in terms of term of protection, has been subject to extension or awakening.

If the Court were to consider that the Jaguar C-type was regarded as having complied with the requirements of the works of art or the arts industry, a period of protection of ten years after the year in which the work was first published, 1951, applied. This term of protection has thus ceased or may have been extended to 1981 at most. Thus, the term of protection had expired both at the time when the Term of Protection Directive would have been implemented and when it was actually implemented in Swedish law in 1996, meaning that there were no conditions to revive possible protection of this object to 70-year protection period under the Copyright Act.

If the Court were to consider that Jaguar C-type could obtain copyright protection, Jaguar C-type has a very originality in the sense that it constitutes the intellectual creation of Malcolm Sayer or someone else. The development of the Jaguar C-type model was based on a specific mandate within Jaguar Cars Limited in 1950, namely to develop and process, with the addition of design characteristics, the existing Jaguar XK120 sports car model into a purely racing car for participation in Le Mans in 1951. The Jaguar C-type is thus a direct

processing of the XK120 car model. By aerodynamic and other technical and appropriate requirements, in particular tested by wind tunnels, the processing was aimed only at achieving the technical result of creating a racing car with such speed characteristics that the car model would win the Le Mans competition in 1951. These starting points, technical requirements and internal instructions by drawing and specification – developed internally by, inter alia, Jaguar Cars Limited's then head of design William Heynes – and Malcolm Sayers' highly new and specific assignments relating to the aerodynamic design have not resulted in a design that has not allowed for such creative freedom that the car model's expression reflects the personality of Malcolm Sayers and others. The alstret and the Jaguar C-type car model have thus not fulfilled the basic requirement of the integrity of a work, as laid down in Directive 2001/29/EC and the practice of EU law, by being Malcolm Sayers and others' own intellectual creation, and are therefore not a work/work of utility art under the Copyright Act.

JLR does not hold the copyright to Jaguar C-type

Original copyright holder of Jaguar C-type

It was not possible, in the creation of the C-type car model in 1950, to obtain protection for such designs, which means that such a right could not be transferred or transferred to Jaguar Cars Limited, either by employment or any other contract.

Malcolm Sayer was also not employed by Jaguar Cars Limited at the time of the design and development of the Jaguar C-type. Thus, no copyright may have been transferred by his employment relationship or by means of a contract. If the Court were to consider that Malcolm Sayer was employed at the relevant time, it is disputed that his copyright or share thereof would have been transferred to Jaguar Cars Limited on account of the employment relationship. There has been no

agreement between Malcom Sayer and the other persons involved in the development of the Jaguar C-type that any copyright in Jaguar C-type or other work would accrue to Jaguar Cars Limited. There is therefore no employment relationship or contract under which any copyright, such as the Swedish copyright invoked, may have been transferred to Jaguar Cars Limited. On the other hand, Jaguar Cars Limited may be deemed to have obtained a right of use or disposal for the purpose which could be foreseen when the processing of the XK120 was carried out — resulting in a Jaguar C-type — intended for the manufacture of contemporary racing cars for participation in competitions, in the first hand Le Mans in 1951.

Jaguar Cars Limited ceased production of the Jaguar C-type race car in 1954 and scrapped and sold out the 53 manufactured. Since then, Jaguar Cars Limited has not produced the C-type car model. The moulds regarding the car's shape were also destroyed in the factory fire of 1957. Nor has British Leyland UK Limited, which acquired the car business in 1972, or Jaguar Cars Limited, which took over the car business in 1982, manufactured the model. Those companies thus did not produce and sell a C-type after 1954. On the other hand, replica production of C-type has been going on since the 1970s without any of the Jaguar companies or anyone else claiming copyright in the car model.

The copyright has not been transferred to JLR

If Jaguar Cars Limited were to be regarded as the holder of copyright relating to Jaguar C-type, it would not have been transferred to British Leyland UK Limited and subsequent operating companies. There is information contained in the 1972 and 1982 agreements specified and identified any copyright/copyright relating to jaguar c-type or any other car model in such a way that it can be considered abandoned by contract. Furthermore, it is clear from both agreements that what was left to be 'going concern', i.e. 'going concern', is not going to be the case. continuing

operations, which does not include Jaguar C-type since Jaguar Cars Limited ceased production in 1954. It is therefore disputed that, on a contractual basis, there may have been a transfer of the copyright to the foregoing. These companies have not claimed any right in the United Kingdom, Sweden or any other country. None of its companies have transferred such a right. Nor has JLR acquired such a right.

Copyright infringement

Alleged copyright infringement

Creare has not produced, marketed, sold or displayed copies of the infringing objects. Moreover, Creare did not participate in the alleged infringement.

Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson have used Creare for the purchase of certain parts and semi-finished products. They have purchased and used components for their manufacture of Jaguar C-type. Creare has not had the car manufactured in any way, nor has it otherwise been involved in the manufacture or disposal of that car.

In any event, the alleged infringements were not committed intentionally or negligently. Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson have been in good faith because of JLR's conduct (the circumstances of this are set out below under the heading "JLR has agreed to the production").

a) Replicasverkad was

Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson have produced a copy of the accused car for private use, without Creare's involvement. Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson have not sold or marketed this copy.

The alleged copy that was displayed at the garage has not been shown publicly under Section 2 of the Copyright Act. The garage meeting in January 2018 was a follow-up meeting

with information about the Magnusson's C-type project for a limited number of club members arranged by Karl Magnusson. There has therefore been no public access. Creare has not been responsible for or been involved in Karl Magnusson's display of the manufactured car at the garage meeting. No additional copy has been produced either privately or commercially through Creare. Moreover, the manufactured copy has not been made available to the public through marketing, sales or offerings. The car has always been in Karl Magnusson's possession.

#### b) Image of the defendants' replica of Jaguar C-type

Infringement is contested on the ground that the petition was made for private use under Section 12 of the Copyright Act. If the model of the petition is considered to be made in violation of Section 12(4) of the Copyright Act, liability under Section 54 of the Copyright Act is challenged, since the infringement was neither intentional nor gross negligence. As regards the allegation that the image was made available to the public, infringement is contested on the ground that the mailing was made only before a closed circle. The image has thus not been disseminated publicly by transmission. It is disputed that the defendants made the invitation available to the public via the internet on the Jaguar Club website.

#### c) Tillverkningsunderlag

The images are not manufacturing documents but are computer-created/produced in March 2016 by Karl Magnusson for the visit to JLR and have only been shown in the UK. The only exploitation that has taken place in the Swedish territory is the presentation to JLR in the United Kingdom. It is disputed that the transmission of one of the manufacturing dossiers by e-mail to Stuart Kilvington made it available to the public. If a post-production disposal is found to exist, infringement is contested on the ground that the production

dossier can only form part of the 'original work' which is obtained and that that part does not show sufficient originality.

#### d) Digital production of Jaguar C-type on business cards and drawings

Infringement is contested on the ground that there are no forms of copyright disposal on English territory. If such imitation disposal is found to exist, infringement is contested on the ground that the side image created by Karl Magnusson can only form part of the alleged 'original work' and that that part does not present sufficient originality.

#### Alleged preparation for copyright infringement

The defendants had prepared for the production of two more cars which would have been manufactured through Creare through the purchase of certain parts and semi-finished products in Creare. The defendants have not continued to provide any measures for the assembly and manufacture of these cars, nor have the acquisition of body parts taken place, following JLR's warning letter of 9 February 2018. No production of the two cars was therefore carried out and no measures have been taken in respect of the plans for more affordable cars. The marketing of these cars began in the United Kingdom with Creare as commercial origin.

Since the defendants' actions have been taken in good faith, thus not knowingly or negligently, infringements are contested in respect of the preparatory measures taken in relation to the planning of two cars. As a result, these alleged acts cannot be prohibited.

JLR has consented to the defendants' copy production and disposals

#### Specific consent

JLR has agreed to the defendants' project on the manufacture and sale of the Jaguar C-

type car model, or at least for the defendants to produce a car for their own use. This is asserted regardless of whether it is the production of copies for private use under Section 12 of the Copyright Act.

Karl Magnusson has on several occasions met and had contact with the responsible representatives of JLR and presented his project in detail. JLR's representatives have announced that they have communicated the project internally and encouraged Ann-Christine Magnusson and Karl Magnusson to continue. By conduct and the facts described below concerning general consent, JLR has given the defendants legitimate reason to believe that the C-type project was permissible and that it was accepted. JLR has thus accepted and consented to the production of the model and the making available of the Jaguar C-type. In any event, JLR has agreed to manufacture for its own use.

#### General consent

JLR has generally agreed to replica production for Jaguar C-type. There is an established market for Jaguar C-type replicas. Several companies have over the years produced a variety of such replicas independently of JLR.

Since the 1970s, JLR has granted access to and abandoned drawings of historical models for replica producers and accepted replica production by using, inter alia, the use of these drawings and other drawings circulated openly in the industry. The company has also cooperated with the replication industry and participated in various arrangements with replica-made Jaguar cars, including Jaguar C-type, and for several years received extensive and detailed information on the manufacturing basis of the defendants' Jaguar C-type project. In addition, JLR has failed to disclose its views on copyright, both externally and internally to employees, and has not taken measures to protect it. JLR has also not registered its right. Through this behaviour and inaction, JLR has generally accepted and consented to

the production of replicas without territorial restriction.

#### Penalty and corrective action

On 31 January 2020, the United Kingdom withdrew from the EU. The transitional rules in force expire on 1 January 2021. From this point on, the United Kingdom becomes a third country in relation to the EU. As a result, internal EU law rules will not apply to companies established within the United Kingdom. Moreover, since there is no protection in force for Jaguar C-type in the United Kingdom, there is no protection under Swedish law (Article 7(8) of the Berne Convention). Any ban shall be imposed in accordance with Swedish law. If the United Kingdom is a third country, a period of protection has to be carried out from the end of 2021 under the Berne Convention. The Jaguar C-type was not subject to copyright protection in the United Kingdom, nor has it enjoyed any protection in any other country of the Union on 1 July 1995. This means that there is no protection in Sweden.

In the event that the court finds that the defendants were to in any way infringe by means of copies, the defendants do not call into question the prohibitions imposed on the defendants in respect of such acts. However, a penalty payment of SEK 1,500,000 would be unfair in relation to the extent and nature of the possible infringement and the financial position of the defendants.

The defendants have not placed any copy of the infringer on the market or made any such copy available to the public. There is therefore no infringing object that can be recalled.

It would be unreasonable to destroy the infringers because the alleged infringements cannot lead to any reduction in the value of any copyright and there is no violation of the moral right. The defendants have been in good faith through their background and contact with the replica market as well as other

contakter. The defendants must be compared with good-faith final consumers. The defendants have invested extensively and spent a lot of time on the C-type project while having ongoing contact with JLR. The company received information about the project but mistakenly perceived that only one car for private use would be built. JLR has not manufactured or marketed Jaguar C-type in Sweden or any other country.

It is the bodywork that forms the form of the alleged work. The body is removable from the chassis. There are thus at least less restrictive corrective measures that can be taken in relation to the body work than the destruction of it.

If the Court finds that any copy of the Infringers is infringing, the defendants are prepared to amend these examples in order to eliminate any unauthorised use.

#### Fair compensation

It is disputed that the defendants are obliged to pay compensation to JLR on account of the alleged infringement. Reasonable compensation under Section 54(1) of the Copyright Act relates to compensation for the exploitation of the copyright work. Such use relates to the use of one of the forms of exclusivity. In this case, only one car has been produced.

#### Investigation

At JLR's request, the hearing has been conducted under the declaration of truth with party representative Amanda Beaton. Furthermore, at the company's request, interviews were held with the expert witnesses Nick Hull, Aina Nilsson Ström and Joanne Louise Shortland, who also submitted expert opinions.

At the defendants' request, hearings were held with Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson during the declaration of truth. At their request, witnesses Tom Thörn, Runo Öggen, Svein Paulsen, Bo Andersson and Thomas

Duvhammar were also questioned and with the expert Vittnet Lars Ove Olsson, who also submitted expert opinions.

At the request of both parties, witnesses Stuart Kilvington and Kevin Riches have been questioned.

The parties have relied on extensive documentary evidence.

#### Grounds

##### Review by the Court of Justice

In its examination of the case, the court initially takes a position on whether a utility art object created in the United Kingdom from 1950 to 1951 and published in 1951 enjoys copyright protection in Sweden today. If deemed to be the case, the court will consider whether Malcolm Sayer, alone or together with others, is the originator of the Jaguar C-type. The court will then determine whether Jaguar C-type is a copyrighted and whether JLR currently holds any copyright in the Jaguar C-type. Please examine this matter in the affirmative, the court will examine whether the defendants have infringed JLR's copyright and whether they have further prepared such infringements.

Finally, whether the infringement has been committed and/or prepared, it remains to be decided whether the defendants are subject to a penalty payment and corrective action and whether they should be ordered to pay fair compensation to JLR.

##### Can a utility art object created in the United Kingdom from 1950 to 1951 enjoy copyright protection in Sweden today?

Protection under copyright law currently in force

The provisions of the Copyright Act apply to the work of a Swedish citizen or habitually staying in Sweden (see Section 60(1)(1)

copyright law). Section 1(2) of the International Copyright Ordinance (1994:193) states that a citizen of an EEA country should always be treated as if he were a Swedish citizen for the purposes of the copyright law. This means that a work created by a British author in the United Kingdom is protected by the Swedish copyright law. However, since the copyright law only entered into force in 1961, and the term of protection that currently applies to utility objects was first implemented in the Copyright Act in 1996, the Court must first decide whether works created before that date are covered by the current legislation, which also applies to literary and artistic works that were created before its entry into force (see Section 65 of the Copyright Act).

#### Protection of utility art in Sweden 1950-1971

In 1950 and 1951, the Law on the Right to Works of Fine Arts was in Force in 1919, which protected, among other things, works of art and the art industry – now referred to as works of art. Such works were protected under Section 14 of the Act until the end of the tenth year from the first publication of the work. This means that a work published in 1951 under this Act was protected until the end of 1961. In 1961, the Copyright Act came into force at the same time as the 1919 Law on the Right to Works of Educational Art was repealed. The transitional provisions of the 1961 Code of Passage provided for the right to works of art or the arts industry, the right of which would expire at the end of the years 1960 to 1970, until the end of 1971. The background to this was that a longer term of protection for utility art was investigated at the time, which is why a provisional extension of the term of protection was justified.

This means that a work published in 1951 was protected until 1971. In 1970, new provisions were introduced in the Copyright Act that protected utility art for 50 years from the death of the author. The provisions also applied to works which were created before the entry into force and enjoyed protection under

earlier provisions. Thus, the term of protection was extended until 2020 for a work created by an author who died in 1970.

#### Protection after the implementation of the Term of Protection Directive

On 1 January 1995, Sweden became a member of the EU, which obliged the inhabitants of the various Member States to treat the inhabitants of the various Member States equally. As regards intellectual property rights, this is reflected in the judgment of the Court of Justice of 20 October 1993 in the joined cases C-92/92 and C-326/92, the EU:C:1993:847, paragraphs 28 and 35, in which the COURT held that Member States must grant authors in other Member States the same protection as domestic authors. Thus, a British author entitled the same right as a Swede under copyright law with Sweden's membership of the EU. On 1 January 1996, the Term of Protection Directive (Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993) was transposed into Swedish law by amending the Copyright Act, extending the term of protection of works to 70 years after the death of the author. At the same time, amendments were introduced to the international copyright regulation, which introduced the aforementioned principle of equal treatment in the field of copyright, as was expressed in the regulation as initially stated and which is now in force. Article 10 of the Term of Protection Directive states that the provisions of the Directive apply to all works which, on 1 July 1995, were protected in at least one Member State. Thus, as works created by EEA citizens enjoyed the same protection in Sweden as those of a Swedish citizen with Sweden's entry into the EU, a work published in 1951 by a British citizen enjoyed protection in Sweden on 1 July 1995 and is therefore subject to the extension of the term of protection, notwithstanding the fact that the relevant legislative and regulatory amendments were implemented in Sweden only on 1 January 1996.

In conclusion, thus, a utility art object created in the United Kingdom from 1950 to 1951 and

published in 1951 by a British author who died in 1970, has copyright protection in Sweden until 2040.

### **Does Jaguar C-type enjoy protections about a copyright work?**

#### Legal starting points

According to section 1 copyright law, the creator of a literary or artistic work has copyright in the work, which may be, for example, a work of utility art – i.e. an object that combines functionality with aesthetics. In order for copyright to be deemed to exist, it must be created to have a so-called work height. According to doctrine and practice, the work must have a certain degree of originality and distinctive character and that it should be a subject-matter that is inconsistent in such a way that it is the author's own intellectual creation (e.g. the Judgment of the European Court of Justice of 16 July 2009 i, C-5/08, Infopaq, EU:C:2009:465).

The question was where the limit on copyright height should lie in the case of utility art was raised in the drivers of the Design Protection Act and in the amendments that were simultaneously made to the Copyright Act. It stated that the introduction of general design protection created the conditions for maintaining rather strict requirements of artisticity when determining the framework within which works of utility art are to be prepared for copyright protection. It was found that only products which, in general terms, are regarded as products of artistic creation should be protected, albeit that, in the case of certain products, there may be a need to show comparative generosity. (Prop. 1969:168 p. 135 f.)

In the case of utility art in particular, the height requirement should also be seen in the context of the scope of protection afforded by copyright. The scope is determined on the basis, inter alia, of the originality of the work. A relatively low requirement for the originality of the alstret can be balanced by a similarly

limited range of protection, but which does not include only pureabyss. In two judgments relating specifically to works of art, the Supreme Court has held that, in order for copyright protection to exist, it should be required, in principle, that the subject-matter at least meet the requirements of originality and individuality that it deserves protection that goes beyond mere image (see NJA 2009 p. 159, Mini Maglite) and that the design of the alstret must not be based solely on professional knowledge, good taste and simple variations of well-known fashion ideas of a more routine character (se NJA 1995 p. 164, Knitted tunic).

#### Who or who created the Jaguar C-type?

It should be noted at the outset that neither Mr Sayer nor anyone else who, in one way or another, participated in the creation of the Jaguar C-type could be heard in the case, which, of course, entails difficulties in the sense of proof. The evidence relied on by the parties is extensive and relates mainly to the description of the history and certain statements made by the alleged authors concerning both jaguar c-type and their roles in the then Jaguar company. However, there are a number of documents and statements from interrogator that should be given particular weight. A means of proof closely linked to Malcolm Sayer himself is his CV provided by JLR through Malcolm Sayer's daughter's office. It follows that Malcolm Sayer 1950 "joined Jaguar to design layout, frame and body of C-type". In addition, Kevin Riches has told him that Tom Jones, who according to the defendants was one of the co-creators of the Jaguar C-type, told him that Malcolm Sayer was the creator of the Jaguar C-type. In this context, Tom Jones is notto have made the case himself for designing the Jaguar C-type. This information has a strong probative value. In addition, an overall assessment of the evidence shows that the general opinion among both employees of the Jaguar companies and Jaguar enthusiasts – including Karl Magnusson, Tom Thörn and Bo Andersson – has been

that Malcolm Sayer is the person who has given Jaguar C-type his form.

The evidence against that fact relates, in particular, to information that a number of persons, in addition to Malcolm Sayer, participated in the production of the Jaguar C-type. Among other things, William Heynes, who at the time was construction manager at the then Jaguar company, had the final say on the design of all cars. However, the Court does not consider that the information submitted precludes the possibility that Mr Sayer had such influence over the design of the Jaguar C-type that he was the author of the Jaguar C-type. In an overall assessment, the Court finds that it is common ground that Malcolm Sayer designed the Jaguar C-type.

Is Jaguar C-type a copyrighted?

The question then is whether the Jaguar C-type car model is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. This examination includes an assessment of whether, in the context of the creation of his work, the designer has been able to express his creative capacity by making free and creative choices. (See Judgment of the European Court of Justice of the European Union, 1 December 2011, Painer, Case C-145/10, EU:C:2011:798, paragraphs 88 to 94.)

An appropriate starting point for the assessment of copyright protection is often the designer's account of the design process, from which it can be clarified what he wanted to create and what formative expressions he thought were important and wanted to highlight at the time. Since it was not possible in this case to hear the designer, the Court may instead take into account, inter alia, what he stated, according to others, about the considerations he made and the instructions and limitations he had in the design.

The space for free and creative choices  
It is common ground that the Jaguar C-type car was created to win the Le Mans

competition in 1951. This meant, of course, that there were high demands on the operation of the car and that there were certain limitations in the design, but has not in itself meant such a restriction on Malcolm Sayer's ability to make free and creative choices that it excluded the height of the work. In that regard, the Court took account of the fact that the cars which participated in the same competition have shown different forms, even though the designers behind them also reasonably had the ambition to win the competition. Nor does the fact that the design object was a car, which naturally imposes restrictions on design, prevent Malcolm Sayer from making free and creative choices (see EU Court of Justice judgment of 11 June 2020, Brompton Bicycle, C-833/18, EU:C:2020:461).

Furthermore, the directives given to Mr Sayer in the design, such as the 'family likeness' of the car and thus being distinguishable as a car from the Jaguar brand, were not such as to limit his choices to any significant extent.

The Court does not accept the defendants' assertion that the sketch relied on in the case, which, according to the defendants, was created by Mr Heynes, means that the design had been determined even before Mr Sayer came into the picture. On the one hand, it has not been established who created the sketch and, secondly, the defendants have not substantiated their claim that, on the basis of the sketch, a designer had created the shape Jaguar C-type expresses. Both Nick Hull (Jaguar car designer at Jaguar, among others) and Aina Nilsson Ström (industrial designer) have explained that the sketch alone could not serve as a basis for creating Jaguar C-type form. They have explained that the sketch lacks information about the three-dimensional shape of the car, such as the appearance of the front and rear, and agree that a car designer would not be able to construct a car similar to the Jaguar C-type from the sketch. Lars Ove Olsson (model carpenter and modeler) has stated that he could use such a sketch for a model, but that he would need more

information about the sides of the car, its width, back and front curves and grill. He further explained that, for missing information, he had filled out the design with elements from the XK120 car model, as this would be the easiest solution. The Court also finds when comparing the sketch and the Jaguar C-type that the shapes differ. Among other things, the rear parts and proportions of the cars are significantly different. The sketch relied on by the defendants does not therefore mean that the shape of Jaguar C-type was predetermined when Malcolm Sayer began his work.

All in all, the investigation shows that Malcolm Sayer had room for free and creative choices in the design of the car.

Furthermore, the Court finds that the investigation supports the fact that Mr Sayer did not merely make functional considerations in the creation of the Jaguar C-type. He has stated, among other things, that "the image sought after is of a low wide high speed car at least as eye-catching as those Italians will produce". According to the doctored, the fact that Malcolm Sayer intended to produce a fast car does not preclude his pursuit of artistic and functional purposes. Nor does the Court find that Malcolm Sayer's statements that he sees himself primarily as an aerodynamicist, and not a designer, preclude his artistic ambitions. This is also reflected in what Aina Nilsson Ström has told us about the fact that there have been much easier ways to achieve the aerodynamic functions, for example by choosing straight shapes instead of round ones.

#### Height of work

Secondly, as regards the question of whether the Jaguar C-type is an individual character, the investigation suggests that the car bears some similarities with the cars previously on the market. This also applies when compared to the car which, according to both JLR and the defendants, expresses the closest shape – the Jaguar XK120.

However, according to the Court, the Jaguar C-type gives an impression that is not only different in detail from this car. Among other things, Jaguar C-type headlights, mudguards and grilles integrated into the body, giving it a softer "face" than the XK120, where these details stand out and give a harder impression. Furthermore, Jaguar C-type shapes are generally more rounded than the XK120's, which also has a more marked "hip" in its sideline. In addition, the Court notes significant differences in the rear of the cars, where the XK120 is longer and more pointed than the Jaguar C-type. Jaguar C-type design language and the overall impression that the essential form elements create are also clearly different from what was present in cars before the Jaguar C-type was introduced.

The Jaguar C-type exhibits crucial differences in both detail and overall impression, which means that the Jaguar C-type possesses an individuality and originality that means that it has a height of work.

#### Protection 1951 and 1970 respectively

The defendants object that, when it was published in 1951, the work had not enjoyed protection under the legislation at the time, nor in 1970 when a new protection for works of use was introduced. In that regard, the Court finds that the protection at issue in 1951 appears to have been rather generous (see, inter alia, NJA 1958 p. 68, NJA

1962 p. 750 and NJA 1964 p. 532, as commented in prop. 1969:168 p. 135 f.). Moreover, the protection, which was then created in 1970, does not appear to have been stricter in any way than today's protection. There is no reason to believe that any other assessment had been made regarding copyright protection either in 1951 or 1970. Jaguar C-type has thus been subject to Swedish copyright since it was published in Sweden and other countries.

The Court's conclusions

It must therefore be held that Jaguar C-type's design is original and constitutes a subject-matter created as a result of The Free and Creative Choices of Malcolm Sayer, and that the design is protected by Swedish copyright today.

**Does JLR own the copyright to the Jaguar C-type?**

Who was the original copyright owner?

Applicable law

JLR submits that the question of who was the original holder of the rights shall be tested under UK law and has specifically pointed out the Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property (the CLIP principles), developed by some of the world's foremost legal experts in the field. According to them, the question of the initial ownership of an immaterial right as a starting point must be determined under the Law of the Country of Protection (Article 3:201(1)), unless the situation is closely connected with another country applying the 'work for hire' terms (Article 3:201(2)(2)). In such cases, these conditions may be applied in such a way that the relationship between the parties is constructed in such a way that it is regarded as having been transferred or granted by exclusive licence. Since the copyright in a work under UK law at the time was granted to the worker (see Copyright Act 1911 section 5.1.b) and Malcolm Sayer were employed by Jaguar Cars Limited, Jaguar Cars Limited was the original holder of the copyright to

Jaguar C-type. However, the application of Swedish law would produce the same result since Jaguar Cars Limited obtained copyright through the employment relationship. This is because the parties intended the author to create the Jaguar C-type on behalf of Jaguar Cars Limited and the parties acted accordingly, the United Kingdom legislation in force at

the time being to be regarded as infill of the agreement. If Malcolm Sayer was not employed, the copyright has been transferred under contract based on the expectations and intentions of the parties, since a car company must obtain the exclusive rights to the shape of the cars and it is in the nature of the assignment that the rights are transferred.

The defendants, for their part, submit that that question must be examined in accordance with Swedish law, since the conditions for asserting an intellectual property law in Sweden are determined by Swedish law. Thus, disputes concerning the creation, content or stock of copyright should be assessed in accordance with Swedish law. This is also supported by the CLIP Principles, which provide that the law of the country of protection applies to the assessment of who was the original copyright owner (Article 3:201(1)). In such circumstances, JLR has not demonstrated that the copyright transferred to them from the author.

The Court's assessment

The question of which country's law is to decide who is the original holder of a copyright in connection with the infringement is not regulated by law. The issue has also not been examined in practice, but is discussed in doctrine and so also in the legal opinions that have been submitted to the case.

In this case, it must be appropriate to apply the law of the country of protection while taking into account the circumstances of the creation of the right in the country of origin. This solution is also advocated in the CLIP principles, which reflect the current understanding of legal scientists in the field of international intellectual property.

The Court therefore applies Swedish law to the assessment of who was the original holder of the rights to Jaguar C-type. It is apparent from Paragraph 1 of the Copyright Act that the creator of a work, in this case Malcolm Sayer,

has the copyright to do so. Malcolm Sayer is thus, under Swedish law, the original holder of the copyright in Jaguar C-type. However, as can be found below, he has transferred it to Jaguar Cars Limited.

The Court does not consider that the evidence relied on by JLR has made it clear whether: Malcolm Sayer at the creation of Jaguar C-type was employed by then Jaguar Cars Limited. Quite clearly, however, they are that Malcolm Sayer had a mission to design the Jaguar C-type on behalf of Jaguar Cars Limited. According to Swedish law, as a contractor there is no starting point that what is created as part of the assignment will pass to the client. Instead, an interpretation of the agreement may be made.

In this case, it is clear that the agreement between Malcolm Sayer and Jaguar Cars Limited has transferred the copyright. The purpose of Malcolm Sayer's involvement in Jaguar Cars Limited was, as previously stated, to form a car that Jaguar Cars Limited would use for both marketing (as well as through participation in the Le Mans competition) and sales to customers. Jaguar Cars Limited would not be able to dispose of the work in the manner required without the copyright being transferred. This is also supported by the subsequent actions of the parties. Amanda Beaton explains that the Jaguar companies have not recently manufactured Jaguar C-type cars, but that in other ways they have used the work by, for example, using Jaguar C-type in marketing and licensing the right to use Jaguar C-type in games. Neither Malcolm Sayer nor his heirs have claimed the copyright. In addition, the Court considers that, even if the UK laws in force at the time, even if they are found to be directly applicable, the UK laws in force must be taken into account as interpretative data. They have affected the parties' aims and expectations when they concluded the agreement. It must therefore have been clear to each contractor that, by the agreement, Malcolm Sayer waived his copyright in favour of Jaguar Cars Limited.

Has Jaguar Cars Limited transferred its right to JLR?

The Court first examines whether the transfer in 1972 transferred the copyright to Jaguar C-type has been transferred to British Leyland UK Limited. The question in that part concerns the interpretation of an agreement concluded between parties which are not part of the dispute in question. Moreover, the individual relations between the Contracting Parties could not be established in the case. In such circumstances, the wording of the speech may, inter alia, serve as a basis for interpretation (see NJA 2015 p. 741). It is clear from the agreement that Jaguar Cars Limited transferred to British Leyland UK Limited '[...] the whole of the undertaking and assets of the Business as a going concern'. The "Business" agreement defines the "[...] the business carried out by the Vendor", whereby "Vendor" is defined as Jaguar Cars Limited.

The Court considers that a reasonable interpretation of the wording is that the parties' intention was to carry out a full transfer of the former company, including the copyright of Jaguar C-type, to the latter. The fact that the copyright in Jaguar C-type or any other car model has not been specified or identified in the agreement does not affect the interpretation. Not to be affected by the fact that Jaguar Cars Limited did not manufacture the car model at the time of the transfer. The fact that 'going concern' is aimed at a snapshot of the company's activities, as claimed by the defendants, appears to be alien. Instead, the wording is perceived as the previous business being able to continue in the new company in unchanged form. This is supported by the fact that at the time it was communicated with the employees that the new company was formed for administrative reasons in order to bring about a previously complex corporate structure. There is nothing else to be found which gives rise to a different interpretation on the part of the Court of Justice. Thus, the copyright in Jaguar C-type has, by contract in 1972,

transferred from Jaguar Cars Limited to British Leyland UK Limited.

The Court then takes a position as to whether the 1982 transfer implies that JLR acquired the copyright in Jaguar C-type. The investigation shows that British Leyland UK Limited

In 1978, a change of company name to BL Cars Limited and then in 1982 to Austin Rover Group Limited. Later that year, that company reached an agreement with the company that is now JLR. Even in respect of that transfer, the individual features of the parties could not be established. It is apparent from the agreement that Austin Rover Group Limited (referred to in the agreement as 'ARG') transferred '[...] the assets and undertaking of the Jaguar Business as a going concern including, without prejudice to the generality of the foregoing, all ARG's rights title and interest in and to: [...] (f) all trade marks, copyrights or other intellectual property rights, know-how and other technical and commercial information relating to the Jaguar Business, together with any patents, registered designs or other protections relating thereto [...]". The Court interprets the same as that above, i.e. that the purpose of the transfer was to transfer all assets, including the copyright to Jaguar C-type, to the acquirer. Furthermore, in this case, it is already clear from the wording that all intellectual property rights linked to Austin Rover Group Limited's activities would be transferred. As explained above, the Court's conclusion is not affected by the fact that the copyright in the Jaguar C-type in particular is not specifically defined in the agreement.

The copyright in Jaguar C-type has thus been transferred by contract to JLR.

### Have the defendants infringed JLR's copyright?

Jaguar C-type is thus a copyrighted and JLR owns the copyright to it. In order to answer the questions about the defendants by means of copies and various disposals infringed JLR's copyright, the court will first consider whether

the alleged infringements fall within the scope of copyright. Such a case shall examine who, or who, committed alleged acts of infringement and whether those acts have infringed JLR's law. If one or more infringements have been committed without the involvement of Create, the court shall examine whether the infringements are covered by the private use exemption of the Copyright Act. In any event, the court must examine the defendants' objection that JLR has given specific or general consent to the alleged disposals.

Are the Infringers covered by the Jaguar C-type protection range?

In the first way, it is common ground that the replica created is a direct copy of the Jaguar C-type. It therefore falls within the scope of protection of the work. The same applies to the photograph of the replica.

As far as manufacturing is concerned, these show only parts of the work. However, they show such crucial parts of the work, its forms and curves that they themselves meet the requirements of originality and height of work. The manufacturing documents represent individually the work in such a way that there is no doubt that they represent the Jaguar C-type. The Court makes the same assessment of the side image, from which Jaguar C-type's characteristic features emerge.

All infringing objects are therefore covered by the scope of protection of the Jaguar C-type.

Do the measures infringe JLR's law?

a) C-type replika

Exemplarframställning

Both Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson have explained that the construction of the replica was a purely hobby project that saw its start in 2009. Karl Magnusson built almost everything himself except for certain mechanical parts and Ann-Christine Magnusson

decorated the car. They have explained that it was Karl Magnusson who developed the documentation to manufacture the replica and that they purchased components partly privately, partly through Creare. The purchases through Creare took place from autumn 2015 to autumn 2017 and were due to the fact that at this time they began coordinating the private purchases with the purchases for the replicas that Creare would produce. Creare bought three sets, one set of which was put out by the spouses. They have explained that it was 2015 that they realized the demand for replicas and decided to enter the industry. On December 10, 2015, they emailed their auditor to discuss how the project could be implemented. Until then, Creare had been dormant since 2012. From this point on, the work on the private replica and the commercial replicas took place in parallel. The frame of the private car came into being in early 2016 and the car was completed in August 2018. They contacted the agent in England in 2017. At the garage meeting in January 2018, Creare's project was not promoted, as it was something that most participants knew about before. The participants also had their own projects. In addition, the cars that Creare would build were not adapted for the market in Sweden, as they would not get approval here because the frames were not built according to Swedish standards. The meeting was intended to show the continuation of the private project and it was rather a coffeeep with good friends. It wasn't Creare without Karl Magnusson who had produced the invitation to the meeting. According to Ann-Christine Magnusson, the brand "AuthentiCat" was included in the invitation because it was a witty name that was fun to show to friends. Moreover, they did not use the trade mark because no production was ever made.

However, according to the judgment, the documentary evidence in the case speaks in a different direction from that expressed by Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson. Among other things, the invitation to the garage meeting in January 2018 shows: "I have

previously told you about C-type recreations that we at Creare are building. The first AuthentiCat C-type has undergone the 'marriage' between body and chassis, and is ready to appear." The invitation is signed "Kalle Magnusson" with the e-postal address "Info@AuthentiCat.co.uk". It is further apparent from the presentation that Karl Magnusson showed to Kevin Riches and Stuart Kilvington in March 2016 that he is the "manager" at Creare and in the presentation the project is referred to as "we" form and both Creare, Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson's respective backgrounds are presented. To take special note is that in the exhibition, which according to Karl Magnusson corresponds to what he said at the presentation, it is stated that "Our business case is now to build 3 cars, as shown here with 3 sets of brackets from our Swedish suppliers.". The image linked to the text shows three sets of components, one set of which, according to the defendants, was later sold from Creare to Karl Magnusson. In addition, the marketing letter sent in October 2017 by the agent designated by the defendants states that the replica cars will be referred to as "THE AUTHENTICAT C-TYPE" and that the first year is expected to be completed in late 2017 or early 2018. Finally, Karl Magnusson himself states in an email to a Jaguar historian in Australia, when he seeks information about jaguar c-type engine, that he together with his wife runs a company that focuses on building three "C-type FIA recreations". In the April 2016 email, Karl Magnusson explains that they are now "in the phase of welding chassis, renovating g-boxes, engines, axles and suspensions".

It must be observed that the documentary evidence clearly corroborates JLR's assertion that it was Creare, together with Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson, who, from the end of 2015, produced the same line in question. This assessment is not affected by the fact that the car has been registered as an amateur. Nor does what Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson have told us give rise to any other assessment. It is therefore not

the rule of law that the undisputed production of specimens was made for private use, since that exception cannot be relied on by an undertaking.

#### View

As regards the question whether the replica has been transmitted to the public by display, according to practice, the making available to an indefinite circle is in the sense that the circuit should not be limited to a (not too large) group of specifically designated persons. The fact that access is conditional, for example, on membership, does not matter as long as the conditions can be met by each one. The assessment is crucial for the assessment of the circle of persons who could potentially benefit from the work. (See exv. NJA 2012 p. 975, item 37 and the practice indicated there.) According to Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson, those who attended the meeting have consisted of members of the Swedish Jaguar club. There have been 20-25 people and, according to the defendants' information, the invitation has gone out to members of the Jaguar club's west coast circuit and to certain members of the Scanian membership. The garage meeting has also been noted in the Jaguar club's calendar.

Karl Magnusson has stated that the Jaguar Club has about 3,500 members and that there are no specific requirements for membership. According to the Court, that means that the display of the reply was directed at an indefinite circle of persons, and therefore to the public, even if only a limited group ultimately assimilated to the work. The hit has therefore made the replica available to the public through viewing.

#### Sales

The Court does not consider that the fact that the replica is not jointly owned by the defendants means that the defendants sold the replica in question and thus made the copy available to the public. Nor does it find that

the fact that a faktura was issued from Creare to Karl Magnusson proves that the replica was initially owned by Creare and then transferred to Karl Magnusson. Instead, the defendants have, through their evidence regarding how the car was registered and through the questioning of Bo Andersson, shown that the car was originally in Karl Magnusson's possession.

As regards the allegation that the specimen was made available to the public by offering for sale through the agent hired by the defendant, JLR has not specified who or to whom the offer was addressed, i.e. how it was made available to the public. It has therefore not been clarified whether the work has been made available to the public in this way.

The infringement thus did not involve sales or offers for sale.

#### b) Picture of replika

For the same reasons as the same as those put forward above concerning the replica car, the Court considers that the presentation of the photograph at the invitation was also carried out jointly by the defendants.

The copy production was therefore not made for private use and has thus infringed JLR's law. However, JLR has not been able to prove against the defendants' opposition that the defendants published the photograph on the Jaguar Club website. Therefore, there has been no infringement in the form of communication to the public which may be attributed to the defendants in respect of done object of infringement.

#### c) Tillverkningsunderlag

In that regard, the Court also considers, as stated above in respect of the replica car, that the production dossier was created jointly by the defendants. The production of specimens is therefore not known as a private use and has thus infringed JLR's law. It is also apparent from the information provided by Karl

Magnusson and AnnChristine Magnusson that the manufacturing dossier was created in Sweden. It has therefore been a case of copy production in the Swedish territory that has infringed JLR's law.

On the same basis, the transmission of the production dossier by e-mail has also been carried out jointly by the defendants. However, the email has been sent to only two people and thus to a closed circle. It has not or concerned such a larger closed circuit covered by the supplementary rule in Paragraph 2(4) of the Copyright Act. Thus, transmission has not involved a communication to the public and, therefore, did not infringe JLR's law.

#### d) Sidobild

For the same reasons as before, the manufacturing dossier was also created by the defendants jointly. The copy production has therefore not been made for private use. It is also apparent from The Information of Karl Magnusson and Ann-Christine Magnusson that the side image was created in Sweden. It has therefore been a case of copy production on Swedish territory which has infringed JLR's law.

Have the defendants prepared infringement of JLR's copyright?

Pursuant to Paragraph 53(5) of the Copyright Act and Chapter 23. 2 § first paragraph 2 penal code, it is a criminal preparation for violation of copyright law to intentionally acquire, manufacture, provide, receive, store, transport, compile or take other similar position with something that is particularly suited to be used as an aid in a crime.

The defendants agree that they planned and took measures such as the acquisition of objects which, if they had been used in accordance with the defendants' application, would have infringed JLR's copyright. As the defendants have observed, those actions have been carried out jointly by the three

defendant parties, who have thus objectively prepared copyright infringement.

In order to be responsible for these acts, the defendant must have had intent – or grossly negligent – in the documents. It is established by the defendants that everyone is aware of the acts taken and the conduct has thus been intentional. It is also clear in the case that, in the preparation of the manufacture of the planned replicas, the defendants were aware of the Jaguar C-type and that the Jaguar C-type was used as a model. It has thus been demonstrated that the preparation for the infringement of the copyright to the Jaguar C-type has been intentional. The defendants' statement that they themselves believed that their actions were permissible does not lead to a different assessment.

Has JLR consented to the defendants' actions through specific consent?

Under Section 27 of the Copyright Act, copyright may be transferred in whole or in part. Copyright may also be entitle under this provision (see prop. 1996/97:129 p. 15).

Transfers and assignments can be made by contract and there are no formal requirements for such contracts. The defendants claim that JLR consented to them to produce copies of and dispose of the Jaguar C-type in that way and that, therefore, the defendants did not infringe JLR's law. It is the defendants who have the burden of this claim.

#### Svarandena's contact with JLR

It is apparent from the evidence relied on that Karl Magnusson and Stuart Kilvington met at a fair in Birmingham in November 2015, where Karl Magnusson stated that he had created a digital production dossier for the Jaguar C-type. They changed contact details and then had contact by email. Karl Magnusson told us in his initial email more about his manufacturing dossier and attached pictures of the same. Stuart Kilvington responded to this

with Kevin Riches and Martyn Hollingsworth, who at the time was Stuart Kilvton's manager, as the copy receiver, stating that he had passed on the dossier internally and asked if Karl Magnusson would visit

United Kingdom again. Karl Magnusson replied that he would be happy to come to England for a more comprehensive presentation and attached additional pictures of, among other things, a car frame and chassis parts. The email did not contain any explanation of what the pictures represented. In March 2016, Karl Magnusson returned and said that he would come to England later in the month and that he would be available for a meeting to present his manufacturing dossier in more detail. Stuart Kilvington replied, with Kevin Riches as the copie receiver, that Karl Magnusson was welcome at the proposed time and asked how many would come.

Karl Magnusson has told us that at the meeting that was then held he met Stuart Kilvington and Kevin Riches. He has explained that at the meeting he told both about his private luar C-type project and about the plans for further manufacturing. It was obvious to him that the plans for further production were commercial. The powerpoint presentation he showed appeared all the Infringers. Karl Magnusson has stated that he showed the entire presentation and stuck to the script given into the case. The script

states, among other things, that "Now we are taking the passion for the C-type I to a professional level" and that "Our business case is now to build 3 cars". So if previously found, there was also in the powerpoint presentation information about Karl Magnusson, Ann-Christine Magnusson and Create and their respective backgrounds.

Stuart Kilvington has told us that his position in the company at the time was "manager", but that it did not mean that he had a role in management, but that he was the manager at the lowest level. He was responsible for handling a large number of inquiries around sales.

He has told us that he perceived Karl Magnusson as an enthusiast who was particularly interested in jaguar C-type. However, he did not quite understand everything that Karl Magnusson told us at the meeting because it had a clear engineering focus, which is why he referred to Kevin Riches. At the time, he had many similar contacts and cannot recall exactly what was said or what documents Karl Magnusson showed. He was also not involved in the whole meeting because he had other commitments that he needed to deal with at the same time. In any case, Karl Magnusson did not tell him that he would produce several replicas, nor did he ask for permission to do such a thing. He did not perceive that Karl Magnusson had a commercial activity. His own purpose with the contact was to see if he could sell anything to Karl Magnusson.

Kevin Riches has told us that he has worked for the Jaguar companies for a long time and has had a number of different roles within the companies. At the time of the meeting with Karl Magnusson he was "Vehicle Engineering Manager". He remembers the meeting and that Karl Magnusson told of his plans to build a Jaguar C-type replica for himself. He can't remember what documents Karl Magnusson showed. Karl Magnusson did not tell him that he would build more than one replica nor asked for permission to do so. Moreover, his role within JLR at the meeting was not such that he could have given a license to produce Jaguar models. In his view, that view could not be taken either, since such a decision would require the approval of the Management Board.

Karl Magnusson followed the meeting up with an email to Stuart Kilvington and Kevin Riches, in which he attached additional manufacturing documents to show how he solved certain issues surrounding the car's appearance. He also stated that "If there is anything else that we can help or assist about recreating the C-type, our services are here to support you". Stuart Kilvington replied that Karl Magnusson's work was very interesting but that it could be a while before he could expect

feedback. Karl Magnusson again emailed Stuart Kilvington and Kevin Riches and reported on his production and attached pictures of the construction and manufacturing documents. This email was not answered.

#### The Court's assessment

The evidence in the case does not support the fact that it is clear to neither Mr Kilvington nor Mr Riches that the project presented by Mr Magnusson was commercial or intended to produce more than one car. Both Stuart Kilvington and Kevin Riches have testified under oath that Karl Magnusson should have said nothing about the production of more than one replica. It should of course be borne in the attention of both Stuart Kilvington and Kevin Riches that they do not have very strong memories of the meeting, which to some extent affects their reliability. However, the overall wonder gives the picture that Karl Magnusson has presented a project that mainly consisted of a solid work to produce manufacturing documents for the Jaguar C-type, which has resulted in the construction of a replica. Seen in this context, it is natural that Mr Kilvington and Mr Riches may not have noticed individual data that have spoken in a different direction. It should also be noted that none of them are lawyers or have any knowledge of what is permitted under Swedish law, which is why they cannot be expected to consider at sitting tables whether what they heard could amount to an infringement.

The Court therefore considers that the information provided to Mr Kilvington and Mr Riches was not such as to have had reason to react. Furthermore, the defendants have not demonstrated that neither Mr Kilvington nor Mr Riches had such a position within

JLR that their possible inaction or conclusion of action could have led to the tying of JLR. Instead, it must be obvious that the employments of Stuart Kilvington and Kevin Riches have not given them the power to consent to these of what may be regarded as

the company's core intangible assets. Nor has there been a contractual relationship between the defendants and JLR. As a result, any inaction and conclusion of action have not been able to give rise to an existing contractual content (cf. The judgment of the Svea Court of Appeal on 17 June 2016 in Case No T 9046-15), or an compulsory duty of loyalty to inform the opposing party of its possible aberration. Finally, the copyright law does not contain any specific regulations obliging a rightholder to act within a certain period of time from the time of becoming aware of an infringement. In the Court's view, there is also no evidence that inaction would lead to a waiver of the right to confer an exclusive right in the manner alleged by the defendants in the case.

The defendants have therefore not established that JLR, through the actions of its employees, has given specific consent to the defendants to produce copies of and dispose of the Jaguar C-type work in that way.

Has JLR consented to the defendants' actions through general consent?

The defendants also claim that JLR has given general consent for each to produce Jaguar C-type copies in the form of replicas and to dispose of them in the way that the defendants have done and that the defendants have therefore not infringed JLR's law. It is the defendants who also have the burden of proof for this claim.

The evidence relied on by the defendants is essentially intended to prove the existence and extent of the replica market. However, JLR does not object to the existence of a replica market, but claims that it does not exist with JLR's permission. The Court of Justice holds it for sure that the alleged market exists. As stated above, the possible inaction of JLR cannot lead it to waive the right to assert an exclusive right in the manner alleged by the defendants. Whether or not JLR has taken action against other replicaproducers, on which

the parties have relied on facts and adduced evidence, is therefore irrelevant. The Court therefore examines whether JLR, through its active conduct vis-à-vis the replica market, provided a case which has allowed the defendants' actions.

It is common ground that JLR has sponsored the Jaguar Classic Challenge, where replica cars are allowed to participate. JLR's deputy Amanda Beaton has stated that the sponsorship is to strengthen the company's brand, but that JLR as a sponsor has no influence over the rules of the competition or over the club hosting the event. The Court does not find that JLR's sponsorship of the contest constitutes an act in which it has given consent to commercial competition.

Furthermore, the defendants state that JLR cooperated with and encouraged replica producers through the actions of its employees. As evidence in this part, the defendants have, inter alia, relied on an advertisement for a Jaguar C-type replica according to which William Heynes allegedly expressed a favourable opinion on the replica in question, information that Kevin Riches produces his own replica, articles and extracts from websites stating that an employee of JLR, Norman Dewis, 'blessed' a replica building and participated in the marketing of replica-made Jaguar models, and information that a representative of The Jaguar Daimler Heritage Trust produces its own replica. Nor can those documents, taken at different times by employees of the Jaguar companies and by an employee of a JLR-independent foundation, be regarded as a binding undertaking on the part of JLR. The persons in question are not representatives of JLR and the Court also knows nothing about the circumstances of those statements and actions.

Finally, the defendants state that, since the 1970s, JLR has granted access to and renounced drawings of historical models for replica producers. As evidence in this part, the defendants have, inter alia, relied on an

extract from an article in which it appears that a replicaproducer worked on the basis of original drawings, an article relating to a replica car based on original drawings, an article according to which JLR failed to make production documents such as original drawings in the years 2007 to

2010, advertisements for replicas according to which the replicas in question were built on the original drawings, an e-mail relating to the sale of a replica built on the basis of original drawings and an extract from a book showing that JLR had cleaned out certain drawings. However, this evidence suggests only that original drawings circulate on the market. It is not clear what circumstances the replica producers have overcome them or what reservations may have been made on the part of JLR. In addition, the mere fact of possessing a drawing relating to a copyrighted work does not give you the right to produce copies thereof. The Court therefore considers that those circumstances also do not prove that JLR has given general consent to replica production.

The defendants have therefore not been able to demonstrate that JLR, as a result, agreed to any form of replica production or waived its right to infringe copyright in Jaguar C-type. The defendants were therefore not entitled to dispose of the Jaguar C-type work in that way.

### **Should defendants pay fair compensation for their use of the Jaguar C-type?**

A person who infringes a copyrighted work must pay fair compensation to the author or his rightholder (Section 54 of the Copyright Act). Such compensation must already be paid on an objective basis, i.e. irrespective of whether the infringement has been carried out intentionally or negligently (see SOU 1956:25 p. 428 f.). The court's infringement assessments therefore impose an obligation on defendants to pay fair compensation for their respective exploitation.

**Should the defendants in the event of a penalty payment be prohibited from continuing with the infringement?**

If any infringement of a copyright infringes, the court may, under Section 53(b) of the Copyright Act, in the event of a penalty payment, prohibit the person taking or participating in such action from continuing with the action. A ban may also be considered in the case of preparation for infringement. The question shall be settled on the basis of the circumstances at the time of the judgment. There is therefore no reason for the Court to consider, as the defendants argued, how the UK's withdrawal from the EU after the transitional period would justify JLR's ability to protect the Jaguar C-type in Sweden.

The court's assessment of copyright infringement is that the defendants jointly produced several copies of the work and made one of them available to the public and prepared the production of additional copies of the work. This provides, on objective grounds, the conditions for prohibiting defendants from taking measures in fringe forcing in the event of a penalty payment. A prohibition decision does not presuppose that the infringements form part of an ongoing infringement.

The design of a penalty ban must take aim at the infringement or infringements that have been committed and must be specific, i.e. to prevent the continuation of the particular infringement which engendered a ban. Nor can a general prohibition of penalties be imposed on infringements, since this is already required by law. (See NJA 2007 p. 431.)

The prohibition decisions are therefore designed, by way of derogation from what has been claimed, as is apparent from the judgment.

Furthermore, when the penalty payment is imposed, it shall be determined in an amount which, having regard to what is known about the financial circumstances of the penalty

addressee and the circumstances in general, can be presumed to induce him to comply with the order. In view of this, according to the Court, a fine of SEK 1 000 000 may be presumed to induce each of the defendants to comply with the respective prohibitions.

**Should the defendants be subject to corrective action?**

The court may, at the request of the author or his rightholder, at the discretion of the court, order that property which is the subject of infringement or infringement be destroyed or amended, or that other measures shall be taken with it to prevent abuse (Paragraph 55(1) copyright law).

As with reasonable compensation and penalty payment, decisions under this provision may be taken irrespective of whether the infringement has been committed intentionally or negligently. However, intervention should not take place to a greater extent than is necessary in view of the author's interest in preventing their misrepresentation of specimens and aids. (See SOU 1956:25 p. 436.)

To the extent that the desired result can be achieved by a less restrictive measure, it should therefore be chosen. The assessment of fairness may take into account what was expressly stated in the previous wording of the provision that action should not be taken against the person who acquires the property in good faith. However, in accordance with the court's assessment in the case, neither Create, Karl Magnusson nor Ann-Christine Magnusson have been in good faith, so that does not affect the court's fairness. However, the Court makes the following considerations as to the fairness of the companies.

It is apparent from the investigation that the body of the replica car at issue in the main proceedings is an infringement of JLR's copyright. The specimens to which the application for corrective action is addressed are shown in Annex A to D. As regards the replica (Annex A)

it can be concluded that the body work is the essential form element with regard to the infringement. According to the Court, therefore, it is a sufficiently restrictive measure for the remedy to be confined to the bodywork. The study also shows that it can be removed from the replica in general.

As regards the other objects of infringement, it is reasonable, according to the Court, that they should be destroyed in accordance with JLR's claim. However, since the

Court has not found that any infringement has been transferred, it is not necessary to order a withdrawal.

### Costs

JLR has had success with all the claims. At that end, the defendants must jointly and severally pay JLR for its costs. The requested claims are reasonable, taking into account the nature and extent of the case.

The defendants object that JLR gave rise to an unnecessary trial by its inaction and therefore requested that JLR under Chapter 18. Paragraph 6 of the Code of Criminal Procedure shall pay the defendants' costs regardless of the outcome of the case. It must be observed, however, that it is already apparent from the Court's assessment of the substance of the case that JLR has not been passive in any way which can be attributed to it. The situation is therefore not such that there are grounds for allocating the costs in the case in any other way than under the general rule of the Code of Procedure.

### Privacy

The confidentiality provision of Chapter 36. Section 2 of the Public Access and Secrecy Act shall continue to apply in accordance with the terms of the judgment.

**HOW TO APPEAL**, see **Judgment** Appendix F (PMD-02) An appeal is lodged with the Court

of Patents and the Market Superior Court and, taking into account the intervening holidays, must have been lodged with the Patent and Market Court by 4 January 2021. A trial permit is required.

Malou Lindblom Peter Adamsson  
Sofia Frisk Lavotha

**Bundegerichtshof – I ZR 9/18**

Vergütungsaufschlag für den Chefkameramann „Das Boot“.

Der Bundesgerichtshof hatte darüber zu befinden, ob dem Chef-Kameramann des Erfolgsfilms „Das Boot“ ein weiterer Vergütungsanspruch in Form einer finanziellen Beteiligung zusteht. Zu prüfen galt mithin, ob die Regelung des § 32 UrhG (der sogenannte Fairnessparagraf) im vorliegenden Fall einschlägig sind.

**BUNDESGERICHTSHOF IM NAMEN DES  
VOLKES**

**URTEIL**

**in dem Rechtsstreit**

Verkündet am: 1. April 2021  
Führinger Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle.

**Das Boot III**

UrhG § 32 Abs. 2 Satz 2, § 32a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1

a) Bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses gemäß §32a Abs.1 Satz1 und Abs.2 Satz1 UrhG kommt es ausschließlich auf das Verhältnis zwischen dem Urheber und dem auf weitere Beteiligung in Anspruch genommenen Nutzungsberechtigten an. Gibt es nur einen Vertragspartner, kann die gesamte mit dem Urheber vereinbarte Vergütung ins Verhältnis zu den gesamten vom Nutzungsberechtigten erzielten Erträgen und Vorteilen gesetzt werden. Gibt es dagegen einen Vertragspartner, der mehreren Dritten unterschiedliche Nutzungsrechte eingeräumt hat, kann bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses nicht die gesamte mit dem Urheber vereinbarte Vergütung zu den gesamten vom Vertragspartner und den Dritten erzielten Erträgen und Vorteilen ins Verhältnis gesetzt

werden, sondern nur der Teil der vereinbarten Gegenleistung, der auf die verwerteten Nutzungsrechte entfällt. Es ist deshalb notwendig, auf allen Stufen der Prüfung des Anspruchs auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a UrhG die für die Einräumung der von dem jeweiligen Nutzungsberechtigten genutzten Nutzungsrechte (fiktiv) vereinbarte Vergütung ins Verhältnis zu den mit der Nutzung dieser Rechte erzielten Erträgen und Vorteilen zu setzen (Fortführung von BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 46, 114, 128, 130 und 158 - Das Boot II).

b) Bei Filmwerken werden Urheber in einer die Vermutung gemäß §10 Abs.1 UrhG begründenden Weise üblicherweise im Vor- oder Abspann aufgeführt.

c) Soweit im Abspann eines Filmwerks neben einem "Chefkameramann" weitere "zusätzliche" Kameramänner aufgeführt werden, kommt darin zwar eine Weisungsbefugnis des "Chefkameramanns" und eine korrespondierende Weisungsgebundenheit der "zusätzlichen" Kameramänner zum Ausdruck. Es kann allerdings nicht ohne gesonderte Feststellungen angenommen werden, dass das Weisungsverhältnis über die Organisation und die technische Durchführung der Dreharbeiten hinausgreift und eine die (Mit-)Urhebereigenschaft begründende eigene schöpferische Leistung der "zusätzlichen" Kameralaute ausschließt.

BGH, Urteil vom 1. April 2021 - I ZR 9/18 - OLG München LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen sowie die Richterin Dr. Schmaltzfür Recht erkannt:

**Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. Dezember 2017 wird

zurückgewiesen, soweit seine Berufung gegen die Abweisung seiner Klage hinsichtlich des Antrags auf Verurteilung der Beklagten zu 3 zur Zahlung von 4.066,11 € zuzüglich Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Auf die Revisionen des Klägers und der Beklagten wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. Dezember 2017 im Übrigen aufgehoben.

Die Sache wird insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

### **Tatbestand**

Der Kläger war Chefkameramann des von der Beklagten zu 1 in den Jahren 1980/1981 hergestellten Filmwerks "Das Boot". Der Beklagte zu 2 ist der Westdeutsche Rundfunk (WDR). Er ist mit anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (ARD) zusammengeschlossen. Die Beklagte zu 3 vertreibt Filme auf Videokassette und DVD.

Von dem Film "Das Boot" wurde bereits 1980/1981 eine Kinofassung, eine Spielfilmfassung und eine Fernsehfassung in Form einer dreiteiligen und einer sechsteiligen Fernsehserie hergestellt. Der Film wurde national und international im Kino, im Fernsehen und auf verschiedenen Bild-/Tonträgern (Videokassette, DVD) ausgewertet. 1997 wurde aus dem Drehmaterial der Fernsehserie eine weitere längere Spielfilmfassung ("Director's Cut") hergestellt, die zunächst national und international im Kino und sodann im Fernsehen sowie auf Bild-/Tonträgern ausgewertet wurde.

Der Spielfilm wurde mit zahlreichen deutschen Preisen ausgezeichnet, unter anderem im Januar 1982 mit der Verleihung des Bayerischen Filmpreises für den Regisseur Wolfgang Petersen und den Kläger als

Kameramann. Im Juni 1982 erhielt Wolfgang Petersen den Bundesfilmpreis. Zudem wurde der Film in sechs Kategorien für den Filmpreis "Oscar" nominiert. International ist der Film "Das Boot" einer der erfolgreichsten deutschen Filme. Der Kläger hatte als Chefkameramann Anteil am weltweiten Erfolg des Filmwerks. Er wurde unter anderem für den Filmpreis "Oscar" in der Kategorie "Beste Kamera" nominiert. Für seine Bildgestaltung wurde er national und international mit weiteren Preisen und Nominierungen ausgezeichnet.

Der Kläger hatte sich gegenüber der Beklagten zu 1 mit Vertrag vom 3. Juni 1980 verpflichtet, in der Zeit vom 1. Januar 1980 bis zum 31. Dezember 1980 gegen eine Pauschalvergütung von 120.000 DM als Chefkameramann für die Produktion "Das Boot" zur Verfügung zu stehen. Mit weiterem Vertrag vom 4. Februar 1981 verpflichtete er sich ihr gegenüber, auch in der Zeit vom 1. Januar 1981 bis zur Beendigung der Tätigkeit gegen eine Wochengage von 3.500 DM zur Verfügung zu stehen. Der Kläger räumte der Beklagten zu 1 seine Nutzungsrechte am Werk "Das Boot" umfassend und zeitlich uneingeschränkt ein.

Die Beklagte zu 1 oder ihre Tochtergesellschaft lizenzierten die Fassungen des Films "Das Boot" an den Beklagten zu 2 und die weiteren mit ihm in der ARD zusammengeschlossenen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Auswertung im deutschen Fernsehen und an die Beklagte zu 3 zur Auswertung auf DVD und Videokassetten in Deutschland und Österreich. Außerdem nutzte die Beklagte zu 1 seit dem Jahr 1981 Ausschnitte aus dem Filmwerk "Das Boot" im Rahmen von Publikumsführungen ("Bavaria Filmtour") auf ihrem Studiogelände in München.

Der Beklagte zu 2 und die mit ihm in der ARD zusammengeschlossenen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten strahlten seit dem 24. Februar 1985 die Fassungen des Films "Das Boot" im Programm "Das Erste" der ARD, in den von den Rundfunkanstalten

jeweils allein verantworteten Dritten Programmen, auf den Digitalsendern "Eins-Festival" (heute: "ONE") und "EinsMuXs" (heute: "EinsPlus") sowie auf dem Sender "3Sat" aus. Außerdem wurden Fassungen des Films auf der Grundlage einer vom Beklagten zu 2 eingeräumten Unterlizenz im Fernsehsender "ARTE" ausgestrahlt. Die Beklagte zu 3 verbreitete das Werk auf Grundlage von mit der Beklagten zu 1 oder ihrer Tochtergesellschaft geschlossenen Lizenzverträgen auf Bild-/Tonträgern in Deutschland und Österreich.

Der Kläger hatte zunächst die Beklagten im Rahmen einer Stufenklage zur Vorbereitung von Ansprüchen auf angemessene weitere Beteiligung auf Auskunftserteilung in Anspruch genommen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 22. September 2011 - I ZR 127/10, GRUR 2012, 496 = WRP 2012, 565 - Das Boot I; OLG München, GRUR-RR 2013, 276). Im vorliegenden Rechtsstreit macht der Kläger nach erteilter Auskunft für Werknutzungen nach dem 28. März 2002 (dem gemäß § 132 Abs. 3 Satz 2 UrhG für die Anwendung dieser Vorschrift maßgeblichen Stichtag) jeweils einen Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung nach § 32a Abs. 1 UrhG (Beklagte zu 1) und § 32a Abs. 2 UrhG (Beklagter zu 2 und Beklagte zu 3) geltend. Von der Beklagten zu 3 verlangt er außerdem den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

#### **Der Kläger hat zuletzt beantragt,**

1. a) Die Beklagte zu 1 zu verurteilen, in eine Änderung der Vereinbarungen der Parteien vom 3. Juni 1980 und vom 4. Februar 1981 einzuwilligen, wonach dem Kläger für die Nutzung der Filmproduktion "DAS BOOT" im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 eine "weitere angemessene Beteiligung" zu bezahlen ist, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch nicht weniger als 250.000 € zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer betragen soll, und für den Zeitraum ab dem 1. Juli 2014 nicht weniger als 3% der Nettoerlöse (= Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer) der Beklagten

zu 1 aus der Verwertung der Produktion zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer auf den jeweils halbjährlich zum 31. Dezember und 30. Juni abzurechnenden und jeweils bis zum 1. Februar und 1. August zu bezahlenden Betrag sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, sofern die jeweils fällige Zahlung nicht, nicht vollständig oder nicht fristgerecht erfolgt. b) Die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an den Kläger für die Nutzung der Filmproduktion "DAS BOOT" im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 eine "weitere angemessene Beteiligung" zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch nicht weniger als 250.000 € betragen soll, zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage vom 10. Oktober 2008. 2.a) Die Beklagte zu 2 zu verurteilen, an den Kläger für die Nutzung der Filmproduktion "DAS BOOT" im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 8. Oktober 2015 eine "weitere angemessene Beteiligung" zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch nicht weniger als 90.000 € zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage vom 10. Oktober 2008 betragen soll. b) Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2 verpflichtet ist, für die Nutzung der Filmproduktion "DAS BOOT" für den Zeitraum ab dem 9. Oktober 2015 an den Kläger eine "weitere angemessene Beteiligung" zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch nicht weniger als die Wiederholungsvergütungen für die Ausstrahlungen der Produktion im eigenen Programm oder in den Gemeinschaftsprogrammen der ARD-Sender entsprechend dem Wiederholungsvergütungsmodell gemäß Anlage K 86 (Wiederholungshonorare ab 28. März 2002, aufgeteilt auf ARD-Sendeanstalten, Rubrik WDR), hilfsweise entsprechend dem Wiederholungsvergütungsmodell gemäß Anlage K 85, und nicht weniger als 3% der Nettoerlöse (Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer) der Beklagten zu 2 aus der

Lizenzierung der Produktion betragen soll, jeweils zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer auf den jeweils halbjährlich zum 31. Dezember und 30. Juni abzurechnenden und jeweils bis zum 1. Februar und 1. August zu bezahlenden Betrag sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, sofern die jeweils fällige Zahlung nicht, nicht vollständig oder nicht fristgerecht erfolgt. 3.a) Die Beklagte zu 3 wird verurteilt, an den Kläger für die Nutzung der Filmproduktion "DAS BOOT" im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 31. März 2017 eine "weitere angemessene Beteiligung" zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch nicht weniger als 240.000 € zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage vom 10. Oktober 2008 betragen soll. b) Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 3 verpflichtet ist, für die Nutzung der Filmproduktion "DAS BOOT" für den Zeitraum ab dem 1. April 2017 an den Kläger eine "weitere angemessene Beteiligung" zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch nicht weniger als 3% der Nettoerlöse (= Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer) der Beklagten zu 3 aus der Verwertung der Produktion betragen soll, zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer auf den jeweils halbjährlich zum 31. Dezember und 30. Juni abzurechnenden und jeweils bis zum 1. Februar und 1. August zu bezahlenden Betrag sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, sofern die jeweils fällige Zahlung nicht, nicht vollständig oder nicht fristgerecht erfolgt. 4. Die Beklagte zu 3 wird verurteilt, an den Kläger 4.066,11 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 16. August 2014 zu bezahlen.

In einem gesonderten Rechtsstreit hat der Kläger außerdem die mit dem Beklagten zu 2 in der ARD zusammengeschlossenen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aus § 32a Abs. 2 UrhG hinsichtlich der Fernsehauswertung in den Gemeinschaftsprogrammen und

den jeweils eigenen Dritten Programmen in Anspruch genommen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 20. Februar 2020 - I ZR 176/18, GRUR 2020, 611 = WRP 2020, 591 - Das Boot II, nachfolgend auch: Parallelverfahren).

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das Landgericht die Beklagten teilweise nach den ursprünglich gestellten Klageanträgen verurteilt (LG München, ZUM 2016, 776).

Das Berufungsgericht (OLG München, GRUR-RR 2018, 225) hat das landgerichtliche Urteil auf die Berufung des Klägers und der Beklagten zu 1 abgeändert. Es hat die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 162.079,27 € nebst Zinsen und Umsatzsteuer und zur Einwilligung in die entsprechende Anpassung der mit dem Kläger geschlossenen Verträge verurteilt. Es hat die Beklagte zu 1 ferner verurteilt, ab dem 1. Juli 2014 eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 0,5% von 1/7 der Nettoeinnahmen (= Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer) aus der "Bavaria Filmtour" sowie 2,25% der Nettoerlöse aus der sonstigen Verwertung der Filmproduktion, jeweils zuzüglich Umsatzsteuer, zu bezahlen.

Den Beklagten zu 2 hat das Berufungsgericht zur Zahlung in Höhe von 89.856,59 € verurteilt und für die Zeit ab dem 9. Oktober 2015 dessen Verpflichtung zur Zahlung einer weiteren angemessenen Beteiligung in Höhe der Wiederholungsvergütungen für die Ausstrahlungen der Produktion im eigenen Programm oder in den Gemeinschaftsprogrammen der ARD-Sender entsprechend dem tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodell sowie in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse (= Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer und eigenen Lizenzkosten) des Beklagten zu 2 aus der Lizenzierung der Produktion, jeweils zuzüglich Umsatzsteuer, festgestellt.

Die Beklagte zu 3 hat das Berufungsgericht zur Zahlung von 186.490,74 € nebst Zinsen und Umsatzsteuer verurteilt und ab dem 1. April 2017 deren Verpflichtung zur Zahlung einer weiteren angemessenen Vergütung in

Höhe von 2,25% der Nettoerlöse aus der Verwertung der Produktion jeweils zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer festgestellt.

Im Übrigen hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen und die Berufungen der Parteien zurückgewiesen. Mit den vom Senat zugelassenen Revisionen verfolgt der Kläger sein Klagebegehren im Umfang der zweitinstanzlichen Anträge weiter und erstreben die Beklagten weiterhin die vollständige Abweisung der Klage. Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

A. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

I. Dem Kläger stehe gegen die Beklagte zu 1 für den Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG ein Anspruch auf Zahlung von 162.079,27 € nebst Zinsen und Umsatzsteuer und zudem ein Anspruch auf Einwilligung in die entsprechende Anpassung der streitgegenständlichen Verträge zu. Ab dem 1. Juli 2014 könne der Kläger eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 0,5% von 1/7 der Nettoeinnahmen aus der "Bavaria Filmtour" sowie 2,25% der Nettoerlöse aus der sonstigen Verwertung der Filmproduktion, jeweils zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer, beanspruchen. Weitergehende Ansprüche bestünden nicht.

Der Kläger habe als Miturheber des Filmwerks von der Beklagten zu 1 vereinbarungsgemäß eine Vergütung in Höhe von insgesamt 104.303,54 € (204.000 DM) erhalten. Im Rahmen der Berechnung einer weiteren angemessenen Beteiligung sei dieser Betrag am 28. März 2002, dem gemäß § 132 Abs. 3 Satz 2 UrhG für die Anwendung dieser Vorschrift maßgeblichen Stichtag, noch nicht als verbraucht anzusehen. Die erhaltene Vergütung sei vielmehr rechnerisch über die gesamte bisherige Nutzungsdauer zu verteilen, woraus sich für den Zeitraum zwischen dem Stichtag und der letzten mündlichen Verhandlung am 1. Juni 2017 ein Betrag von 42.755,05 €

ergebe. Die Beklagte zu 1 habe vor dem Stichtag für die Verwertung des Filmwerks Erträge von mindestens 14.147.476 € und im Zeitraum zwischen dem 29. März 2002 und dem 30. Juni 2014 Verwertungserlöse in Höhe von 8.305.920 € erzielt. Hinzu kämen Erträge durch die Verwertung des Films im Rahmen der "Bavaria Filmtour" in Höhe von anteilig 3.590.224,86 €. Für die Bestimmung der angemessenen Beteiligung des Klägers im Sinne von § 32a Abs. 1 UrhG an diesen Erträgen könne indiziell auf den Tarifvertrag "Erlösbeteiligung Kinofilm" und die "Gemeinsamen Vergütungsregeln für Kameraleute" zurückgegriffen werden; allerdings seien die darin enthaltenen Regelungen an die Umstände des Streitfalls anzupassen. Danach sei eine Beteiligung des Klägers an 2,25% (186.883,20 €) der Verwertungserlöse und in Höhe von 0,5% (17.951,12 €) an 1/7 der Einnahmen aus der "Bavaria Filmtour" angemessen. Da die anteilige vereinbarte Vergütung für diesen Zeitabschnitt weniger als die Hälfte der angemessenen Vergütung betrage, liege auch ein auffälliges Missverhältnis vor. Der Kläger könne deshalb gemäß § 32a Abs. 1 UrhG die Differenz zwischen der anteiligen vereinbarten Vergütung (42.755,05 €) und der angemessenen Vergütung (204.834,32 €) in Höhe von 162.079,27 € nebst Rechtshängigkeitszinsen und Umsatzsteuer verlangen und habe zudem Anspruch auf entsprechende Vertragsanpassung, so dass er ab dem 1. Juli 2014 in dieser Weise an Erträgen zu beteiligen sei.

II. Der Kläger habe gegen den Beklagten zu 2 gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG einen Anspruch auf Zahlung einer weiteren angemessenen Beteiligung für den Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 8. Oktober 2015 in Höhe von 89.856,59 € zuzüglich Umsatzsteuer und Rechtshängigkeitszinsen. Für die Einräumung von Nutzungsrechten könne der Kläger eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse aus der Lizenzierung der Produktion verlangen. Für die Fernsehauswertung der Filmproduktion ab dem 9. Oktober 2015 stehe dem Kläger eine weitere

angemessene Beteiligung in Form von tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungen zu.

Der Beklagte zu 2 habe durch eine Weiterlizenzierung des Films an den Fernsehsender ARTE vor dem Stichtag Lizenzentnahmen in Höhe von 33.233,97 € und danach bei wertender Betrachtung Lizenzentlöse in Höhe von 190.000 € erzielt. Zudem sei das Werk im Dritten Programm des Beklagten zu 2 und in den Gemeinschaftsprogrammen der ARD ausgestrahlt worden, was ihm gemäß dem Verteilungsschlüssel der ARD mit 21,22% zuzurechnen sei. Der Vorteil dieser Ausstrahlungen für den Beklagten zu 2 sei anhand der indiziell herangezogenen Wiederholungsvergütungssätze zu bestimmen, die im Tarifvertrag für auf Produktionsdauer Beschäftigte geregelt seien. Diese Wiederholungsvergütungssätze seien hinsichtlich der Wiederholungen in den Dritten Programmen, im Satellitenprogramm "3Sat" und den Angeboten von ARD-Digital anzuheben, weil diese Sender inzwischen bundesweit empfangbar seien. Insgesamt habe der Beklagte zu 2 Wiederholungsvergütungen von 91.591,64 € erspart. Bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung seien bei den Lizenzentnahmen die von dem Beklagten zu 2 insoweit geleisteten Zahlungen für den Lizenzwerb abzuziehen, so dass ein Nettoerlös von 67.200 € verbleibe. Davon seien 2,25%, mithin 1.512 € anzusetzen. Bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung hinsichtlich der Wiederholungsausstrahlungen seien keine Lizenzgebühren abzuziehen, sondern nur eine anteilige Doppelvergütung in Höhe von 3.247,05 €, weil der Kläger insoweit schon an den Lizenzentlösen der Beklagten zu 1 partizipiere. Es ergebe sich insoweit ein Betrag von 88.344,59 €. Es bestehe ein auffälliges Missverhältnis im Sinne von § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG, weil eine anteilige vereinbarte Vergütung von höchstens 42.755,05 € einer angemessenen Vergütung von 89.856,59 € gegenüberstehe. Der Anspruch bestehe auch in dieser Höhe, weil die anteilig bereits erhaltene Vergütung schon bei der Ermittlung des Anspruchs gegen die Beklagte zu 1 abzuziehen sei. Zudem seien

Prozesszinsen und Umsatzsteuer geschuldet. Ab dem 9. Oktober 2015 bestehe gegen den Beklagten zu 2 außerdem ein Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung zur weiteren angemessenen Beteiligung in Form von Wiederholungsvergütungen sowie in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse aus Lizenzierungen.

III. Gegen die Beklagte zu 3 stehe dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung von 186.490,74 € nebst Zinsen und Umsatzsteuer zu. Diese sei ferner ab dem 1. April 2017 zur Zahlung einer weiteren angemessenen Vergütung in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse aus der Verwertung der Filmproduktion "Das Boot" jeweils zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer verpflichtet.

Die Beklagte zu 3 habe bis zum 28. März 2002 Erträge in Höhe von 23.356.279,99 € und zwischen dem 29. März 2002 und dem 31. März 2017 in Höhe von 9.938.815,91 € aus der Verwertung des Werks erzielt. Davon seien die an die Beklagte zu 1 seit dem Stichtag entrichteten Lizenzgebühren in Höhe von 1.650.338,52 € abzuziehen, so dass ein Nettoertrag von 8.288.477,39 € verbleibe. Gemäß dem indiziell herangezogenen Tarifvertrag "Erlösbeteiligung Kinofilm" betrage die angemessene Vergütung im streitgegenständlichen Zeitraum 186.490,74 € (2,25%). Es liege damit ein auffälliges Missverhältnis zur anteilig anzusetzenden vereinbarten Vergütung des Klägers vor. Deshalb habe der Kläger gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG einen Anspruch in dieser Höhe nebst Prozesszinsen und Umsatzsteuer und auf Feststellung des Anspruchs auf weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse. Dagegen bestehe kein Anspruch auf Ersatz der durch das Auforderungsschreiben des Klägersvertreters entstandenen Kosten in Höhe von 4.066,11 €. Ein Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet aus, da der Kläger mit seiner Zahlungsaufforderung kein Geschäft der Beklagten zu 3 geführt habe. Die Voraussetzungen eines Verzugschadensersatzes lägen ebenfalls nicht vor, weil die geltend gemachte Geschäftsgebühr

bereits vor Erhebung der Stufenklage angefallen sei.

B. Die Revisionen der Parteien haben weitgehend Erfolg.

Die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe gegen die Beklagte zu 1 ein Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung zu und die Beklagte zu 1 sei deshalb wegen der Nutzung der Filmproduktion zur Zahlung eines Betrags von 162.079,27 € und zur Einwilligung in eine Vertragsanpassung verpflichtet, hält der durch die Revision des Klägers und der Beklagten zu 1 eröffneten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand (dazu unter B I).

Mit Erfolg wenden sich die Revisionen des Klägers und des Beklagten zu 2 zudem gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe gegen den Beklagten zu 2 für die Nutzung der Filmproduktion im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 8. Oktober 2015 ein Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 89.856,59 € zu und für die Folgezeit sei ein Beteiligungsanspruch festzustellen (dazu unter B II).

Die Revisionen des Klägers und der Beklagten zu 3 haben Erfolg, soweit sie sich gegen die Annahme eines Anspruchs des Klägers gegen die Beklagte zu 3 auf weitere angemessene Beteiligung (Zahlung und Feststellung) durch das Berufungsgericht richten (dazu unter B III). Dagegen bleibt die Berufung des Klägers ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des Antrags auf Ersatz der durch das Aufforderungsschreiben vom 31. Juli 2014 entstandenen Kosten gegenüber der Beklagten zu 3 richtet (dazu unter B IV).

I. Das Berufungsgericht hat dem Kläger gegen die Beklagte zu 1 gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG einen Anspruch auf Einwilligung in eine Vertragsanpassung zugesprochen. Danach stehe ihm für die Nutzung der Filmproduktion vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 eine weitere angemessene Beteiligung

in Höhe von 162.079,27 € und ab dem 1. Juli 2014 eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 0,5% von 1/7 der Nettoeinnahmen der Beklagten zu 1 aus der "Bavaria Film-tour" sowie von 2,25% der Nettoerlöse aus der sonstigen Verwertung der Filmproduktion zu. Zugleich bestehe ein Zahlungsanspruch in Höhe von 162.079,27 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz und Umsatzsteuer. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Die Frage, ob der Kläger von der Beklagten zu 1 als seiner Vertragspartnerin eine weitere angemessene Beteiligung an den Erträgen oder Vorteilen aus der Verwertung des Filmwerks "Das Boot" beanspruchen kann, ist nach § 32a Abs. 1 UrhG zu beurteilen. § 32a UrhG ist am 1. Juli 2002 in Kraft getreten und gemäß § 132 Abs. 3 Satz 2 UrhG auf Sachverhalte anzuwenden, die nach dem 28. März 2002 entstanden sind. Mit Sachverhalten im Sinne des § 132 Abs. 3 Satz 2 UrhG sind Verwertungshandlungen gemeint (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 54 bis 58 - Das Boot I; BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 - I ZR 222/14, GRUR 2016, 1291 Rn. 16 = WRP 2016, 1517 - Geburtstagskarawane). Der Kläger macht seinen Anspruch auf Zahlung einer weiteren angemessenen Vergütung allein in Bezug auf Verwertungshandlungen geltend, die nach dem 28. März 2002 vorgenommen worden sind.

2. Nach § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG kann der Urheber, der einem anderen ein Nutzungsrecht zu Bedingungen eingeräumt hat, die dazu führen, dass die vereinbarte Gegenleistung unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem anderen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werks steht, von dem anderen verlangen, dass dieser in eine Änderung des Vertrags einwilligt, durch die dem Urheber eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung gewährt wird. Dabei ist es nach § 32a Abs. 1 Satz 2 UrhG unerheblich, ob die Vertragspartner die Höhe der erzielten Erträge oder Vorteile

vorhergesehen haben oder hätten vorhersehen können. Gemäß § 32a Abs. 4 UrhG hat der Urheber keinen Anspruch nach § 32a Abs. 1 UrhG, soweit die Vergütung nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36 UrhG) oder tarifvertraglichen Regelung bestimmt worden ist, sofern dort ausdrücklich eine weitere angemessene Beteiligung für den Fall des § 32a Abs. 1 UrhG vorgesehen ist. Dies gilt mit Wirkung ab dem 1. März 2017 auch im Hinblick auf gemeinsame Vergütungsregeln oder tarifvertragliche Regelungen, die erst nach dem zwischen dem Urheber und dem Verwerter geschlossenen Vertrag zustande gekommen sind (§ 32a Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit § 32 Abs. 2a UrhG und § 132 Abs. 3a UrhG).

3. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger als Miturheber des Filmwerks "Das Boot" berechtigt ist, den Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a UrhG unabhängig von anderen Miturhebern geltend zu machen, und er Zahlung allein an sich selbst verlangen kann (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 12 bis 21 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 23 - Das Boot II). Gleichfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger neben dem Anspruch auf Einwilligung in die Vertragsanpassung auch eine Zahlungsklage erheben konnte, obwohl die Bestimmung des § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG ihrem Wortlaut nach keinen Zahlungsanspruch, sondern einen Anspruch auf Vertragsanpassung gewährt (vgl. BGH, GRUR 2016, 1291 Rn. 20 - Geburtstagskarawane; BGH, Beschluss vom 28. Februar 2017 - I ZR 46/16, ZUM-RD 2017, 251 Rn. 27 bis 29 - Derrick; BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 23 - Das Boot II). Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, der Anspruch aus § 32a Abs. 1 UrhG sei nicht gemäß § 32a Abs. 4 UrhG ausgeschlossen, weil es im Streitfall weder einen Tarifvertrag noch eine gemeinsame Vergütungsregel gebe, die unmittelbar auf die Parteien anwendbar seien. Diese Beurteilung lässt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen und wird von den Revisionen nicht beanstandet.

4. Die Beklagte zu 1 ist als Vertragspartnerin gemäß § 32a Abs. 1 UrhG verpflichtet, einen Anspruch des Klägers auf weitere angemessene Beteiligung zu erfüllen. Der Kläger hat ihr als Produktionsgesellschaft das Recht zur Nutzung seiner urheberrechtlich geschützten Leistungen eingeräumt.

5. Die Beantwortung der Frage, ob ein auffälliges Missverhältnis im Sinne von § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG zwischen der als Gegenleistung für die Einräumung des Nutzungsrechts vereinbarten Vergütung des Urhebers und den aus der Nutzung des Werks erzielten Erträgen und Vorteilen des Vertragspartners besteht, setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 40 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 25 - Das Boot II) zunächst die Feststellung der mit dem Urheber vereinbarten Vergütung (dazu B I 6) und der vom Vertragspartner erzielten Erträge und Vorteile (dazu B I 7) voraus.

Sodann ist die Vergütung zu bestimmen, die - im Nachhinein betrachtet insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessen im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist (dazu B I 8). Schließlich ist zu prüfen, ob die vereinbarte Vergütung mit Blick auf diese angemessene Vergütung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen steht (dazu B I 9). Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat danach ein auffälliges Missverhältnis bejaht. Diese Beurteilung ist jedoch nicht in allen Punkten frei von Rechtsfehlern.

6. Das Berufungsgericht hat angenommen, die für die Mitwirkung des Klägers als Chefkameramann bei der Produktion "Das Boot" gemäß den Verträgen mit der Beklagten zu 1 vereinbarte und gezahlte Vergütung betrage insgesamt 104.303,54 € (204.000 DM). Das Berufungsgericht hat diesen Betrag in voller Höhe der weiteren Prüfung des auffälligen Missverhältnisses zugrunde gelegt. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Im Streitfall kann offenbleiben, ob bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses nicht auf die vereinbarte Vergütung, sondern auf die Vergütung abzustellen ist, die - aus der Sicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses - angemessen im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist, wenn diese angemessene Vergütung die vereinbarte Vergütung übersteigt. Dann wäre zu prüfen, ob die aus der Sicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses angemessene Vergütung mit Blick auf die im Nachhinein betrachtet angemessene Vergütung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen steht. Diese Frage stellt sich im Streitfall nicht, da die Bestimmung des § 32 UrhG auf die hier in Rede stehenden, vor dem 1. Juni 2001 geschlossenen Verträge nicht anwendbar ist (§ 132 Abs. 3 Satz 3 UrhG; vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 26 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 27 - Das Boot II).

b) Die Pauschalvergütung des Klägers ist nicht in eine außer Ansatz zu lassende Teilvergütung für die Arbeitsleistung sowie eine zu berücksichtigende Teilvergütung für die Einräumung des Nutzungsrechts aufzuteilen, sondern in vollem Umfang als Gegenleistung im Sinne des § 32a UrhG anzusetzen (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 28 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 28 - Das Boot II). Davon ist das Berufungsgericht mit Recht ausgegangen.

c) Die Feststellung, welche Gegenleistung für die Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts vereinbart ist, liegt auf tatrichterlichem Gebiet und ist in der Revisionsinstanz nur darauf zu überprüfen, ob das Tatgericht bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2016 - I ZR 151/15, GRUR 2016, 1193 Rn. 20 = WRP 2016, 1354 - Ansprechpartner; Urteil vom 16. November 2017 - I ZR 160/16, GRUR 2018, 541 Rn. 40 = WRP 2018, 429 - Knochenzement II; Urteil vom 7. März 2019 - I ZR 254/16, GRUR 2019, 644 Rn. 34 = WRP 2019, 743 - Knochenzement III; BGH, GRUR

2020, 611 Rn. 32 - Das Boot II). Ein solcher Rechtsfehler ist dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die vereinbarte Gegenleistung für die Einräumung aller für die Verwertung des Filmwerks "Das Boot" in Rede stehenden Nutzungsrechte, also der Nutzungsrechte für die Kinoverwertung, die Fernsehverwertung sowie die Verwertung durch Videokassetten und DVD im Streitfall 104.303,54 € (204.000 DM) beträgt. Diese Beurteilung wird von den Revisionen nicht angegriffen und lässt auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 27 und 41 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 29 bis 35 - Das Boot II).

d) Das Berufungsgericht hat die von ihm rechtsfehlerfrei ermittelte vereinbarte Gegenleistung in voller Höhe seiner Prüfung des auffälligen Missverhältnisses gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG zugrunde gelegt. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses kommt es ausschließlich auf das Verhältnis zwischen dem Urheber und dem auf weitere Beteiligung in Anspruch genommenen Nutzungsberechtigten an. Gibt es nur einen Vertragspartner, kann die gesamte mit dem Urheber vereinbarte Vergütung ins Verhältnis zu den gesamten vom Nutzungsberechtigten erzielten Erträgen und Vorteilen gesetzt werden. Gibt es dagegen - wie im Streitfall - einen Vertragspartner, der mehreren Dritten unterschiedliche Nutzungsrechte eingeräumt hat, kann bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses nicht die gesamte mit dem Urheber vereinbarte Vergütung zu den gesamten vom Vertragspartner und den Dritten erzielten Erträgen und Vorteilen ins Verhältnis gesetzt werden. Es ist möglich, dass bei einer solchen Gesamtbetrachtung ein auffälliges Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und den insgesamt erzielten Erträgen und Vorteilen besteht, aber einige Verwerter außerordentlich hohe Erträge erzielt haben und andere Verwerter mehr oder weniger leer ausgegangen sind. So ist es beispielsweise bei der im Streitfall in

Rede stehenden Konstellation der Verwertung eines Filmwerks denkbar, dass die Auswertung des Films im Kino äußerst erfolgreich war, seine Auswertung im Fernsehen aber keinen Erfolg hatte, oder dass mit der Auswertung eines Films im Inland hohe Erträge, mit seiner Auswertung im Ausland aber nur geringe Einnahmen erzielt worden sind. In einem solchen Fall wäre es nicht gerechtfertigt, wenn der Urheber von dem Fernsehauswerter oder dem Auslandsverwerter mit Blick auf die mit der Filmauswertung insgesamt erzielten Erträge und Vorteile eine weitere Beteiligung beanspruchen könnte. Umgekehrt ist es denkbar, dass bei einer solchen Gesamtbetrachtung kein auffälliges Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und den insgesamt erzielten Erträgen und Vorteilen besteht, weil einige Verwerter zwar außerordentlich hohe Einnahmen, die meisten Verwerter aber nur geringe Einnahmen erzielt haben. Hier muss der Urheber von den Verwertern mit außerordentlich hohen Einnahmen eine weitere Beteiligung fordern können. Deshalb ist es notwendig - auf welcher Stufe der Prüfung auch immer - die für die Einräumung der von dem jeweiligen Nutzungsberechtigten genutzten Nutzungsrechte (fiktiv) vereinbarte Vergütung ins Verhältnis zu den mit der Nutzung dieser Rechte erzielten Erträge und Vorteile zu setzen (zum Anspruch gemäß § 32a Abs. 2 UrhG vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 46, 114, 128, 130 und 158 - Das Boot II).

bb) Dem steht nicht entgegen, dass im Streitfall eine Pauschalvergütung vereinbart worden ist (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 48 bis 50 - Das Boot II). Eine von den übertragenen Nutzungsrechten ausgehende differenzierte Betrachtung führt nicht zu unüberwindlichen praktischen Schwierigkeiten. Vielmehr ist das Tatgericht in einem solchen Fall gehalten, den für die Ermittlung des auffälligen Missverhältnisses maßgeblichen Teil der Vergütung im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung und billigem Ermessen zu bestimmen. Die vorzunehmende Schätzung darf zwar nicht völlig

abstrakt erfolgen, sondern muss auf der Grundlage von vom Kläger vorzutragenden Anknüpfungstatsachen vorgenommen werden. Die Anforderungen an die tatgerichtliche Überzeugungsbildung dürfen dabei aber nicht überspannt werden. Es genügt insoweit eine überwiegende Wahrscheinlichkeit. Mangels abweichender Anhaltspunkte kann daher davon ausgegangen werden, dass der auf die Einräumung eines bestimmten Nutzungsrechts entfallende Anteil an einer von den Vertragsparteien vereinbarten Pauschalvergütung dem Anteil der aus der Nutzung dieses Rechts erzielten Erträge und Vorteile an den mit der Nutzung sämtlicher Rechte erzielten Erträgen oder Vorteilen entspricht. Danach kommt vorliegend eine Schätzung der Höhe des auf einzelne Nutzungsarten entfallenden Teils der Pauschalvergütung auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts mit diesen Nutzungen einerseits und der Gesamtauswertung andererseits erzielten Erträge oder Vorteile in Betracht (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 51 - Das Boot II, mwN). An dieser Beurteilung hält der Senat auch angesichts der von der Revision des Klägers vorgebrachten Kritik fest.

(1) Die Revision des Klägers macht geltend, die Aufteilung einer als Pauschale vereinbarten Buy-Out-Vergütung auf die verschiedenen Nutzungsarten solle nach der Vorstellung des Senats auf der Grundlage der im Rahmen der Werknutzung tatsächlich erzielten Erträge und Vorteile bemessen werden. Diese Feststellung der anfänglich vereinbarten Vergütung auf der Grundlage einer solchen ex-post-Betrachtung widerspreche jedoch dem Grundgedanken der Bestimmung des § 32a UrhG, welcher an der vereinbarten Vergütung und damit an der Situation bei Vertragsabschluss ansetze. Stelle man auf die tatsächlich erzielten Erträge ab, würde die tatsächliche Entwicklung der Werknutzung im Nachhinein als vertragliche Vereinbarung festgeschrieben. Damit würden der Sinn und Zweck des Fairnessausgleichs, den Urheber an einer unerwartet erfolgreichen Nutzung teilhaben zu

lassen, in sein Gegenteil verkehrt. So wäre gerade bei einem Überraschungserfolg einer einzelnen Nutzungsart die Hürde für eine Nachvergütung besonders hoch, denn ihr wäre in diesem Fall auch ein überraschend großer Anteil der Gesamtvergütung zuzuordnen. Diese Einwände greifen nicht durch.

Die von der Revision des Klägers angesprochenen subjektiven Vorstellungen des Urhebers oder des Verwerter über den Grad des Erfolgs einer konkreten Nutzungsart und die daran gemessen unter Umständen "überraschende" tatsächliche spätere Entwicklung sind für die Ermittlung einer weiteren angemessenen Beteiligung nicht maßgeblich (§ 32a Abs. 1 Satz 2 UrhG).

Des Weiteren berücksichtigt die Revision des Klägers nicht hinreichend den prozess-rechtlichen Ausgangspunkt der von ihr beanstandeten Ausführungen des Senats. Danach ist das Tatgericht gehalten, den für die Ermittlung des auffälligen Missverhältnisses maßgeblichen Teil der Vergütung im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung und billigem Ermessen zu bestimmen. Dabei obliegt es dem Kläger, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die eine sachgerechte Aufteilung der vereinbarten Pauschalvergütung auf konkrete Nutzungsrechte ermöglichen können (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 51 - Das Boot II, mwN). Für den Fall, dass der Kläger keine anderen Anhaltspunkte für eine Aufteilung der Pauschalvergütung vortragen kann, steht ihm die Möglichkeit offen, sich auf die dem Vertragsschluss nachfolgende Vertragsdurchführung und die sich daraus ergebenden Verwertungserlöse zu berufen (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 51 - Das Boot II). Dieser Option liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vertragsparteien mit der Vereinbarung einer Buy-Out-Vergütung im Zweifel eine zwar pauschale, nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) aber für beide Seiten interessengerechte Abgeltung der übertragenen Nutzungsrechte bezwecken werden. Werden vom Kläger keine abweichenden

Anhaltspunkte vorgetragen, kann die spätere Vertragsdurchführung für die in Rede stehende, eine typisierende Betrachtungsweise zulassende tatgerichtliche Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO ein hinreichender Anhaltspunkt für eine entsprechend interessengerechte Aufteilung der vereinbarten Pauschalvergütung bieten. Insgesamt ist im Blick zu behalten, dass die in § 287 Abs. 2 ZPO abgesetzten Anforderungen an das Beweismaß und die Erweiterung des richterlichen Ermessens (vgl. Thole in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 287 Rn. 1 und 2) eine vom Gesetzgeber gemäß § 32a UrhG den Gerichten überantwortete Entscheidung dadurch ermöglicht, dass eine Aufklärung unterbleiben kann, die unverhältnismäßige Schwierigkeiten bereitet (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 51, 55 und 83 - Das Boot II, mwN; vgl. auch Peifer, ZUM 2020, 424, 425; Jacobs, GRUR 2020, 584, 586). Die Anforderungen an die tatgerichtliche Überzeugungsbildung dürfen deshalb nicht überspannt werden (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 51 - Das Boot II, mwN).

(2) Die Revision des Klägers wendet gegen die indizielle Bedeutung der dem Vertragsschluss nachfolgenden Auswertung für die gemäß § 287 Abs. 2 ZPO vorzunehmende Schätzung der Aufteilung der vereinbarten Pauschalvergütung außerdem zu Unrecht ein, es handele sich bei der Werknutzung nicht selten um einen Vorgang, der zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts und damit zum Zeitpunkt der vorzunehmenden Schätzung des Tatgerichts nicht abgeschlossen sein werde. Die damit angesprochene Problematik stellt keine Besonderheit der gerichtlichen Bestimmung einer weiteren angemessenen Beteiligung gemäß § 32a UrhG dar, sondern liegt in der Natur einer vom Gesetzgeber angeordneten gerichtlichen Beurteilung nicht abgeschlossener Sachverhalte. Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass die prozessrechtlichen Instrumentarien, namentlich die Möglichkeit der Erhebung einer Feststellungsklage und des Abänderungsverfahrens gemäß § 323 ZPO für die Anwendung des § 32a UrhG untauglich

sind. Keinesfalls aber kann der Umstand einer möglicherweise lang andauernden Werknutzung dazu führen, im Rahmen der Prüfung des Anspruchs auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a UrhG darauf zu verzichten, nur die Vergütungsanteile zu berücksichtigen, die auf das in Rede stehende Nutzungsrecht entfallen.

(3) Entgegen der Ansicht der Revision des Klägers steht einer von den übertragenen Nutzungsrechten ausgehenden differenzierten Betrachtung der vereinbarten Pauschalvergütung anhand der späteren Auswertung auch nicht der Umstand entgegen, dass es dem darlegungsbelasteten Urheber in der Praxis unmöglich sein wird, den Umfang der aus der Nutzung sämtlicher Nutzungsrechte erzielten Erträge und Vorteile darzulegen. Die Geltendmachung des Anspruchs auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a UrhG setzt ohnehin die Darlegung der Erträge und Vorteile aus der Nutzung des Werks voraus. Dem Urheber steht zur Vorbereitung ein entsprechender, auch im Streitfall auf der ersten Stufe geltend gemachter Auskunftsanspruch zu (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 22, 53 und 69 - Das Boot I). Außerdem kommen dem Kläger die allgemeinen Grundsätze der sekundären Darlegungslast zugute, wenn ihm eine nähere Darlegung nicht möglich oder zumutbar ist, während der in Anspruch genommene Verwerter die wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2019 - I ZR 44/19, GRUR 2020, 306 Rn. 16 = WRP 2020, 314 - Sonntagsverkauf von Backwaren, mwN).

Die Revision des Klägers hat außerdem nicht hinreichend in den Blick genommen, dass der Senat keineswegs ausgesprochen hat, die Aufteilung der vereinbarten Vergütung auf konkrete Nutzungsrechte könne allein entsprechend dem Anteil der aus der späteren Nutzung dieser Rechte erzielten Vorteile bestimmt werden. Diese Betrachtung kann für das Tatgericht ausreichende Schätzungsgrundlage sein, wenn andere

Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung vom Kläger nicht vorgetragen werden können. Insoweit kommen - eventuell mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermittelnde - Umstände in Betracht, aus denen sich branchenübliche oder zumindest verwertertypische Nutzungsarten und deren Anteile zueinander ergeben. Gelingt es dem Kläger trotz alledem nicht, hinreichende Anknüpfungstatsachen darzulegen, die eine für die Schätzung nach § 287 ZPO ausreichende überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Aufteilung der Pauschalvergütung begründen können, ist allerdings zu seinen Lasten gegenüber jedem in Anspruch genommenen Verwerter der gesamte Betrag als vereinbarte Vergütung im Sinne von § 32a UrhG zugrunde zu legen. Selbst in einem solchen Fall ist eine Aufteilung der vereinbarten Vergütung aber entbehrlich, wenn - wie vom Kläger auch im vorliegenden Verfahren geltend gemacht wird die gesamte Pauschalvergütung bereits durch vor dem Stichtag erfolgte Nutzungshandlungen sämtlicher Verwerter verbraucht ist und die bei der Berechnung des Anspruchs zu berücksichtigende Gegenleistung daher in jedem Fall mit "Null" anzusetzen ist.

cc) Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger der Beklagten zu 1 seine Nutzungsrechte am Werk "Das Boot" umfassend und zeitlich uneingeschränkt eingeräumt und dafür eine vereinbarte Pauschalvergütung in Höhe von 104.303,54 € erhalten. Für den gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG ist bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen nur der Teil der vereinbarten Pauschalvergütung maßgeblich, der auf die von der Beklagten zu 1 tatsächlich genutzten Nutzungsrechte entfällt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1 Erträge aus der Vergabe von Lizenzen und aus der öffentlichen Wiedergabe von Ausschnitten aus dem Film "Das Boot" bei der "Bavaria Filmtour" erzielt. Das Berufungsgericht wird im Rahmen

des wiedereröffneten Berufungsverfahrens den auf diese Nutzungen entfallenden Anteil der Pauschalvergütung nach den vorstehenden Grundsätzen zu schätzen haben.

7. Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten zu 1 erlangten Erträge und Vorteile im Sinne von § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG rechtsfehlerfrei ermittelt.

Es hat bei der Ermittlung der Erträge oder Vorteile zunächst den Umfang der Werknutzung durch die Beklagte zu 1 festgestellt. Dabei hat es zum einen zutreffend die von der Beklagten zu 1 erzielten Erlöse aus der Lizenzverwertung berücksichtigt (dazu unter B I 7 a). Außerdem hat es die von der Beklagten zu 1 durch die Verwertung von Filmausschnitten anteilig auf das Werk "Das Boot" entfallenden Erträge aus der "Bavaria Filmtour" rechtsfehlerfrei geschätzt (dazu unter B I 7 b).

a) Das Berufungsgericht hat zutreffend die von der Beklagten zu 1 erzielten Erlöse aus der Lizenzverwertung berücksichtigt.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass sich die von der Beklagten zu 1 durch die unmittelbare Verwertung des Filmwerks erzielten Erträge und Vorteile im Zeitraum bis zum Stichtag am 28. März 2002 auf mindestens 14.147.476 € und nach dem Stichtag im Zeitraum bis zum 30. Juni 2014 auf 8.305.920 € beliefen. Diese Feststellungen werden von den Revisionen nicht angegriffen und lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten zu 1 gegen die vom Berufungsgericht im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO vorgenommene Ermittlung der durch die Verwertung von Filmausschnitten anteilig auf das Werk "Das Boot" entfallenden Erträge aus der "Bavaria Filmtour".

aa) Das Berufungsgericht hat die Erträge aus der "Bavaria Filmtour" vor dem Stichtag auf 36.522.504,27 € und nach dem Stichtag auf

25.131.574,01 € geschätzt. Gegen diese Beträge und ihre Berechnungen erhebt die Revision der Beklagten zu 1 keine eigenständigen Rügen.

bb) Das Berufungsgericht hat außerdem rechtsfehlerfrei angenommen, von den durch die "Bavaria Filmtour" erzielten Einnahmen entfalle ein Anteil von 1/7 - vor dem Stichtag also 5.217.599,61 € und danach 3.590.224,86 € - auf die Verwertung des Filmwerks "Das Boot".

(1) Ein konkreter Maßstab für die Ermittlung des Vorteils, den die Beklagte zu 1 als Produktionsgesellschaft durch den Einsatz von Filmausschnitten im Rahmen der "Bavaria Filmtour" erlangt hat, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Wird die Art und Weise der Bewertung eines Vermögensgegenstands vom Gesetz nicht geregelt, ist es Aufgabe des Tatgerichts, im Einzelfall die nach den Umständen sachgerechteste Bewertungsart auszuwählen und anzuwenden. In der Sache handelt es sich um eine Schätzung im Sinne des § 287 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2010 - XII ZR 170/09, NJW 2011, 601 Rn. 21; BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 55 - Das Boot II). Im Revisionsverfahren ist diese Schätzung nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und sämtliche für die Beurteilung bedeutsamen Tatsachen berücksichtigt hat, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2008 - I ZR 6/06, GRUR 2009, 407 Rn. 23 = WRP 2009, 319 - Whistling for a train; Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 38/07, BGHZ 182, 337 Rn. 31 - Talking to Addison; Urteil vom 21. Mai 2015 - I ZR 62/14, GRUR 2016, 62 Rn. 47 = WRP 2016, 354 - GVR Tageszeitungen I, mwN). Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, dem Tatgericht eine bestimmte Berechnungsmethode vorzuschreiben (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2014 - VI ZR 357/13, NJW 2014, 3151 Rn. 12; BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 55 - Das Boot II). Nach diesen

Maßstäben hält das Berufungsurteil der Nachprüfung stand.

(2) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Erlöse der Beklagten zu 1 aus der "Bavaria Filmtour" jedenfalls anteilig auch auf der Auswertung des Filmwerks "Das Boot" beruhen.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bei dem im Rahmen der "Bavaria Filmtour" vor der Station "Das Boot" gezeigten dreiminütigen "Making-of" sowie dem an einer weiteren Stelle der Filmtour ausgestrahlten rund 10-minütigen Dokumentarfilm jeweils mit Ausschnitten aus dem Film "Das Boot" handele es sich jedenfalls auch um eine Filmverwertung und nicht lediglich um eine Merchandisingmaßnahme durch Vermarktung einer Liegenschaft. Die Verwertung des Filmwerks habe nicht vernachlässigbar zur Erzielung von Einnahmen beigetragen, weil es zum Wesen der "Bavaria Filmtour" gehöre, an den jeweiligen Stationen Filmausschnitte zu Anschauungszwecken zu zeigen.

Soweit die Revision der Beklagten zu 1 einwendet, die Bedeutung der BootStation in der Ausstellung beruhe nicht auf der Benutzung der Filmausschnitte, sondern dem begehbaren U-Boot als spektakulärstem Exponat und (nur) dafür würden die Besucher auch das Eintrittsgeld zahlen, setzt sie lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Tatgerichts, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen.

(3) Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten zu 1 hat das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung hinreichend berücksichtigt, dass andere Filmproduktionen, die im Rahmen der "Bavaria Filmtour" ebenfalls gezeigt worden seien, im Rahmen der Kinoauswertung höhere Zuschauerzahlen erreicht hätten. Es hat angenommen, bei der Bewertung dieses Umstands sei zu beachten, dass der Film "Das Boot" international einer der erfolgreichsten deutschen Filme aller Zeiten sei und bis 1987 weltweit über 70 Millionen

Zuschauer erreicht haben dürfte. Der Film habe international einen für eine deutsche Filmproduktion ganz außergewöhnlich hohen Zuschauerzuspruch erfahren. In den USA etwa gelte "Das Boot" bis heute als der erfolgreichste deutsche Film.

Soweit die Revision der Beklagten zu 1 geltend macht, der Film "Das Boot" sei mittlerweile fast 40 Jahre alt und dem jüngeren inländischen Publikum, an welches sich die "Bavaria Filmtour" vorrangig richte, trotz des langen Verwertungszyklus weniger bekannt, legt sie keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts dar, sondern setzt die von ihr für richtig gehaltene Gewichtung der für eine Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO maßgeblichen Umstände an die Stelle der tatgerichtlichen Würdigung.

(4) Ohne Erfolg macht die Revision der Beklagten zu 1 geltend, von den Nettoerträgen sei nicht nur der vom Berufungsgericht mit 6/7 bestimmte, auf andere Filme entfallene Anteil abzuziehen, sondern auch der zur Deckung der Kosten der "Bavaria Filmtour" bestimmte Erlösanteil.

Die Revision der Beklagten zu 1 lässt außer Acht, dass bei der Prüfung, in welchem Verhältnis die vereinbarte Vergütung des Urhebers zu den Erträgen und Vorteilen des Verwerter steht, nicht auf den Gewinn, sondern auf den Bruttoerlös des Verwerter abzustellen ist; den Gewinn des Verwerter schmälernde Aufwendungen können erst bei der Prüfung berücksichtigt werden, ob unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem Verwerter ein auffälliges Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und den Erträgen und Vorteilen besteht (BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 33 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 112 - Das Boot II).

Hinzu kommt, dass die Rüge der Revision der Beklagten zu 1 wiederum auf der Annahme beruht, dass die Besucher der "Bavaria Filmtour" ihr Eintrittsgeld (allein) für das Zutrittsrecht zu einer Freizeit-Vergnügungsstätte entrichten und nicht (auch) für die mit dem Besuch der einzelnen Stationen verbundene

Möglichkeit zur Wahrnehmung der dort gezeigten Filmausschnitte. Damit berücksichtigt die Revision der Beklagten zu 1 nicht die rechtsfehlerfrei getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, die Verwertung des Filmwerks habe nicht vernachlässigbar zur Erzielung von Einnahmen beigetragen, weil es zum Wesen der "Bavaria Filmtour" gehöre, an den jeweiligen Stationen Filmausschnitte zu Anschauungszwecken zu zeigen.

8. Nachdem das Berufungsgericht zunächst die mit dem Kläger vereinbarte Vergütung und sodann die von der Beklagten zu 1 erzielten Erträge und Vorteile festgestellt hat, hat es weiter angenommen, die Vergütung, die - im Nachhinein betrachtet - insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessen im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG sei, betrage insgesamt 204.834,32 €.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei die angemessene Vergütung unter indizieller Anwendung des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" vom 13. Mai 2013 sowie der "Gemeinsamen Vergütungsregeln für Kameraleute" (abgeschlossen zwischen dem BVK-Berufsverband Kinematografie e.V. und der Constantin Film Produktion GmbH) für Kinofilme vom 20. Dezember 2012 ermittelt (dazu unter B I 8 a). Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner die sich aus diesen Regelungen ergebende Mindestbeteiligung am durch die Verwertung des Films erzielten Lizenzlös in Höhe von 1,272% unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Streitfalls, namentlich der herausragenden kreativen Leistung des Klägers im Hinblick auf das "Gewerk Kamera", auf 2,25% erhöht (dazu unter B I 8 b). Die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe bei der indiziellen Anwendung dieser Regelwerke 100% der auf das "Gewerk Kamera" entfallenden Beteiligung zu, ist demgegenüber nicht rechtsfehlerfrei (dazu unter B I 8 c). Soweit das Berufungsgericht davon

ausgegangen ist, die angemessene Beteiligung des Klägers an den auf die Station "Das Boot" der "Bavaria Filmtour" entfallenden Einnahmen betrage 0,5% der Nettoerlöse, halten seine Ausführungen ebenfalls nicht in vollem Umfang der rechtlichen Nachprüfung stand (dazu unter B I 8 d).

a) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Vergütung für Lizenz-einnahmen und die Einnahmen der "Bavaria Filmtour", die - im Nachhinein betrachtet - insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessen im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist, im Rahmen der Prüfung einer weiteren angemessenen Beteiligung gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG nach den im Streitfall maßgeblichen Umständen unter indizieller Heranziehung des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" vom 13. Mai 2013 sowie der "Gemeinsamen Vergütungsregeln für Kameraleute" für Kinofilme vom 20. Dezember 2012 (abgeschlossen zwischen dem BVK-Berufsverband Kinematografie e.V. und der Constantin Film Produktion GmbH) ermittelt werden kann.

aa) Gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist die Vergütung angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist. Die im Sinne von § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG angemessene Vergütung ist vom Tatgericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung und billigem Ermessen zu bestimmen. Im Revisionsverfahren ist diese Entscheidung nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob das Berufungsgericht bei der Bestimmung der Vergütung von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und sämtliche für die Bemessung der Vergütung bedeutsamen Tatsachen berücksichtigt hat, die von den Parteien vorgebracht worden

sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben (BGHZ 182, 337 Rn. 31 - Talking to Addison; BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - I ZR 39/14, GRUR 2016, 67 Rn. 23 = WRP 2016, 360 - GVR Tageszeitungen II; BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 121 - Das Boot II).

bb) Anhaltspunkte für eine in der Filmbranche übliche Vergütung der im Streitfall in Rede stehenden Nutzungsrechtsübertragung sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Parteien hätten keine Branchenübung dargetan, die im Streitfall Anwendung finde. Dagegen erheben die Revisionen keine Einwände.

cc) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dem "Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm" vom 13. Mai 2013 sowie den "Gemeinsamen Vergütungsregeln für Kameraleute" vom 20. Dezember 2012 könnten konkrete Anhaltspunkte für die Bestimmung der angemessenen Vergütung im Streitfall entnommen werden.

(1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats können bei der zur Ermittlung der angemessenen Vergütung nach § 32 UrhG gemäß Absatz 2 Satz 2 dieser Vorschrift vorzunehmenden Prüfung, ob eine Vergütung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist, auch solche gemeinsamen Vergütungsregeln im Sinne von § 36 UrhG als Vergleichsmaßstab und Orientierungshilfe herangezogen werden, deren Anwendungsvoraussetzungen nicht (vollständig) erfüllt sind und die deshalb keine unwiderlegliche Vermutungswirkung im Sinne von § 32 Abs. 2 Satz 1 UrhG entfalten (BGHZ 182, 337 Rn. 32 bis 34 - Talking to Addison; BGH, GRUR 2016, 62 Rn. 16 - GVR Tageszeitungen I; GRUR 2012, 611 Rn. 57 und 126 - Das Boot II, jeweils mwN). Dabei ist es für die indizielle Heranziehung von Vergütungsregeln im

Rahmen der gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG vorzunehmenden Einzelfallabwägung nicht erforderlich, dass sämtliche Voraussetzungen für die Anwendung der Vergütungsregel erfüllt sind. Ausreichend ist vielmehr eine vergleichbare Interessenlage; eventuell für die Frage der Angemessenheitsprüfung bestehenden erheblichen Unterschieden ist im Einzelfall durch eine modifizierte Anwendung der Vergütungsregel Rechnung zu tragen (vgl. BGHZ 182, 337 Rn. 34 - Talking to Addison; BGH, GRUR 2016, 62 Rn. 21 - GVR Tageszeitungen I; GRUR 2012, 611 Rn. 57 und 126 - Das Boot II). Tarifvertragliche Regelungen, deren Anwendungsvoraussetzungen nicht vorliegen, können ebenso wie gemeinsame Vergütungsregeln im Rahmen der Bestimmung einer angemessenen Vergütung gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG bei vergleichbarer Interessenlage indizielle Bedeutung haben, wobei erhebliche Unterschiede im Einzelfall wiederum durch eine modifizierte Anwendung der tariflichen Vergütungsbestimmungen zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, GRUR 2016, 62 Rn. 27 - GVR Tageszeitungen I, mwN; GRUR 2012, 611 Rn. 57 und 126 - Das Boot II; Schulze in Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 32a Rn. 41). Diese Grundsätze tragen dem Umstand Rechnung, dass es bei der Bestimmung einer angemessenen Vergütung gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG und einer weiteren angemessenen Beteiligung im Sinne von § 32a UrhG darum geht, dass das Tatgericht im Rahmen seines weit gefassten Ermessens gemäß § 287 Abs. 2 ZPO im Einzelfall die nach den Umständen sachgerechteste Bewertungsart auszuwählen und anzuwenden hat, um der vom Gesetzgeber lediglich general-klauselartig und unspezifisch gefassten Aufgabe gerecht zu werden, eine angemessene Beteiligung des Urhebers an den Vorteilen der Auswertung des von ihm (mit-)geschaffenen Werks sicherzustellen (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 58 - Das Boot II).

(2) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Es hat angenommen, die Bestimmungen im "Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm"

für die auf das "Gewerk Kamera" entfallende Erlösbeteiligung sowie die in den "Gemeinsamen Vergütungsregeln für Kameraleute" getroffenen Regelungen für eine angemessene Beteiligung der Kameraleute am Erlös seien zwar nicht unmittelbar anwendbar, hätten jedoch im Streitfall indizielle Bedeutung, weil sie vergleichbare Sachverhalte regelten.

Gegen diese Beurteilung erheben die Revisionen keine Rügen. Soweit die Revision der Beklagten zu 1 geltend macht, die konkrete Anwendung des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" zur Ermittlung des Anteils des Klägers an den Erlösen der "Bavaria Filmtour" sei ohne die Berücksichtigung der für die Durchführung der Tour anfallenden Kosten schon im Ansatz verfehlt, erhebt sie keine Rüge, die gegen die Feststellung der Vergleichbarkeit der Umstände des Streitfalls mit den durch die in Rede stehenden kollektiven Vergütungsbestimmungen geregelten Sachverhalte durch das Berufungsgericht gerichtet ist. Sie wiederholt vielmehr in der Sache ihre Ansicht von der Maßgeblichkeit der im Rahmen der "Bavaria Filmtour" anfallenden Kosten. Dabei lässt sie erneut außer Acht, dass bei der Prüfung, in welchem Verhältnis die vereinbarte Vergütung des Urhebers zu den Erträgen und Vorteilen des Verwerter steht, nicht auf den Gewinn, sondern auf den Bruttoerlös des Verwerter abzustellen ist (vgl. unter B I 7 b dd [1]).

(3) Entgegen der Ansicht der Revisionen der Beklagten ist mit einer vom Berufungsgericht für maßgeblich gehaltenen indiziellen Anwendung von tarifvertraglichen Regelungen auf Außenseiter weder eine Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte des Verwerter gemäß Art. 9 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG noch eine Verletzung tarifgesetzlicher Grundsätze verbunden (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 60 bis 65 - Das Boot II). Die indizielle Heranziehung von tarifvertraglichen Bestimmungen setzt außerdem nicht die Feststellung voraus, dass diese der Markt- oder Branchenüblichkeit entsprechen (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 66 bis 68 - Das Boot II).

dd) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe ausgehend von den indiziell herangezogenen Regelungen einen Anspruch auf eine Mindestbeteiligung in Höhe von 1,272% an den vorliegend relevanten Erlösen. Gegen diese Beurteilung erheben die Revisionen keine eigenständigen Einwände.

b) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass diese Mindestbeteiligung in Höhe von 1,272% unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Streitfalls auf 2,25% der von der Beklagten zu 1 erzielten Lizenzerlöse angehoben werden kann, so dass sich für das "Gewerk Kamera" eine Beteiligung an den Lizenzerlösen der Beklagten zu 1 in Höhe von 186.883,20 € ergibt. aa) Es ist dabei zutreffend von dem Grundsatz ausgegangen, dass eventuell für die Frage der Angemessenheitsprüfung bestehenden erheblichen Unterschieden im Einzelfall durch eine modifizierte Anwendung der Vergütungsregel Rechnung zu tragen ist (vgl. BGHZ 182, 337 Rn. 34 - Talking to Addison; BGH, GRUR 2016, 62 Rn. 21 - GVR Tageszeitungen I; GRUR 2012, 611 Rn. 57 und 126 - Das Boot II).

bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls sei eine Erhöhung der sich aus den tarifvertraglichen Bestimmungen und den Regelungen der Gemeinsamen Vergütungsregel ergebenden Mindestbeteiligung in Höhe von 1,272% im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf einen Beteiligungssatz in Höhe von 2,25% erforderlich, aber auch ausreichend. Es hat dazu ausgeführt, durch eine solche Anhebung werde berücksichtigt, dass die herausragende kreative Leistung des Klägers, die unter anderem durch die Oscar-Nominierung und zahlreiche weitere Preise honoriert worden sei, maßgeblich zum großen nationalen und internationalen Erfolg des Filmwerks "Das Boot" und seiner erfolgreichen Auswertung beigetragen habe. Ob der Kläger durch die Leitung der Dreharbeiten bei den Außen- und Unterwasseraufnahmen

in Abwesenheit des Regisseurs neben seiner Tätigkeit als Chefkameramann zusätzlich Bildregieleistungen oder gar Regieleistungen durchgeführt habe, die eine höhere Beteiligung nach den für Regisseure geltenden Vertragswerken rechtfertigen würden, könne angesichts dieser herausragenden individuellen Leistung des Klägers als Kameramann für die Annahme einer Erhöhung der Beteiligungsquote dahinstehen. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision der Beklagten zu 1 stand.

cc) Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten zu 1 ist die Berücksichtigung einer herausragenden schöpferischen Leistung des Urhebers nicht systemwidrig. Gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG sind bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Dazu gehört grundsätzlich auch die Schöpfungshöhe des Werks (vgl. BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 38/07, GRUR 2009, 1148 Rn. 41 = WRP 2009, 1561 - Talking to Addison; Haedicke/Peifer in Schricker/Loewenheim, UrhR, 6. Aufl., § 32 Rn. 38; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, UrhR, 4. Aufl., § 32 Rn. 32).

dd) Ohne Erfolg rügt die Revision der Beklagten zu 1 außerdem, die vom Berufungsgericht vorgenommene Erhöhung der tarifvertraglichen Mindestvergütung sei vollständig aus der Luft gegriffen und damit willkürlich. Entgegen dem zur Begründung vorgebrachten Einwand der Revision der Beklagten zu 1 ist nicht erkennbar, dass insoweit die besondere künstlerische Leistung des Urhebers im Ergebnis doppelt vergütet werde, weil das Berufungsgericht den (gemessen am wirtschaftlichen Erfolg) angemessenen tariflichen Beteiligungssatz wegen (vermeintlich) überdurchschnittlicher Kreativität erhöht habe. Die Revision der Beklagten zu 1 lässt unberücksichtigt, dass das Berufungsgericht mit Recht die Erhöhung mit den Besonderheiten des Einzelfalls begründet und ihre Zulässigkeit den indiziell herangezogenen Bestimmungen selbst entnommen hat. So hat es eine angemessene

Erhöhung der tarifvertraglichen Mindestbeteiligung in Höhe von 1,272% auf die "Gemeinsamen Vergütungsregelungen für Kamerateure" und den dort bestimmten Beteiligungssatz von 1,6% gestützt und außerdem berücksichtigt, dass dort eine weitere Erhöhung im Rahmen des individuellen Fairnessausgleichs gemäß § 32a UrhG ausdrücklich gestattet wird.

ee) Soweit die Revision der Beklagten zu 1 geltend macht, der Erfolg des Films beruhe gleichermaßen auch auf herausragenden Einzelleistungen anderer am Film Beteiligter und der Kläger dürfe an den zusätzlich zu verteilenden Erlösen nicht mehr als im Tarifvertrag vorgesehen partizipieren, legt sie keinen Rechtsfehler dar. Das Berufungsgericht hat angenommen, zum großen und fortlaufenden nationalen und internationalen Erfolg des Filmwerks "Das Boot" habe maßgeblich die herausragende, durch die Oscar-Nominierung und die Verleihung zahlreicher Preise dokumentierte kreative Leistung des Klägers als Kameramann beigetragen. Darin kommt die aus Rechtsgründen nicht zu beanstandende tatgerichtliche Wertung zum Ausdruck, dass dem Werkbeitrag des Klägers als Kameramann ein höherer Anteil am Erfolg des Films zukommt, als es üblicherweise - auch mit Blick auf die anderen kreativen Beteiligten - bei Filmproduktionen der Fall ist.

ff) Wegen dieser Besonderheiten des Streitfalls ist entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten zu 1 auch nicht ersichtlich, dass die Beurteilung des Berufungsgerichts dazu führen könnte, dass nunmehr auch eine Erhöhung der tarifvertraglichen Vergütung anderer Urheber drohe und der Verwerter deshalb mit einer weiteren Verwertung Verluste hinnehmen müsse. Das Berufungsgericht hat keine Umstände festgestellt, die eine solche Gefahr hinreichend wahrscheinlich erscheinen lassen. Die Revision der Beklagten zu 1 macht nicht geltend, dass die Beklagte zu 1 solche Umstände vorgetragen und das Berufungsgericht diesen Vortrag übergangen habe.

gg) Soweit die Revision der Beklagten zu 1 rügt, das Berufungsgericht habe bei der indiziellen Anwendung von Bestimmungen des Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm den Grundsatz der Maßgeblichkeit des Gewinns als Grundlage für eine weitere angemessene Beteiligung des Urhebers außer Acht gelassen und stattdessen nur einen modifizierten, nicht in betriebswirtschaftlicher Weise bereinigten, sondern nur um einige Abzugsposten gekürzten Umsatz ermittelt, lässt sie wiederum außer Acht, dass nach der Rechtsprechung des Senats bei der Prüfung, in welchem Verhältnis die vereinbarte Vergütung des Urhebers zu den Erträgen und Vorteilen des Verwerter steht, nicht auf den Gewinn, sondern auf den Bruttoerlös des Verwerter abzustellen ist; die den Gewinn des Verwerter schmälern den Aufwendungen können erst bei der Prüfung berücksichtigt werden, ob unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem Verwerter ein auffälliges Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und den Erträgen und Vorteilen besteht (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 33 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 112 und Rn. 146 f. - Das Boot II).

hh) Aus den vorstehenden Gründen hat das Berufungsgericht entgegen der Rüge der Revision der Beklagten zu 1 nicht das tarifvertraglich austarierte System der Anteilsverteilung zwischen Kreativen und Verwertern durch das "eigene Gutdünken des Richters" ersetzt. Es hat vielmehr im Rahmen des von ihm auszuübenden weiten Schätzungsermessens sowohl die festgestellten besonderen Umstände des Einzelfalls als auch die in den indiziell herangezogenen kollektiven Vergütungsregelungen angelegten Wertungen beachtet.

c) Mit Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten zu 1 jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe bei der indiziellen Anwendung des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" und der "Gemeinsamen Vergütungsregeln für

Kameraleute" 100% der auf das "Gewerk Kamera" entfallenden Beteiligung zu.

aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, entgegen der Ansicht der Beklagten zu 1 entfielen auf den Kläger nicht nur 80%, sondern 100% der für das "Gewerk Kamera" anzusetzenden Erlösbeteiligung. Zwar würden im Abspann des Films neben dem Kläger als Chefkameramann noch weitere Kameramänner sowie Kamera-Assistenten genannt. Der Kläger habe jedoch dargetan, dass diese unter seiner strengen Weisungsgebundenheit und nach seinen präzisen Vorgaben hinsichtlich Standort, Rhythmus und Bewegung der Kamera, Ausleuchtung und Bildausschnitt tätig gewesen seien oder als sogenannte "KameraOperatoren" gearbeitet hätten; deren Aufgabe sei gewesen, die vom Kläger eingerichteten zusätzlichen Kameras manuell zu bedienen. Eine schöpferische Tätigkeit habe angesichts des klägerischen Vortrags zur Weisungsgebundenheit und laufenden Korrektur der Aufnahmen auch beim Kameramann W. nicht vorgelegen, der bei den Unterwasseraufnahmen eingesetzt worden sei. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zu 1 sei dem Vorbringen des Klägers nicht substantiiert entgegengetreten und habe nicht dargelegt, dass neben dem Kläger noch weitere Kameramänner schöpferisch tätig gewesen seien. Dies sei vorliegend auch nicht nach § 10 Abs. 1 UrhG zu vermuten. Denn diese Vermutungswirkung setze voraus, dass die Person in üblicher Weise - also an üblicher Stelle und mit üblichem Inhalt - als Urheber bezeichnet werde. Bei der Nennung von insgesamt sieben zusätzlichen Kameramännern und neun Kameraassistenten im Abspann des Films habe der Verkehr keinen Anlass zur Annahme, dass es sich hierbei jeweils - neben dem Chefkameramann - um Miturheber des Films handele.

bb) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beklagte zu 1 aufgrund des Vortrags des Klägers für den Umstand darlegungs- und

beweisbelastet ist, dass die im Abspann des Films "Das Boot" genannten Kameramänner Miturheber sind.

(1) Gemäß § 8 Abs. 3 UrhG gebühren die Erträge aus der Nutzung des Werks den Miturhebern nach dem Umfang ihrer Mitwirkung an der Schöpfung des Werks, wenn - wie im Streitfall - nichts anderes zwischen den Miturhebern vereinbart ist. Gemäß § 10 Abs. 1 UrhG wird bis zum Beweis des Gegenteils als Urheber des Werks angesehen, wer auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werks oder auf dem Original eines Werks der bildenden Künste in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet ist. Die Urhebervermutung des § 10 UrhG gilt gemäß dem Wortlaut und dem Zweck der Vorschrift, dem Urheber den Nachweis seiner Berechtigung zu erleichtern, für alle Werke im Sinne von § 2 UrhG und damit auch für Filmwerke gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG. Sie gilt ferner auch zwischen Miturhebern (BGH, Urteil vom 3. März 1959 - I ZR 17/58, GRUR 1959, 335, 336 - Wenn wir alle Engel wären; BGHZ 123, 208, 212 f. - Buchhaltungsprogramm; BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 142/06, GRUR 2009, 1046 Rn. 25 = WRP 2009, 1404 - Kranhäuser; Beschluss vom 18. Oktober 2012 - I ZA 2/12, ZUM-RD 2013, 241 Rn. 6; OLG München, ZUM 1990, 186, 188). Sind auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werks oder auf dem Original eines Werks der bildenden Künste mehrere Personen in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet, werden sie demnach - auch im Verhältnis zueinander bis zum Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) als Miturheber des Werks angesehen. Behauptet eine dieser Personen, eine der anderen Personen sei nicht Miturheber, muss sie dafür den vollen Beweis erbringen (BGH, GRUR 2009, 1046 Rn. 25 - Kranhäuser; Schulze in Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 8 Rn. 10; Loewenheim/Peifer in Schricker/Loewenheim aaO § 10 UrhG Rn. 2; Thum in Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl., § 10 UrhG Rn. 58).

(2) Nach diesen Grundsätzen trägt der Kläger die Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung, er sei Alleinurheber des "Gewerks Kamera". Die Voraussetzungen einer Vermutung gemäß § 10 Abs. 1 UrhG zugunsten der neben dem Kläger im Abspann des Films "Das Boot" als (zusätzliche) Kameramänner aufgeführten Personen liegen vor. Die abweichende Beurteilung des Berufungsgerichts wird von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht getragen.

Eine Person ist in der üblichen Weise auf dem Vervielfältigungsstück eines Werks als Urheber bezeichnet, wenn die Bezeichnung zum einen an einer Stelle angebracht ist, wo bei derartigen Werken üblicherweise der Urheber angegeben wird und die Bezeichnung zum anderen inhaltlich erkennen lässt, dass sie den Urheber dieses Werks benennt (BGH, Urteil vom 18. September 2014 - I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 Rn. 37 = WRP 2015, 356 - CT-Paradies, mwN).

Im Streitfall sind neben dem Kläger noch weitere Kameramänner an der üblichen Stelle benannt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren sowohl der Kläger als auch sieben "zusätzliche" Kameramänner sowie neun Kameraassistenten im Abspann des Films "Das Boot" aufgeführt. Bei Filmwerken werden Urheber üblicherweise im Vor- oder Abspann aufgeführt (vgl. Schulze in Dreier/Schulze aaO § 10 Rn. 10; Loewenheim/Peifer in Schricker/Loewenheim aaO § 10 Rn. 9).

Anhaltspunkte dafür, dass an dieser Stelle nur der Kläger inhaltlich als Urheber aufgeführt wurde, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Zwar ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, der Verkehr habe keinen Anlass zu der Annahme, dass die neben den Kameramännern aufgeführten neun Kameraassistenten als Urheber anzusehen seien. Diese Feststellung findet eine hinreichende sachliche Grundlage darin, dass die Benennung als Assistent dem Verkehr nach dem allgemeinen

Sprachgebrauch signalisiert, dass die entsprechende Person unterstützende Tätigkeiten auf Anweisung eines weisungsberechtigten Dritten vornimmt und damit der Dritte im Zweifel als derjenige anzusehen ist, der eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG erbringt. Dagegen hat das Berufungsgericht keine tragfähigen Feststellungen getroffen, die dem Verkehr eine entsprechende, auf den Aspekt der eigenschöpferischen Leistung gründende Unterscheidung zwischen dem Kläger und den weiteren im Abspann aufgeführten Kameramännern nahelegen. Soweit diese als "zusätzliche" Kameramänner und der Kläger als "Chefkameramann" bezeichnet sind, kommt darin zwar eine Weisungsbefugnis des Klägers und eine korrespondierende Weisungsgebundenheit der übrigen Kameramänner zum Ausdruck. Dass damit zu erkennen gegeben wird, dass das Weisungsverhältnis über die Organisation und die technische Durchführung der Dreharbeiten hinausgreift und eine eigene schöpferische Leistung der "zusätzlichen" Kameraleute ausschließt, ist weder festgestellt worden noch sonst ersichtlich. Die Beklagte zu 1 hat vorgetragen, dass die im Abspann genannten Kameramänner und insbesondere der für die Unterwasseraufnahmen eingesetzte Kameramann W., der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits für verschiedene James-Bond-Filme als Kameramann für Unterwasseraufnahmen eingesetzt wurde, zumindest mit einem Anteil von 20% bei den Aufnahmen schöpferisch tätig gewesen seien. Abweichende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

Daraus ergibt sich, dass sich die Vermutungswirkung des § 10 Abs. 1 UrhG auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts und des revisionsrechtlich zu unterstellenden Vorbringens der Beklagten zu 1 auch auf die "zusätzlichen" Kameramänner bezieht. Abweichend von der Beurteilung des Berufungsgerichts trifft damit den Kläger die Beweislast für seine Behauptung, er allein sei im Rahmen des "Gewerks Kamera" als Urheber anzusehen.

cc) Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts ist entscheidungserheblich. Anders als im Parallelverfahren (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 155 bis 157 - Das Boot II) ist nach dem vom Berufungsgericht indiziell herangezogenen Tarifvertrag eine Beteiligungsquote nicht für einzelne Urheber bestimmt, sondern für das "Gewerk Kamera" und damit für eine mögliche Personenmehrheit.

d) Das Berufungsgericht ist im Rahmen der Ausübung seines Schätzungsermessens gemäß § 287 Abs. 2 ZPO davon ausgegangen, die angemessene Beteiligung des Klägers an den auf die Station "Das Boot" der "Bavaria Filmtour" entfallenden Einnahmen der Beklagten zu 1 betrage unter Berücksichtigung der Bestimmungen des indiziell heranzuziehenden Ergänzungstarifvertrags 0,5% der Nettoerlöse (Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer). Diese Beurteilung hält insoweit der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, als das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, dem Kläger stehe die auf das "Gewerk Kamera" entfallende Erlösbeteiligung in voller Höhe allein zu.

aa) Das Berufungsgericht hat auch für die Bestimmung der angemessenen Beteiligung des Klägers an den Erlösen der "Bavaria Filmtour" indiziell auf die Bestimmungen des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" abgestellt. Es hat dabei den für die direkte Verwertung durch Lizenzierung des Filmwerks von ihm für maßgeblich gehaltenen Beteiligungssatz von 2,25% im Hinblick auf die Verwertung der vom Kläger eingeräumten Nutzungsrechte im Rahmen der "Bavaria Filmtour" auf 0,5% reduziert. Insgesamt sei der Kläger mit einem Satz von 0,5% an 1/7 (dem auf die Station "Das Boot" entfallenden Anteil an der "Bavaria Filmtour") der Nettoerträge in Höhe von 25.131.574,01 € zu beteiligen. Die angemessene Vergütung des Klägers aus der Verwertung des Filmwerks im Rahmen der "Bavaria Filmtour" betrage für den Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 mithin 17.951,12 €.

bb) Diese Beurteilung greift die Revision der Beklagten zu 1 ohne Erfolg mit dem Einwand an, die indizielle Heranziehung der Beteiligungsquoten aus dem "Ergänzungstarifvertrag Erlösbeteiligung Kinofilm" sei willkürlich und gehörsverletzend, weil das Berufungsgericht nicht sämtliche im Tarifvertrag aufgeführten Abzugsposten zugunsten der Beklagten zu 1 berücksichtigt habe.

(1) Die Revision der Beklagten lässt außer Betracht, dass das Berufungsgericht den Tarifvertrag nicht unmittelbar, sondern in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung zu § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage indiziell herangezogen hat. Wie bereits dargelegt wurde, kann das Tatgericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO im Rahmen der Prüfung einer weiteren angemessenen Beteiligung nach § 32a UrhG unter Zugrundelegung der nach den Umständen des Einzelfalls sachgerechtesten Bewertungsmethode auch solche tarifvertraglichen Bestimmungen indiziell heranziehen, die zwar aus personellen oder sachlichen Gründen nicht unmittelbar anwendbar sind, bei denen aber eine vergleichbare Interessenlage besteht. Soweit sich bei einzelnen Anknüpfungspunkten erhebliche Unterschiede zu den unmittelbar mit dem tarifvertraglichen Bewertungsmodell geregelten Sachverhalt ergeben, ist diesen Unterschieden durch eine im Einzelfall modifizierte Anwendung des tarifvertraglichen Bewertungsmodells Rechnung zu tragen (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 117 - Das Boot II).

(2) Die Beurteilung des Berufungsgerichts genügt diesen Anforderungen. Es hat bei seiner modifizierenden Anwendung der tarifvertraglichen Bestimmungen den Umstand berücksichtigt, dass das herangezogene Tarifwerk nicht für die streitgegenständliche Verwertungsart einer Nutzung von Filmausschnitten im Rahmen einer Ausstellung bestimmt ist. Insofern hat es den für die Lizenzerlöse ermittelten Beteiligungssatz von 2,25% auf 0,5% reduziert. Dies hat das Berufungsgericht damit begründet, dass im Rahmen der "Bavaria

Filmtour" die Leistung des Klägers in einem geringeren Umfang als durch die Lizenzierung des Werks selbst verwertet worden sei. Hauptattraktion sei die nicht vom Kläger geschaffene Boot-Kulisse, während Filmteile nur ausschnittsweise zu Anschauungszwecken gezeigt würden. Auch sei zu berücksichtigen, dass die laufenden Aufwendungen und Betriebskosten der "Bavaria Filmtour" in erster Linie auf die Instandhaltung und Wartung der Filmkulissen und die Bereitstellung von Personal unter anderem für die Führung der Zuschauergruppen durch die Filmtour zurückzuführen seien. Solche zusätzlichen Kosten fielen für die Filmverwertung nicht an.

(3) Die Revision der Beklagten zu 1 rügt ferner vergeblich, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft die besonderen Bestimmungen der Ziffer 7.4 und 7.5 des Ergänzungstarifvertrags nicht berücksichtigt.

Das Berufungsgericht hat die Bestimmung gemäß Ziffer 7.4 des Ergänzungstarifvertrags beachtet und dazu ausgeführt, nach dieser Bestimmung dürften von den vom Filmhersteller vereinnahmten Erlösen im Rahmen der Ermittlung des Beteiligungsanspruchs des Berechtigten nur Provisionen und Vertriebskosten in Abzug gebracht werden, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Verwertung stünden und die Grenzen der Grundsätze der sparsamen Wirtschaftsführung nicht überstiegen. Bei den allgemeinen Betriebskosten insbesondere für Personal und Wartung der Filmkulissen handele es sich jedoch gerade nicht um Vertriebskosten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Filmverwertung im Rahmen des "Making-of" stünden. Im Übrigen sei es eine unternehmerische Entscheidung der Beklagten zu 1, die "Bavaria Filmtour" zu betreiben. Letztlich handele es sich um Unternehmenswerbung, für die auch ansonsten Kosten anfallen würden und in deren Rahmen die Verwertung urheberrechtlich geschützter Leistungen zu vergüten wären. Rechtsfehler sind in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

Entgegen der Behauptung der Revision der Beklagten zu 1 hat sich das Berufungsgericht auch mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass nach Ziffer 7.5 des Ergänzungstarifvertrags die Verwertung von Merchandising-Rechten beteiligungsfrei ist. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, gemäß Ziffer 7.5 des indiziell heranzuziehenden Ergänzungstarifvertrags seien solche Erlöse nicht beteiligungspflichtig, die nicht oder nur in sehr geringem Ausmaß aus einer Verwertung von Leistungen der Berechtigten resultierten. Darunter fielen unter anderem 100% der Erlöse aus der Verwertung von Merchandising-Rechten, soweit dabei keine urheber- oder leistungsschutzrechtlichen Beiträge der Berechtigten verwandt würden. Gemäß der dieser Regelung zugeordneten Fußnote 15 bleibe jedoch die Behandlung von Merchandising-Erlösen aus Verwertungen bewusst ungerichtet, in denen ganz oder teilweise Leistungen der Berechtigten enthalten seien. Gleiches gelte für die Höhe der Einbeziehung derartiger Erlöse in beteiligungspflichtige Erlöse nach dem Ergänzungstarifvertrag. Im Streitfall handele es sich bei dem vor der Boot-Kulisse gezeigten "Making-of" mit Ausschnitten aus dem Filmwerk "Das Boot" um eine Verwertung, in der ganz oder teilweise Leistungen des Klägers enthalten seien. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

(4) Keinen Erfolg hat die Revision der Beklagten zu 1 ferner mit dem Einwand, es handele sich nur um eine marginale Nutzung der Filmausschnitte, die neben der Attraktion des begehren U-Boots nicht ins Gewicht falle. Der Film sei zudem bei den typischen Besuchern der "Bavaria Filmtour" aufgrund seines Alters weniger bekannt. Die Nutzung der Filmsequenz könne nicht mit 0,5% von 1/7 des Umsatzes bewertet werden, wenn mit der Filmtour kein Gewinn erwirtschaftet werde. Die Revision setzt mit diesen Rügen wiederum nur ihre eigene Sicht an die Stelle der Würdigung des Tatgerichts, ohne einen revisiblen Rechtsfehler aufzuzeigen. Das Berufungsgericht hat diese Aspekte gesehen und gerade deshalb

den zuvor für eine Lizenzierung des Filmwerks ermittelten Beteiligungssatz von 2,25% auf 0,5% abgesenkt.

cc) Die Revision der Beklagten zu 1 hat allerdings Erfolg, soweit das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, dem Kläger stehe die auf das "Gewerk Kamera" entfallende Erlösbeteiligung in voller Höhe zu (dazu oben B I 8 c).

9. Die Annahme des Berufungsgerichts, es bestehe ein auffälliges Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und den Erträgen und Vorteilen der Beklagten zu 1, hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht in vollem Umfang stand.

a) Ein auffälliges Missverhältnis liegt jedenfalls vor, wenn die vereinbarte Vergütung nur die Hälfte der angemessenen Vergütung beträgt. Da die gesamten Beziehungen des Urhebers zum Verwerter zu berücksichtigen sind, können nach Maßgabe der Umstände aber auch bereits geringere Abweichungen ein auffälliges Missverhältnis begründen (BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 40 und 25 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 131 - Das Boot II).

b) Steht, wie im Streitfall, ein vor dem 28. März 2002 geschlossener Vertrag in Rede, folgt aus § 132 Abs. 3 Satz 2 UrhG, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 32a UrhG eine weitere angemessene Beteiligung allein an den Erträgen und Vorteilen aus Verwertungshandlungen geschuldet ist, die nach dem 28. März 2002 vorgenommen worden sind. Für den Anspruch aus § 32a UrhG kommt es dagegen nach § 132 Abs. 3 Satz 2 UrhG nicht darauf an, ob das auffällige Missverhältnis im Sinne des § 32a UrhG erst nach dem 28. März 2002 entstanden ist oder ob es bereits vor dem 28. März 2002 bestand und nach dem 28. März 2002 fortbestanden hat. Ferner sind im Rahmen der Prüfung, ob ein auffälliges Missverhältnis im Sinne des § 32a UrhG besteht, nach § 132 Abs. 3 Satz 2 UrhG nicht nur nach dem 28. März 2002 erzielte Erträge und Vorteile, sondern grundsätzlich auch

sämtliche vor dem 28. März 2002 angefallenen Erträge zu berücksichtigen (BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 57 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 132 - Das Boot II). Allerdings ist festzustellen, welcher Anteil der als Gegenleistung vereinbarten Vergütung bei wertender Betrachtung auf die Zeit nach dem 28. März 2002 entfällt (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 32 und 44 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 132 - Das Boot II). Entsprechendes gilt für nach dem Stichtag geschlossene Verträge. Auch bei diesen ist zu prüfen, welcher Anteil der als Gegenleistung vereinbarten Vergütung bei wertender Betrachtung auf einen bestimmten Zeitabschnitt entfällt. Allerdings ist bei solchen Verträgen eine weitere angemessene Vergütung bei Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses grundsätzlich für sämtliche Verwertungshandlungen geschuldet. Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen.

c) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, entgegen der Auffassung des Klägers könne nicht davon ausgegangen werden, dass nur ein verschwindend geringer Teil der vereinbarten Vergütung, der mit Null gleichzusetzen sei, auf die Nutzung des Filmwerks nach dem 28. März 2002 entfalle. Vielmehr sei der Zeitraum vom Stichtag 28. März 2002 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ins Verhältnis zum Gesamtzeitraum zwischen dem Abschluss des Vertrags zwischen dem Urheber und dessen Vertragspartner bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu setzen und der sich daraus ergebende Faktor mit der Gesamtvergütung zu multiplizieren. Dies ergebe im Streitfall einen auf die Zeit nach dem 28. März 2002 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 1. Juni 2017 entfallenden Anteil der vereinbarten Vergütung in Höhe von 42.755,05 €. Diesem Anteil stehe eine angemessene Vergütung in Höhe von insgesamt 204.834,32 € gegenüber, so dass die vereinbarte Vergütung weniger als die Hälfte der angemessenen Vergütung betrage und ein auffälliges Missverhältnis gegeben sei. Ob ein auffälliges Missverhältnis bereits vor dem Stichtag 28. März 2002 bestanden

habe, könne offenbleiben. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision des Klägers nicht stand.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats entsteht der Anspruch aus § 32a UrhG auf weitere angemessene Beteiligung, wenn die Verwertung des Werks dazu führt, dass die vereinbarte Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werks steht (BGH, GRUR 2016, 1291 Rn. 26 - Geburtstagskarawane). Mit der Entstehung des Anspruchs auf weitere angemessene Beteiligung sind die Erträge oder Vorteile verbraucht, die zur Entstehung des Anspruchs aus angemessener Beteiligung beigetragen haben. Sie können nicht nochmals zur Begründung eines weiteren Anspruchs auf angemessene Beteiligung herangezogen werden. Die erneute Entstehung eines Anspruchs auf weitere Beteiligung setzt voraus, dass weitere Nutzungen ein neues Missverhältnis zwischen der - nach dem einmal entstandenen Anspruch geschuldeten - Vergütung des Urhebers und den Erträgen oder Vorteilen des Verwerters begründen (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 61 - Das Boot I; GRUR 2016, 1291 Rn. 51 bis 55 - Geburtstagskarawane). Dieser Rechtsprechung liegt die Annahme zu Grunde, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem eine vereinbarte Pauschalvergütung in ein auffälliges Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werks gerät, ein Anspruch auf eine weitere angemessene Vergütung entsteht, weil die vereinbarte Pauschalvergütung gleichsam verbraucht ist (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 135 - Das Boot II).

Mit dieser Rechtsprechung und dem Erfordernis einer wertenden Betrachtung ist die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht vereinbar. Die von ihm vorgenommene schematische Betrachtung knüpft ohne sachlichen Grund an den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung an und führt zudem in jedem Fall zu einem anzurechnenden Teilbetrag für die Zeit ab dem 29. März 2002. Die gezahlte Vergütung könnte damit unabhängig von den

Umständen des Einzelfalls niemals bis zum 28. März 2002 vollständig verbraucht sein, wie umfangreich auch immer eine Nutzung bis dahin gewesen sein und entsprechende Erlöse des Verwerters erbracht haben mag (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 136 - Das Boot II; Schulze in Dreier/Schulze aaO § 32a Rn. 38).

bb) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Prüfung des auffälligen Missverhältnisses hält der rechtlichen Nachprüfung auch nicht stand, weil es bei der Bestimmung der vereinbarten Gegenleistung nicht berücksichtigt hat, dass für den gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses nach den oben dargelegten Grundsätzen (dazu unter B I 6 d aa) nur der Teil der vereinbarten Pauschalvergütung maßgeblich ist, der auf die von der Beklagten zu 1 tatsächlich genutzten Nutzungsrechte, hier das Recht zur Vergabe von Lizenzen und der öffentlichen Wiedergabe von Ausschnitten aus dem Film "Das Boot" bei der "Bavaria Filmtour", entfällt.

d) Die Revision der Beklagten zu 1 rügt, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft die dem Kläger ursprünglich gezahlte Vergütung zur Feststellung des auffälligen Missverhältnisses nicht inflationsbereinigt oder sonst aufgezinnt angesetzt oder die aktuell angemessene Vergütung entsprechend abgezinst. Damit habe es in Kauf genommen, dass zwei Nominalbeträge mit gänzlich unterschiedlichem Geldwert verglichen worden seien und habe die langjährige Nutzungsmöglichkeit der Vergütung des Klägers unberücksichtigt gelassen. Mit diesem Einwand hat die Revision der Beklagten zu 1 keinen Erfolg.

Es kann dahinstehen, ob einer kaufkraftbereinigten Vergütungsanpassung bereits das allgemein geltende Nominalprinzip bei Geldschulden entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 1973 - II ZR 58/71, BGHZ 61, 31, 38 [juris Rn. 23]; Urteil vom 8. Januar 1981 - VI ZR 128/79, BGHZ 79, 187, 194 [juris Rn. 16];

Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl., § 245 Rn. 15, jeweils mwN). Ebenfalls kann offenbleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, wonach eine Inflationsanpassung der vereinbarten Vergütung mit dem Zweck der Vorschrift des § 32a UrhG grundsätzlich nicht in Übereinstimmung zu bringen ist, im Wege des Fairnessausgleichs eine angemessene Beteiligung des Urhebers an den Erträgen und Vorteilen des Verwerters zu verbessern (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 154 - Das Boot II). Eine Kaufkraftbereinigung der vereinbarten Vergütung ist bereits deshalb nicht geboten, weil im Streitfall der Nominalbetrag der vereinbarten Vergütung an den ebenfalls nicht kaufkraftbereinigten Nominalbeträgen der Erträge und Vorteile der Beklagten zu 1 gemessen wird, die im Streitfall zu einem wesentlichen Teil seit 1981 angefallen sind. Es werden mithin nicht zwei Geldwerte verglichen, die zu gänzlich unterschiedlichen Zeiten entstanden sind.

e) Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten zu 1 gegen die Annahme des Berufungsgerichts, bei der wertenden Betrachtung im Hinblick auf die Kosten der "Bavaria Filmtour" sei keine Reduktion der heranzuziehenden Erlöse vorzunehmen, weil dies zum einen schon bei der Herabsetzung des Beteiligungssatzes auf 0,5% berücksichtigt worden sei und es sich zum anderen bei der Filmtour um Unternehmenswerbung handle, für die auch ansonsten Kosten anfielen und mit der kein Gewinn erzielt werde. Würde man mit der Revision der Beklagten zu 1 den Gewinn oder die den Gewinn schmälern den Aufwendungen als entscheidenden Maßstab für eine ergänzende Beteiligung heranziehen, müsste der Urheber die entschädigungslose Nutzung seines Werks für Verwertungshandlungen hinnehmen, die nicht unmittelbar mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgen, wie es etwa bei Nutzungen von Filmwerken durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 149 - Das Boot II) oder bei Werbemaßnahmen der Fall ist. Der in § 32a Abs. 1 UrhG verwendete Begriff der Vorteile und Erträge erfasst nicht nur

Umsatzgeschäfte, sondern auch andere Verwertungshandlungen (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 149 - Das Boot II).

10. Die Revisionen der Beklagten zu 1 und des Klägers haben auch im Hinblick auf die Annahme des Berufungsgerichts Erfolg, dem Kläger stehe gegen die Beklagte zu 1 ein Anspruch auf Einwilligung in eine Vertragsänderung gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG für die Vergangenheit und die Zukunft zu.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte zu 1 sei verpflichtet, in eine Änderung der Vereinbarungen der Parteien vom 3. Juni 1980 und vom 4. Februar 1981 dahingehend einzuwilligen, dass dem Kläger für die Nutzung der Filmproduktion "Das Boot" im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 162.079,27 € zu bezahlen sei. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG richtet sich der gegen seinen Vertragspartner gerichtete Anspruch des Urhebers auf die Einwilligung in eine Änderung des Vertrags, durch die dem Urheber eine den Umständen nach weitere angemessene Vergütung gewährt wird. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass damit nicht nur ein Niveau erreicht werden muss, welches ein auffälliges Missverhältnis eben noch ausräumt, sondern die Vertragsanpassung das Niveau der angemessenen Vergütung erreichen muss (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 - I ZR 245/98, GRUR 2002, 153, 155 = WRP 2002, 96 - Kinderhörspiele [zu § 36 Abs. 1 UWG aF]; Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 38/07, BGHZ 182, 337 Rn. 61 - Talking to Addison [zu § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG]; Haedicke/Peifer in Schrickler/Loewenheim aaO § 32a UrhG Rn. 27; Schulze in Dreier/Schulze aaO § 32a Rn. 42; BeckOK.UrhR/Soppe, 27. Edition [Stand 15. März 2020], UrhG § 32a Rn. 41).

bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass von der angemessenen Vergütung in Höhe von insgesamt 204.834,32 €, die sich aus der von ihm ermittelten angemessenen Beteiligung an den Lizenz Erlösen der Beklagten zu 1 in Höhe von 186.883,20 € und der angemessenen Beteiligung an der Verwertung des Filmwerks im Rahmen der "Bavaria Filmtour" in Höhe von 17.951,12 € zusammensetzt, die anteilig auf den Zeitraum nach dem Stichtag entfallende Vergütung in Höhe von 42.755,05 € abzuziehen sei, so dass der Kläger Anspruch auf Einwilligung in eine Vertragsanpassung dahingehend habe, dass eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 162.079,27 € zu bezahlen sei.

Wie dargelegt, hält diese Betrachtung einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand (dazu oben unter B I 6 d und 9 c bb sowie BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 136 - Das Boot II). Darüber hinaus ist auch die Ermittlung des Ausgangswerts einer angemessenen Vergütung in Höhe von 204.834,32 € nicht rechtsfehlerfrei zustande gekommen, sondern durch die unzutreffende Annahme beeinflusst, dem Kläger stehe bei der indiziellen Anwendung dieser Regelwerke 100% der auf das "Gewerk Kamera" entfallenden Beteiligung zu (dazu unter B I 8 d).

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe auch ein Anspruch auf Einwilligung in die Vertragsanpassung dahingehend zu, dass er ab dem 1. Juli 2014 für die Nutzung der Filmproduktion "Das Boot" 0,5% von 1/7 der Nettoeinnahmen (Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer) aus der "Bavaria Filmtour" sowie 2,25% der Nettoerlöse der Beklagten zu 1 aus der sonstigen Verwertung der Produktion - jeweils zuzüglich Umsatzsteuer - beanspruchen könne, hält den Angriffen der Revision der Beklagten zu 1 gleichfalls nicht in allen Punkten stand.

aa) Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Anspruch auf Vertragsanpassung auch in die Zukunft gerichtet ist und sich inhaltlich auf eine prozentuale

Beteiligung an zukünftigen Erträgen des Verwerthers erstrecken kann. Bei einer fortlaufenden Nutzung des Werks wird dem Beteiligungsgrundsatz am besten durch eine erfolgsabhängige Vergütung entsprochen (BGHZ 182, 337 Rn. 23 - Talking to Addison). Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof wiederholt einen auf die prozentuale Beteiligung gerichteten Anspruch auf Vertragsanpassung für begründet erachtet (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 - I ZR 245/98, GRUR 2002, 153 Rn. 21 = WRP 2002, 96 - Kinderhörspiele; BGHZ 182, 337 Rn. 36 - Talking to Addison; vgl. auch Soppe in BeckOK.UrhR, 29. Edition [Stand 15. Juni 2020], § 32a UrhG Rn. 40; Schulze in Dreier/Schulze aaO § 32a Rn. 42; Haedicke/Peifer in Schrickler/Loewenheim aaO § 32a UrhG Rn. 29).

bb) Allerdings ist bei in die Zukunft gerichteten Anträgen auf Sicherstellung einer weiteren angemessenen Beteiligung zu beachten, dass - ist ein Anspruch auf weitere Beteiligung einmal entstanden - seine erneute Entstehung voraussetzt, dass weitere Nutzungen ein neues Missverhältnis zwischen der - nach dem einmal entstandenen Anspruch geschuldeten - Vergütung des Urhebers und den Erträgen und Vorteilen des Verwerthers begründen. Erträge, die zur Entstehung des früheren Anspruchs auf angemessene Beteiligung beigetragen haben, sind "verbraucht". Sie können nicht nochmals zur Begründung eines weiteren Anspruchs auf angemessene Beteiligung herangezogen werden. Eine Kumulation "alter" und "neuer" Erträge und Vorteile ist insoweit unzulässig. Sind diese Erträgnisse dagegen nicht zur Begründung eines Anspruchs auf angemessene Beteiligung "verbraucht", können und müssen sie bei der Prüfung eines Anspruchs aus § 32a UrhG berücksichtigt werden (BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 61 - Das Boot I). Bei der Prüfung, ob bei einer laufenden Nutzung des Werks nach einer Anpassung der Vergütung gemäß § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG, § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG oder § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG durch jede Nutzung des Werks erneut ein auffälliges Missverhältnis und damit ein Anspruch auf angemessene Beteiligung entsteht, ist den Erträgen und Vorteilen des

Verwerthers nicht die ursprüngliche, sondern die angepasste Vergütung gegenüberzustellen (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 172 - Das Boot II).

Entgegen der Rüge der Revision der Beklagten zu 1 hat das Berufungsgericht diese Grundsätze seiner Beurteilung zutreffend zugrunde gelegt. Hiervon ausgehend hat es den Zahlungsanspruch des Klägers durch eine prozentuale Beteiligung an den vergangenen Erträgen der Beklagten zu 1 ermittelt und davon die nach seiner Auffassung verbleibende Gegenleistung vollständig abgezogen, so dass jede weitere Verwertung des Werkes einen Anspruch auf weitere Beteiligung begründete, weil den Erträgen und Vorteilen des Nutzungsberechtigten aus der Verwertung des Werkes keine Vergütung des Urhebers gegenüberstünde. Unter diesen Umständen kann auch im Rahmen des Vertragsanpassungsanspruchs aus § 32a Abs. 1 UrhG eine zukünftige prozentuale laufende Beteiligung zugesprochen werden. Dem steht auch nicht ein denkbarer zukünftiger Aufwand des Verwerthers entgegen, der grundsätzlich bei der Beurteilung des auffälligen Missverhältnisses zu berücksichtigen sein kann. Rufen zukünftige Verwertungshandlungen zusätzlichen Aufwand hervor, ist es dem Verwerter möglich und zumutbar, dies entsprechend der allgemeinen vertraglichen Risikoverteilung bei seiner unternehmerischen Entscheidung über den Nutzen und die Kosten von Verwertungshandlungen zu berücksichtigen.

Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung gleichwohl nicht stand, weil seine Annahme, die vereinbarte und gezahlte Vergütung sei am 1. Juli 2014 vollständig verbraucht gewesen, ebenso wie seine Annahme, dem Kläger stehe 100% der auf das "Gewerk Kamera" entfallenden Beteiligung zu, von seinen Feststellungen nicht getragen wird.

cc) Ohne Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten zu 1 gegen die Wendung "aus der

sonstigen Verwertung der Filmproduktion" im Urteilsausspruch des Berufungsgerichts.

(1) Das Berufungsgericht hat eine Verurteilung zur Vertragsanpassung dahingehend ausgesprochen, dass dem Kläger ab dem 1. Juli 2014 eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse (= Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer) der Beklagten zu 1 aus "der sonstigen Verwertung der Filmproduktion" zu bezahlen ist. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

(2) Eine Unbestimmtheit des Tenors liegt nicht vor. Aus der Fassung des Tenors und den zu seiner Auslegung heranzuziehenden Entscheidungsgründen geht zweifelsfrei hervor, dass das Berufungsgericht unterschiedliche Beteiligungssätze für die aus der "Bavaria Filmtour" einerseits und allen sonstigen in Rede stehenden Verwertungen des Filmwerks "Das Boot" festgelegt hat. Dass über die im Streitfall maßgeblichen Verwertungen der Beklagten zu 1 Unklarheiten bestehen oder in Zukunft auftreten können, hat die Revision der Beklagten zu 1 nicht dargelegt. Solche Unklarheiten sind auch sonst nicht ersichtlich.

(3) Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten zu 1 bestehen auch im Hinblick auf die sachliche Reichweite des Tenors keine Bedenken gegen die beanstandete Fassung. Der Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung des Klägers umfasst gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG alle Erträge und Vorteile aus der Verwertung des Werks, die sich im Rahmen der - im Streitfall vom Kläger umfassend - eingeräumten Nutzungsrechte bewegen.

11. Die Revisionen der Beklagten zu 1 und des Klägers haben Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zu 1 zur Zahlung von Umsatzsteuer und Zinsen auf eine für die Nutzung im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 geschuldete weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 162.097,27 € wenden.

a) Allerdings hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass der Anspruch auf Vertragsanpassung in Form einer weiteren angemessenen Beteiligung nach § 32a Abs. 1 UrhG auch einen Anspruch auf Zahlung der Umsatzsteuer umfasst (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 183 - Das Boot II).

b) Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten zu 1 stehen dem Kläger außerdem Rechtshängigkeitszinsen zu, soweit sich der Zahlungsantrag als begründet erweist. Der Senat hat für § 32a Abs. 2 UrhG entschieden, dass es sich hierbei im Falle eines Zahlungsantrags um eine Geldschuld handelt (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 185 bis 191 - Das Boot II). Für den Anspruch aus § 32a Abs. 1 UrhG gilt dies gleichfalls.

c) Dagegen kann die Verurteilung zur Zahlung des vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrags keinen Bestand haben, weil die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 schulde dem Kläger für die Nutzung im Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 30. Juni 2014 eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 162.079,27 €, der rechtlichen Nachprüfung nicht standhält (dazu oben unter B I 10 a).

II. Das Berufungsgericht hat dem Kläger gegen den Beklagten zu 2 gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG einen Anspruch auf Zahlung einer weiteren angemessenen Beteiligung für den Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 8. Oktober 2015 in Höhe von 89.856,59 € zuzüglich Umsatzsteuer und Rechtshängigkeitszinsen zugesprochen. Außerdem hat es festgestellt, dass der Beklagte zu 2 ab dem 9. Oktober 2015 für die Nutzung der Filmproduktion eine weitere angemessene Beteiligung in Form von Wiederholungsvergütungen sowie in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse (Bruttoeinnahmen abzüglich Umsatzsteuer und eigener Lizenzkosten) zahlen muss. Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Da der Kläger seinen Anspruch auf Zahlung einer weiteren angemessenen Vergütung allein in Bezug auf Verwertungshandlungen geltend macht, die nach dem 28. März 2002 vorgenommen worden sind, ist die Frage, ob der Kläger von den Beklagten eine weitere angemessene Beteiligung an den Erträgen oder Vorteilen aus der Verwertung des Filmwerks "Das Boot" beanspruchen kann, nach § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG in Verbindung mit § 32a Abs. 1 UrhG zu beurteilen (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 21 - Das Boot II).

2. Hat der Nutzungsrechtsinhaber das Nutzungsrecht übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt und ergibt sich das auffällige Missverhältnis aus den Erträgen und Vorteilen des Dritten, haftet dieser dem Urheber gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG unmittelbar nach Maßgabe des § 32a Abs. 1 unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette. Nach § 32a Abs. 2 Satz 2 UrhG entfällt die Haftung des anderen.

3. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger als Miturheber des Filmwerks "Das Boot" berechtigt ist, den Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a UrhG unabhängig von anderen Miturhebern geltend zu machen, und er Zahlung allein an sich selbst verlangen kann. Gleichfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger neben dem Anspruch auf Einwilligung in die Vertragsanpassung auch eine Zahlungsklage erheben konnte, obwohl die Bestimmung des § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG in Verbindung mit § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG ihrem Wortlaut nach keinen Zahlungsanspruch, sondern einen Anspruch auf Vertragsanpassung gewährt (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 23 - Das Boot II).

4. Der Beklagte zu 2 ist als Dritter gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG verpflichtet, einen Anspruch des Klägers auf weitere angemessene Beteiligung zu erfüllen. Der Kläger hat der Beklagten zu 1 als Produktionsgesellschaft das Recht zur Nutzung seiner urheberrechtlich geschützten Leistungen eingeräumt. Der

Beklagte zu 2 leitet seine Rechte zur Nutzung aller Fassungen des Filmwerks "Das Boot" im Rahmen der Fernsehauswertung von der Beklagten zu 1 her (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 38 - Das Boot I).

5. Die Beantwortung der Frage, ob ein auffälliges Missverhältnis im Sinne von § 32a Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 UrhG zwischen der als Gegenleistung für die Einräumung des Nutzungsrechts vereinbarten Vergütung des Urhebers und den aus der Nutzung des Werks erzielten Erträgen und Vorteilen des Dritten besteht, setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 40 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 25 - Das Boot II) zunächst die Feststellung der mit dem Urheber vereinbarten Vergütung (dazu B II 6) und der vom Dritten erzielten Erträge und Vorteile (dazu B II 7) voraus. Sodann ist die Vergütung zu bestimmen, die - im Nachhinein betrachtet - insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessen im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist (dazu B I 8). Schließlich ist zu prüfen, ob die vereinbarte Vergütung mit Blick auf diese angemessene Vergütung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen steht (dazu B II 9). Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat danach ein auffälliges Missverhältnis bejaht. Diese Beurteilung ist nicht in allen Punkten frei von Rechtsfehlern.

6. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe als Gegenleistung für die Mitwirkung als Chefkameramann bei der Produktion "Das Boot" gemäß den Verträgen mit der Beklagten zu 1 insgesamt 104.303,54 € (204.000 DM) erhalten. Die dem Kläger gegenüber der Beklagten zu 1 zugesprochene weitere angemessene Beteiligung sei nicht hinzuzurechnen. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die vereinbarte

Gegenleistung für die Einräumung aller für die Verwertung des Filmwerks "Das Boot" in Rede stehenden Nutzungsrechte, also der Nutzungsrechte für die Kinoverwertung, die Fernsehverwertung, die Verwertung durch Videokassetten und DVD sowie die Verwertung durch Lizenzvergabe und die öffentliche Wiedergabe im Rahmen der "Bavaria Filmtour" im Streitfall 104.303,54 € (204.000 DM) beträgt. Diese Beurteilung wird von den Revisionen nicht angegriffen und lässt auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen (dazu unter B I 6 c; vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 27 und 41 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 29 bis 35 - Das Boot II).

b) Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, im Rahmen der Prüfung des § 32a Abs. 2 UrhG komme es allein auf die mit dem Kläger vereinbarte Vergütung an. Diese sei nicht um die von der Beklagten zu 1 als Erstverwerterin gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG geschuldete weitere angemessene Vergütung zu erhöhen. Diese Beurteilung ist im vorliegenden Fall jedenfalls im Ergebnis zutreffend.

aa) Bei der Bestimmung der vereinbarten Gegenleistung im Rahmen des § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG sind etwaige Ansprüche des Urhebers auf weitere angemessene Beteiligung nach § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG jedenfalls dann nicht zu berücksichtigen, wenn er sie noch nicht durchgesetzt hat. § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG in Verbindung mit § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG knüpft an die vereinbarte Vergütung an. § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG gibt einen Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsänderung. Diese Zustimmung gilt gemäß § 894 Satz 1 ZPO erst mit Rechtskraft der Entscheidung als abgegeben. Dies gilt auch, wenn auf Grund dieses Vertragsanpassungsanspruchs direkt auf Zahlung geklagt wird (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2020 - I ZR 176/18, Rn. 36 bis 44 - Das Boot II).

bb) Im Streitfall ist die Vergütung des Klägers nach § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht zu berücksichtigen, weil die im Berufungsurteil ausgesprochene Zahlungsverpflichtung der

Beklagten zu 1 mit den Revisionen des Klägers und der Beklagten zu 1 (erfolgreich) angegriffen ist und somit nicht rechtskräftig feststeht.

c) Das Berufungsgericht hat bei der Bestimmung der vereinbarten Gegenleistung rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die Beklagte zu 1 oder ihre Tochtergesellschaft die Fassungen des Films "Das Boot" an den Beklagten zu 2 lediglich zur Auswertung im deutschen Fernsehen lizenziert haben.

Voraussetzung für die Durchgriffshaftung des Dritten gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG ist, dass ihm Nutzungsrechte übertragen oder eingeräumt worden sind und er aus der Nutzung dieser Rechte Erträge oder Vorteile erzielt hat, zu denen die vereinbarte Gegenleistung für die Übertragung oder -einräumung dieser Nutzungsrechte in einem auffälligen Missverhältnis steht. Bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG ist daher nur der Teil der vereinbarten Gegenleistung zu berücksichtigen, der auf die Übertragung oder Einräumung der vom Dritten verwerteten Nutzungsrechte entfällt (dazu unter B I 6 d aa sowie BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 46 - Das Boot II). Da im Streitfall - neben den vom Berufungsgericht gesondert betrachteten Einnahmen des Beklagten zu 2 aus der Weiterlizenzierung des Spielfilms an den Sender ARTE (dazu unter B II 7 a) - allein die durch den Beklagten zu 2 vorgenommenen Fernsehauswertungen des Filmwerks "Das Boot" und die dadurch erzielten Erträge und Vorteile in Rede stehen, ist der Prüfung des § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG nur der Teil der vereinbarten Gegenleistung zugrunde zu legen, der auf die Einräumung der Rechte für diese Fernsehauswertung einschließlich des Rechts zur Erteilung einer Unterlizenz an den Fernsehsender ARTE entfällt.

7. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte zu 2 habe in zweierlei Hinsicht Erträge und Vorteile aus der Verwertung der ihm eingeräumten Nutzungsrechte erzielt.

Durch eine Weiterlizenzierung des Films an den Fernsehsender ARTE habe er nach dem Stichtag Lizenzentnahmen in Höhe von 190.000 € gehabt. Zudem sei das Werk im Dritten Programm des Beklagten zu 2 und in den Gemeinschaftsprogrammen der ARD ausgestrahlt worden, was ihm gemäß dem Verteilungsschlüssel der ARD mit 21,22% zuzurechnen sei. Der Vorteil dieser Ausstrahlungen für den Beklagten zu 2 sei anhand der indiziell herangezogenen Wiederholungsvergütungssätze zu bestimmen, die im "Tarifvertrag für auf Produktionsdauer Beschäftigte des WDR" geregelt seien. Danach habe der Beklagte zu 2 nach dem Stichtag für Ausstrahlungen im Zeitraum zwischen dem 9. November 2002 und dem 8. Oktober 2015 Wiederholungsvergütungen in Höhe von insgesamt 91.591,64 € erspart. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte zu 2 die Senderechte an dem Spielfilm für einen Themenabend zusammen mit Rechten für eine weitere Dokumentation an den Fernsehsender ARTE übertragen und dafür 297.000 € erhalten. Den auf den streitgegenständlichen Film entfallenen Anteil an diesem Gesamtbetrag hat es nach § 287 Abs. 2 ZPO auf 190.000 € geschätzt. Hier von hat es von der Beklagten zu 2 aufgewendete Lizenzgebühren in Höhe von 80.000 € und 42.800 € abgezogen und somit einen Nettolizenzlerlös von 67.200 € ermittelt. Dagegen wenden sich die Revisionen der Parteien nicht.

b) Hinsichtlich der Bemessung der Erträge und Vorteile aus den Fernsehausstrahlungen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei den Umfang der Werknutzung durch den Beklagten zu 2 festgestellt (dazu unter B II 7 b aa). Das Berufungsgericht hat die durch diese Nutzung erzielten Erträge und Vorteile des Beklagten zu 2 im Ausgangspunkt in rechtlich nicht zu beanstandender Weise unter indizieller Heranziehung der Prozentsätze ermittelt, nach denen der "Tarifvertrag für auf Produktionsdauer Beschäftigte des WDR" die

Wiederholungsvergütungen für die (erneute) Ausstrahlung von Eigenproduktionen im Fernsehen bestimmt (Wiederholungsvergütungsmodell, dazu B II 7 b bb). Die vom Berufungsgericht bei der Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells in Bezug auf die Auswertungen in den Dritten Programmen, im Satellitenprogramm 3Sat und in den Angeboten von ARD-Digital vorgenommenen Anpassungen halten einer rechtlichen Überprüfung dagegen nicht stand (dazu B II 7 b cc). Ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern ist das Berufungsurteil, soweit das Berufungsgericht bei der Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells nicht nur den auf die Fernsehauswertung entfallenen Teil der vereinbarten Gegenleistung als Erstvergütung zugrunde gelegt (dazu unter B II 7 b dd) und außerdem in voller Höhe auf die ursprünglich vereinbarte Vergütung abgestellt hat, obwohl diese als Pauschalvergütung vereinbart war und damit nicht nur die Erstverwertung, sondern auch weitere Verwertungen des Filmwerks "Das Boot" abgegolten hat (dazu unter B II 7 b ee).

aa) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass für die Ermittlung der Erträge und Vorteile des Beklagten zu 2 allein auf die Fernsehauswertungen im Rahmen des eigenen Dritten Programms sowie - gemäß dem Verteilungsschlüssel der ARD mit einem Anteil von 21,22% - auf die Ausstrahlungen in den ARD-Gemeinschaftsprogrammen abzustellen ist. Es ist insoweit davon ausgegangen, dass das Filmwerk "Das Boot" in seinen unterschiedlichen Fassungen in diesen Fernsehprogrammen im Zeitraum vom 9. November 2002 bis zum 8. Oktober 2015 insgesamt 23 Mal ausgestrahlt wurde (Ausstrahlung der mehrteiligen Fernsehserie an mehreren Sendeterminen gezählt als eine Ausstrahlung). Gegen diese Beurteilung erheben die Revisionen der Parteien keine Rügen.

bb) Das Berufungsgericht hat zutreffend die vom Beklagten zu 2 durch diese Fernsehauswertungen erzielten Vorteile unter indizieller

Anwendung des tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodells ermittelt.

(1) Ein konkreter Maßstab für die Ermittlung des Vorteils, den der Beklagte zu 2 als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt durch die streitgegenständlichen Fernsehausstrahlungen erlangt hat, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Es ist deshalb Aufgabe des Tatgerichts, im Einzelfall im Wege der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO die nach den Umständen sachgerechteste Bewertungsart auszuwählen und anzuwenden. Im Revisionsverfahren ist diese Schätzung nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und sämtliche für die Beurteilung bedeutsamen Tatsachen berücksichtigt hat, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben. Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, dem Tatgericht eine bestimmte Berechnungsmethode vorzuschreiben (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 55 - Das Boot II).

(2) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Erträgnisse und Vorteile des Beklagten zu 2 als einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt im Wege der vorzunehmenden Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO am sachgerechtesten unter indizieller Heranziehung der Prozentsätze zu ermitteln sind, nach denen der "Tarifvertrag für auf Produktionsdauer Beschäftigte" des Beklagten zu 2 die Wiederholungsvergütungen für die (erneute) Ausstrahlung von Eigenproduktionen im Fernsehen bestimmt (Wiederholungsvergütungsmodell).

(3) Diese Beurteilung hält den gegen die grundsätzliche Eignung des Wiederholungsvergütungsmodells als sachgerechte Schätzungsgrundlage vom Beklagten zu 2 erhobenen Rügen stand. Der Senat hat sich im Parallelverfahren, das die auf § 32a Abs. 2 UrhG gestützte Klage des Klägers gegen die übrigen mit dem Beklagten zu 2 in der ARD zusammengeschlossenen öffentlich-rechtlichen

Rundfunkanstalten hinsichtlich der Fernsehauswertung in den Gemeinschaftsprogrammen und den jeweils eigenen Dritten Programm betrifft, mit den auch im vorliegenden Verfahren durch die Revision des Beklagten zu 2 erhobenen Einwendungen befasst und diese als nicht durchgreifend erachtet (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 54 bis 104 - Das Boot II). Auf diese Begründung wird Bezug genommen. An dieser Beurteilung hält der Senat auch angesichts der von der Revision des Beklagten zu 2 mit Schriftsatz vom 30. Juni 2020 vorgetragenen Kritik fest. Soweit die Revision des Beklagten zu 2 in diesem Schriftsatz auf die in der Zwischenzeit in Kraft getretene Gemeinsame Vergütungsregel für Drehbuchautoren zwischen der ARD, der Produzentenallianz und den Drehbuchautoren hinweist, stützt sie sich auf neuen, in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigungsfähigen Sachvortrag.

cc) Soweit das Berufungsgericht bei der Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells nicht nur den auf die Fernsehauswertung entfallenden Teil der vereinbarten Gegenleistung als Erstvergütung zugrunde gelegt hat, ist das Berufungsurteil dagegen nicht frei von Rechtsfehlern.

(1) Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden, dass bei der Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells grundsätzlich bei einer für alle Auswertungsarten gezahlten Vergütung diese nicht vollständig herangezogen werden darf. Vielmehr ist nur auf den Teil abzustellen, der auf die Einräumung der Rechte für diese Fernsehauswertung entfällt (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 114 - Das Boot II). Daran hält der Senat auch angesichts der gegen diese Beurteilung von den Revisionen der Parteien erhobenen Einwände fest.

(2) Nach der Grundkonzeption des "Tarifvertrags für auf Produktionsdauer Beschäftigte des WDR" ist der Ausgangsbetrag für die Berechnung einer Wiederholungsvergütung die Vergütung, mit der eine Erstsendung

abgegolten wird (vgl. Ziffer 23.2.1 des Tarifvertrags für auf Produktionsdauer Beschäftigte des WDR in der Fassung vom 1. Januar 2002 sowie BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 118 - Das Boot II). Da für die Durchgriffshaftung des Dritten gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG nur die Erträgnisse oder Vorteile maßgeblich sind, die er mit der Verwertung der ihm eingeräumten oder übertragenen Nutzungsrechten erzielt hat, setzt eine sachgerechte Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells im Rahmen der tatgerichtlichen Schätzung voraus, dass als dort zum Ausgangspunkt der Berechnung einer Wiederholungsvergütung bestimmte Erstvergütung nur der Teil der vereinbarten Gegenleistung angesetzt wird, der auf die Einräumung der Rechte für diese Fernsehauswertung entfällt (vgl. dazu oben unter II 6 c aa und BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 114 - Das Boot II).

(3) Ohne Erfolg macht die Revision des Klägers geltend, diese Grundsätze führten im Streitfall zu unlösbaren Problemen, so dass die vereinbarte Vergütung in voller Höhe bei der Berechnung der Wiederholungsvergütung gemäß dem Tarifvertrag einzusetzen sei.

Allerdings kann der auf die Einräumung des Rechts zur Fernsehausstrahlung entfallende Teil der Vergütung bei der Wahl des Wiederholungsvergütungsmodells nicht nach dem Verhältnis der mit der Fernsehausstrahlung erzielten Erträge zu den mit der Verwertung insgesamt erzielten Erträge berechnet werden. Die Ermittlung der mit der Fernsehausstrahlung erzielten Erträge nach dem Wiederholungsvergütungsmodell setzt voraus, dass die Erstvergütung bekannt ist.

Daraus folgt jedoch entgegen der Ansicht der Revision des Klägers nicht, dass von dem Grundsatz abgesehen werden könnte, wonach bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses stets auf das Verhältnis des Urhebers zum jeweiligen Verwerter abzustellen ist und der Prüfung damit stets nur der Teil der vereinbarten Vergütung zu Grunde zu legen

ist, der auf das dem jeweiligen Verwerter eingeräumte Nutzungsrecht entfällt.

Auf der anderen Seite kann aber auch nicht mit der Revision des Beklagten zu 2 davon ausgegangen werden, dass das Wiederholungsvergütungsmodell im Streitfall unter keinen Umständen als geeignete Berechnungsgrundlage in Betracht komme. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass die Aufteilung der vereinbarten Vergütung auf konkrete Nutzungsrechte nicht ausschließlich entsprechend dem Anteil der aus der späteren Nutzung dieser Rechte erzielten Vorteile bestimmt werden kann. Dieser Anteil kann vielmehr auch auf andere Weise durch eine tatgerichtliche Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO und erforderlichenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen ermittelt werden (dazu oben I 6 c und II 6 c bb [3] sowie BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 51 - Das Boot II). Dazu hat das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen getroffen. Bei seiner tatgerichtlichen Beurteilung wird es vor dem Hintergrund der gebotenen Aufteilung der vereinbarten Vergütung auf die in Rede stehende Verwertung auch zu prüfen haben, ob das Wiederholungsvergütungsmodell mit Blick auf die nach den Umständen als Grundlage einer Schätzung möglicherweise grundsätzlich ebenfalls in Betracht kommenden weiteren Bewertungsmethoden (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 90 bis 104 - Das Boot II) insgesamt noch als die sachgerechteste Bewertungsmethode angesehen werden kann.

dd) Das Berufungsgericht hat bei der Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells die ursprünglich vereinbarte Vergütung in voller Höhe zugrunde gelegt, obwohl diese als Pauschalvergütung vereinbart war und damit nicht nur die Erstverwertung, sondern auch weitere Verwertungen des Filmwerks "Das Boot" abgegolten hat. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

(1) Bei der Anwendung des tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodells darf als

Erstvergütung eine erhaltene Pauschalvergütung grundsätzlich nicht in voller Höhe angesetzt werden, weil nach der Grundkonzeption dieser tarifvertraglichen Regelung als Ausgangsbetrag für die Berechnung der Wiederholungsvergütung nur die Vergütung in Betracht kommt, die für die Erstausrahlung vereinbart wurde (vgl. Ziffer 23.2.1 des Tarifvertrags für auf Produktionsdauer Beschäftigte des WDR in der Fassung vom 1. Januar 2002). Eine sachgerechte indizielle Anwendung dieses von einer Erstvergütung ausgehenden Wiederholungsvergütungsmodells auf einen durch eine Pauschalvergütung entlohnten Urheber setzt damit voraus, dass nur der Teil der Pauschalvergütung zugrunde gelegt wird, mit dem nach den Umständen die Erstausrahlung des in Rede stehenden Filmwerks abgegolten wird (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 118 - Das Boot II).

(2) An dieser Beurteilung hält der Senat auch angesichts der von der Revision des Klägers vorgetragenen Kritik fest.

Das Tatgericht hat auch den auf die Erstausrahlung entfallenden Anteil der Pauschalvergütung im Wege der Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln und insoweit einen Bruchteil der Pauschalvergütung anzusetzen, soweit ihm greifbare Anhaltspunkte für die Festlegung eines solchen Bruchteils zur Verfügung stehen. Liegen hierfür keine greifbaren Anhaltspunkte vor, kann das Tatgericht, ebenfalls unter Anwendung des in § 287 Abs. 2 ZPO geregelten Maßstabs, ersatzweise den Teil der Pauschalvergütung ansetzen, der nach den Umständen als übliche Erstvergütung anzusehen ist (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 116 bis 118 - Das Boot II). Im Streitfall kommen als taugliche Schätzungsgrundlagen die - mit Blick auf die besonderen Umstände gegebenenfalls interessengerecht zu modifizierende - Heranziehung von tarifvertraglichen Bestimmungen sowie gemeinsamen Vergütungsregelungen ebenso in Betracht wie die eventuell mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermittelnde branchenübliche Vergütung von Kameraleuten für die Erstausrahlung von

Filmwerken (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 118 - Das Boot II).

Die Revision des Klägers wendet dagegen ein, eine solche Schätzung sei rein praktisch nicht möglich, weil es völlig unüblich sei, einen Teil der Vergütung eines Kameramanns der Erstausrahlung des jeweiligen Filmwerks zuzuordnen. Eine "übliche Erstvergütung" gebe es nicht. Auch ein Sachverständiger könne bei der Ermittlung der branchenüblichen Vergütung von Kameraleuten für die Erstausrahlung nur "ins Blaue hinein raten". Mit diesem - ohnehin erstmals in der Revisionsinstanz gehaltenen und daher gemäß § 559 Abs. 1 ZPO unbeachtlichen - Tatsachenvortrag kann wiederum keine von der Revision des Klägers erstrebte vollständige Einstellung der vereinbarten Pauschalvergütung in das tarifvertragliche Modell zur Ermittlung der Wiederholungsvergütung erreicht werden. Das Berufungsgericht wird allerdings im Rahmen des wiedereröffneten Berufungsverfahrens zu prüfen haben, ob sich aus dem Vorbringen der Revision des Klägers Zweifel an der grundsätzlichen Geeignetheit des Wiederholungsvergütungsmodells als sachgerechte Bewertungsmethode zur Ermittlung des vom Beklagten zu 2 erzielten Vorteils und der - ex post betrachtet - angemessenen Vergütung im Sinne von § 32a Abs. 2 UrhG ergeben.

Eine vollständige Berücksichtigung der Pauschalvergütung als Erstvergütung im Rahmen des tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodells lässt sich schließlich entgegen der Ansicht der Revision des Klägers auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, mit der vereinbarten Pauschalvergütung werde nicht nur die Nutzungsrechtsübertragung, sondern auch die erbrachte Arbeitsleistung abgegolten. Hat der Urheber einem anderen das Nutzungsrecht an seinem Werk eingeräumt, ist in der Regel davon auszugehen, dass eine vereinbarte Gegenleistung in vollem Umfang für die Einräumung des Nutzungsrechts und nicht - auch nicht teilweise - für die Herstellung des Werks geschuldet ist. Dies folgt daraus, dass die Arbeitsleistung des Urhebers für

den anderen ohne die Einräumung des Nutzungsrechts in der Regel wertlos ist; eine Vergütung der Arbeitsleistung ist dann gemäß § 612 Abs. 1, § 632 Abs. 1 BGB nicht zu erwarten (BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 28 - Das Boot I, mwN; GRUR 2020, 611 Rn. 28 - Das Boot II).

ee) Die vom Berufungsgericht bei der Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells in Bezug auf die Auswertungen in den Dritten Programmen, im Satellitenprogramm 3Sat und in den Angeboten von ARD-Digital vorgenommenen Anpassungen halten einer rechtlichen Überprüfung ebenfalls nicht stand.

(1) Das Berufungsgericht hat angenommen, es sei eine Erhöhung der tarifvertraglich bestimmten Vergütungssätze für die Wiederholungen in den Dritten Programmen, im Satellitenprogramm 3Sat und in den Angeboten von ARD-Digital entsprechend der bundesweiten Empfangbarkeit und dem Verteilungsplan der VG Bild-Kunst jedenfalls nach dem Stichtag geboten. Diese Dritten Programme seien seit vielen Jahren nicht mehr nur terrestrisch auf den jeweiligen regionalen Einzugsbereich beschränkt, sondern würden über Kabel und Satellit bundesweit ausgestrahlt. Ebenso seien die digitalen Sender ihrer Testphase entwachsen und würden bundesweit ausgestrahlt. Diese bundesweite Erweiterung der Nutzung seit den 1990er Jahren sei in dem herangezogenen Tarifvertrag nicht entsprechend berücksichtigt und dieser sei auch nicht angepasst worden. Deshalb sei die im Tarifvertrag geregelte Wiederholungsvergütung insoweit nicht mehr angemessen und bedürfe einer Anpassung nach oben. Diese Anpassung sei durch Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO anhand des vom Kläger vorgelegten Verteilungsplans der VG Bild-Kunst vom 9. März 2015 vorzunehmen. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

(2) Zwar geht es bei der Heranziehung von nicht unmittelbar anwendbaren Tarifverträgen im Rahmen der dem Tatgericht überantworteten Schätzung gemäß § 32a UrhG nicht

um eine uneingeschränkte Anwendung der dort getroffenen Regelungen, sondern um die indizielle, die sachlichen Übereinstimmungen und Unterschiede des Einzelfalls in den Blick nehmende und unter Umständen modifizierende Anwendung. Allerdings ist im Regelfall davon auszugehen, dass die von sachkundigen Tarifvertragsparteien unter Beachtung der Interessen der Urheber und Verwerter ausgehandelten Bewertungsmaßstäbe bei Vorliegen einer mit Blick auf den Streitfall ansonsten vergleichbaren Sachlage, wie sie das Berufungsgericht hier rechtsfehlerfrei bejaht hat, regelmäßig als sachgerechte Schätzgrundlage in Betracht kommen. Es darf grundsätzlich angenommen werden, dass das von den Tarifvertragsparteien erzielte Verhandlungsergebnis richtig ist und die Interessen beider Seiten sachgerecht zum Ausdruck bringt; ein objektiver Maßstab, nach dem sich die Richtigkeit besser beurteilen ließe, existiert nicht (vgl. BVerfGE 146, 71 Rn. 146; BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 64 und 110 - Das Boot II). In dem durch ein Geben und Nehmen geprägten Verhandlungsergebnis kommen erfahrungsgemäß die vielfältig denkbaren Wechselwirkungen der im Einzelnen getroffenen Regelungen und ein damit möglicherweise einhergehender Ausgleich von Vor- und Nachteilen für die jeweiligen Parteien im Hinblick auf das Gesamtgefüge zum Ausdruck. Das Berufungsgericht hat bei seiner Beurteilung nicht berücksichtigt, dass diese "Richtigkeitsvermutung des Vertragsmechanismus" auch bei der indiziellen Heranziehung tarifvertraglicher Regelungen im Rahmen der durch Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO vorzunehmenden Bestimmung einer weiteren angemessenen Beteiligung in den Blick zu nehmen ist (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 110 - Das Boot II). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des vom Berufungsgericht ebenfalls nicht hinreichend berücksichtigten Umstands, dass die Tarifvertragsparteien unstreitig trotz der vom Kläger dargelegten Umstände der erweiterten Empfangbarkeit der in Rede stehenden Programme keine Anpassung der Wiederholungsvergütungssätze vorgenommen haben.

Soweit das Berufungsgericht dem keine Bedeutung beigemessen hat, weil der Kläger vorgetragen habe, der Beklagte zu 2 habe sich immer wieder geweigert, die Reichweitenveränderungen im Tarifvertrag entsprechend anzupassen, lässt es außer Acht, dass der Wunsch einer Vertragspartei zur Änderung eines Vertrags, der aus nicht näher festgestellten Gründen nur einseitig geblieben ist, nicht ohne weiteres die im Streitfall maßgebliche Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen repräsentieren kann, wie sie im - bislang unveränderten - Tarifvertrag insgesamt zum Ausdruck kommen.

8. Nachdem das Berufungsgericht zunächst die mit dem Kläger vereinbarte Vergütung und sodann die vom Beklagten zu 2 erzielten Erträge und Vorteile festgestellt hat, hat es weiter angenommen, die Vergütung, die - im Nachhinein betrachtet - insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessen im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist, betrage im Hinblick auf die Lizenzierung des Spielfilms an den Fernsehsender ARTE 1.512 € und im Hinblick auf die Fernsehauswertungen 88.344,59 €, mithin insgesamt 89.856,59 €. Auch diese Beurteilung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die angemessene Beteiligung des Klägers an den Lizenzerlösen des Beklagten zu 2 belaufe sich unter Berücksichtigung eines Beteiligungssatzes von 2,25% auf 1.512 €. Diese Beurteilung wird von der Revision des Klägers hingenommen. Die von den Revisionen der Beklagten gegen die vom Berufungsgericht auch insoweit durchgeführte indizielle Anwendung der Bestimmungen des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" erhobenen Rügen greifen aus den bereits im Rahmen der Prüfung der Revision der Beklagten zu 1 dargelegten Gründen (dazu unter B I 8 b), auf die Bezug genommen werden kann, nicht durch. Das Berufungsgericht hat vielmehr im Rahmen des von ihm auszuübenden weiten Schätzungsermessens sowohl die

besonderen Umstände des Einzelfalls als auch die in den indiziell herangezogenen kollektiven Vergütungsregelungen angelegten Wertungen beachtet, soweit sie für die Ermittlung einer weiteren angemessenen Vergütung gemäß § 32a UrhG maßgeblich sind. Mit Erfolg wendet sich die Revision des Beklagten zu 2 jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger stehe bei der indiziellen Anwendung des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" und der "Gemeinsamen Vergütungsregeln für Kameraleute" 100% der auf das "Gewerk Kamera" entfallenden Beteiligung zu (dazu unter B I 8 c).

b) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die angemessene Vergütung des Klägers für die Ausstrahlungen im eigenen Programm und in den ARD-Gemeinschaftsprogrammen betrage entsprechend den vom Beklagten zu 2 redlicherweise zu zahlenden Wiederholungsvergütungen von 91.591,64 € abzüglich einer anteiligen "Doppelvergütung" in Höhe von 3.247,05 € insoweit 88.344,59 €. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

aa) Allerdings ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, dass die Vergütung, die - im Nachhinein betrachtet - insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessen im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist, im Rahmen der Prüfung einer weiteren angemessenen Beteiligung gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG nach den im Streitfall maßgeblichen Umständen unter indizieller Heranziehung des tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodells bestimmt werden kann (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 119 bis 120 - Das Boot II).

(1) Gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG ist die Vergütung angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und

Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist. Die im Sinne von § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG angemessene Vergütung ist vom Tatgericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung und billigem Ermessen zu bestimmen. Im Revisionsverfahren ist diese Entscheidung nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob das Berufungsgericht bei der Bestimmung der Vergütung von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und sämtliche für die Bemessung der Vergütung bedeutsamen Tatsachen berücksichtigt hat, die von den Parteien vorgebracht worden sind oder sich aus der Natur der Sache ergeben (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 121 - Das Boot II, mwN).

(2) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass bei Anwendung des Wiederholungsvergütungsmodells, also der Ermittlung der Erträge und Vorteile des Beklagten anhand der tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungen, die - im Nachhinein betrachtet - angemessene Vergütung grundsätzlich den Erträgen und Vorteilen der gemäß § 32a Abs. 2 UrhG in Anspruch genommenen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt entspricht. Die gegen diesen rechtlichen Ausgangspunkt erhobenen Rügen der Revision des Beklagten zu 2 hat der Senat bereits in seinem im Parallelverfahren ergangenen Urteil für nicht durchgreifend erachtet (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 122 bis 126 - Das Boot II).

bb) Nicht frei von Rechtsfehlern ist jedoch wiederum, dass das Berufungsgericht bei der Anwendung des tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodells die vereinbarte Pauschalvergütung in voller Höhe angesetzt hat (dazu unter B II 7 b cc bis ee).

cc) Zutreffend hat das Berufungsgericht die angemessene Beteiligung des Klägers im Verhältnis zum Beklagten zu 2 nicht im Hinblick auf die weiteren Kameramänner gekürzt. Aufgrund des insoweit für die Berechnung einer

weiteren angemessenen Vergütung maßgeblichen Systems des Wiederholungsvergütungsmodells wäre eine solche Reduktion nicht sachgerecht, weil die Wiederholungsvergütungssätze hier ins Verhältnis zur jeweiligen Erstvergütung des einzelnen Urhebers gesetzt werden (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 155 bis 157 - Das Boot II).

dd) Das Berufungsgericht hat angenommen, bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung sei von den Wiederholungsvergütungen in Höhe von 91.591,64 € ein Betrag in Höhe von 3.247,05 € abzuziehen, den der Beklagte zu 2 als Lizenzgebühr für den "Director's Cut" an die Beklagte zu 1 geleistet habe. Der Abzug sei zur Vermeidung einer Doppelvergütung des Klägers vorzunehmen, der bereits eine in dieser Höhe auf den Beklagten zu 2 entfallende Beteiligung an den Lizenzerlösen der Beklagten zu 1 erhalte. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Ein Abzug von Aufwendungen, die den Vorteil des Verwerfers schmälern, kommt regelmäßig erst auf der Ebene der Prüfung eines auffälligen Missverhältnisses zwischen der vereinbarten Vergütung und den Erträgen und Vorteilen des Verwerfers in Betracht; erst auf dieser Prüfungsstufe sind grundsätzlich die gesamten Beziehungen des Urhebers zum Verwerter und damit auch den Gewinn des Verwerfers schmälernde Aufwendungen in den Blick zu nehmen (BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 33 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 112 und 146 - Das Boot II; dazu unter B II 9 c aa und cc). Lizenzzahlungen eines Nutzungsberechtigten an einen anderen Nutzungsberechtigten sind dagegen zwar in der Regel bereits bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung zu berücksichtigen, um Doppelvergütungen des Urhebers zu vermeiden. Bei der Inanspruchnahme beitragsfinanzierter öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gemäß § 32a Abs. 2 UrhG unter indizieller Heranziehung des Wiederholungsvergütungsmodells kommt ein Abzug solcher Lizenzzahlungen aber nicht in Betracht, weil nach diesem Berechnungsmodell derartige Aufwendungen

nicht als Abzugsposten zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 145 und 148 - Das Boot II).

9. Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, dass die vereinbarte Vergütung unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Klägers zum Beklagten zu 2 mit Blick auf die angemessene Vergütung im Sinne von § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG in einem nach § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG relevanten auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen des Beklagten zu 2 steht. Diese Beurteilung ist ebenfalls von Rechtsfehlern beeinflusst.

a) Rechtsfehlerhaft ist zunächst die Bemessung der vom Berufungsgericht der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses zugrunde gelegten vereinbarten Gegenleistung.

aa) Das Berufungsgericht hat bei der Bestimmung der vereinbarten Gegenleistung nicht berücksichtigt, dass die Beklagte zu 1 oder ihre Tochtergesellschaft die Fassungen des Films "Das Boot" an den Beklagten zu 2 lediglich zur Auswertung im deutschen Fernsehen lizenziert hat und nur dieser auf die übertragenen Nutzungsrechte entfallende Teil der vereinbarten Gegenleistung bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses maßgeblich ist (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 130 - Das Boot II; dazu unter B I 6 d aa und II 6 c).

bb) Das Berufungsgericht ist - wie schon im Verhältnis zur Beklagten zu 1 für den gegen den Beklagten zu 2 gerichteten Antrag bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses außerdem davon ausgegangen, dass von der gesamten Gegenleistung auf den streitgegenständlichen Zeitraum lediglich eine vereinbarte Vergütung von 42.755,05 € entfallt. Dem kann ebenfalls nicht zugestimmt werden (dazu unter B I 9 c cc).

b) Die Prüfung des auffälligen Missverhältnisses hält außerdem der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil sie durch die rechtsfehlerhafte Bestimmung der Erträge und Vorteile (dazu unter B II 7 b cc bis ee) sowie der angemessenen Vergütung (dazu unter B II 8 b

bb und dd) beeinflusst ist und die Berechnung der vom Beklagten zu 2 geschuldeten weiteren angemessenen Beteiligung damit auf unzureichenden Feststellungen beruht.

c) Zutreffend ist das Berufungsgericht dagegen davon ausgegangen, dass bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses nicht die vom Beklagten zu 2 mit Blick auf die streitgegenständlichen Ausstrahlungen getätigten Aufwendungen zu berücksichtigen sind.

aa) Allerdings ist bei der Prüfung, ob ein auffälliges Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und den Erträgen und Vorteilen besteht, die gesamte Beziehung des Urhebers zum Verwerter in den Blick zu nehmen (BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 33 - Das Boot I). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 36 UrhG aF können bei der Ermittlung des Missverhältnisses auch die den Verwerter im Zusammenhang mit der Verwertung treffenden Belastungen (BGH, Urteil vom 27. Juni 1991 - I ZR 22/90, BGHZ 115, 63, 68 [juris Rn. 21] Horoskop-Kalender), namentlich erlittene Verluste (BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 - I ZR 245/98, GRUR 2002, 153, 154 [juris Rn. 19] = WRP 2002, 96 - Kinderhörspiele), zu berücksichtigen sein. Diese Grundsätze gelten entsprechend bei der Ermittlung eines auffälligen Missverhältnisses im Rahmen des § 32a UrhG, so dass grundsätzlich auch die den Gewinn des Verwerter schmälern den Aufwendungen zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 33 und 89 - Das Boot I; GRUR 2020, 611 Rn. 146 - Das Boot II). Einer schematischen Berücksichtigung ausnahmslos jeder Aufwendung des Verwerter steht jedoch bereits der Umstand entgegen, dass jede Nutzung eines Werks mit Aufwendungen verbunden ist, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise in die Preisgestaltung so einkalkuliert werden, dass sie sich schon bei üblichen Erträgen amortisieren. Die Berücksichtigung von Aufwendungen im Rahmen der Prüfung des Missverhältnisses im Sinne von § 32a UrhG bedeutet mithin keine mechanisch-rechnerische Einstellung in eine Gewinn- und

Verlustrechnung, sondern ist Bestandteil einer wertenden Betrachtungsweise (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 147 - Das Boot II, mwN). Dabei ist auch die Methode in den Blick zu nehmen, nach der unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Streitfalls die aus der Nutzung des Werks gezogenen Erträge und Vorteile zu bestimmen sind (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 149 - Das Boot II).

bb) Der Senat hat im Parallelverfahren bereits entschieden, dass im Hinblick auf die Inanspruchnahme beitragsfinanzierter öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gemäß § 32a Abs. 2 UrhG unter indizieller Heranziehung des Wiederholungsvergütungsmodells nicht auf die insoweit fernliegenden Kategorien von Gewinn und Verlust abzustellen ist (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 149 bis 152 - Das Boot II) und deshalb bei Anwendung dieses speziellen Modells auch keine Aufwendungen in Form von Lizenzzahlungen bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses zu berücksichtigen sind (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 145 und 148 - Das Boot II). Davon ist in der Sache zutreffend auch das Berufungsgericht ausgegangen, indem es angenommen hat, eine Berücksichtigung von Herstellungskosten, Finanzierungsbeteiligungen und sonstigen Aufwendungen sei nach dem tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodell nicht vorgesehen.

d) Entgegen der Rüge der Revision des Beklagten zu 2 hat das Berufungsgericht ferner mit Recht weder die Gegenleistung noch die angemessene Beteiligung im Rahmen der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses inflationsbereinigt oder sonst auf- bzw. abgezinst angesetzt (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 154 - Das Boot II).

10. Zutreffend ist das Berufungsgericht außerdem davon ausgegangen, dass im Falle der Begründetheit des Zahlungsanspruchs aus § 32a Abs. 2 UrhG auch ein Anspruch auf Zahlung von Umsatzsteuer und auf Prozesszinsen ab Rechtshängigkeit gegen den Beklagten zu

2 besteht (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 180 bis 184 und Rn. 185 bis 191 - Das Boot II).

11. Mit Erfolg wendet sich die Berufung des Beklagten zu 2 indes gegen die Beurteilung, mit der das Berufungsgericht den Feststellungsantrag zugesprochen hat.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, es sei festzustellen, dass der Beklagte zu 2 für den Zeitraum ab dem 9. Oktober 2015 in Bezug auf die Nutzung der Filmproduktion "Das Boot" in Gemeinschaftsprogrammen der ARD-Sender (einschließlich 3Sat) sowie als Einzelschuldner für Nutzungen im eigenen Sender an den Kläger eine weitere angemessene Beteiligung entsprechend den im Berufungsurteil dargelegten Grundsätzen des tarifvertraglichen Wiederholungsvergütungsmodells leisten müsse. Außerdem sei der Klageantrag begründet, soweit er auf die Feststellung einer Verpflichtung des Beklagten zu 2 gerichtet sei, ab dem 9. Oktober 2015 2,25% der Nettoerlöse aus der Lizenzierung der Produktion zu zahlen. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

b) Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend vom Vorliegen eines entsprechenden Feststellungsinteresses des Klägers ausgegangen. Die Verpflichtung des Dritten gegenüber einem Urheber zur Leistung einer weiteren angemessenen Beteiligung aus § 32a Abs. 2 UrhG stellt als Schuldverhältnis ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO dar (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 167 - Das Boot II). Der Kläger hat zudem ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, dass nach den Umständen des Streitfalls die konkrete Möglichkeit besteht, dass dem Kläger auch für die von den Zahlungsanträgen nicht mehr abgedeckte Zeit gegen den Beklagten zu 2 Ansprüche auf eine weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a Abs. 2 UrhG zustehen. Es sind weitere Nutzungshandlungen des Beklagten zu 2

zu erwarten, weil ihm die Senderechte bis zum 30. April 2034 übertragen wurden (vgl. auch BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 170 - Das Boot II).

c) Jedoch kann die Begründetheit des Feststellungsantrags für zukünftige Ausstrahlungen des Filmwerks "Das Boot" ab dem 9. Oktober 2015 auf Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht angenommen werden. Die Begründetheit dieses Feststellungsantrags lässt sich nicht von der Begründetheit des Zahlungsantrags für Ausstrahlungen und Lizenzierungen bis zum 9. Oktober 2015 trennen, über den in der Revisionsinstanz noch nicht abschließend entschieden werden kann.

aa) Bei der Prüfung, ob bei einer laufenden Nutzung des Werks nach einer Anpassung der Vergütung gemäß § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG oder § 32a Abs. 1 Satz 1 UrhG durch jede Nutzung des Werks erneut ein auffälliges Missverhältnis und damit ein Anspruch auf angemessene Beteiligung entsteht, ist den Erträgen und Vorteilen des Verwerter nicht die ursprüngliche, sondern die angepasste Vergütung gegenüberzustellen (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 61 - Das Boot I; GRUR 2016, 1291 Rn. 52 - Geburtstagskarawane). Entsprechendes gilt auch für den gegen Dritte gerichteten Anspruch auf weitere Beteiligung gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 172 - Das Boot II).

bb) Die Begründetheit des Feststellungsantrags setzt jedenfalls voraus, dass über alle Einwendungen, die den Bestand des Klageanspruchs oder seine Durchsetzbarkeit betreffen, abschließend entschieden werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - I ZR 272/02, BGHZ 166, 253 Rn. 47 - Markenparfümverkäufe). Dies ist vorliegend nicht der Fall, weil die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Zahlungsantrag teilweise rechtsfehlerhaft sind. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht daher zunächst Feststellungen zur Frage des auffälligen Missverhältnisses für den von den Zahlungsanträgen erfassten Zeitraum treffen

müssen und zudem zu beurteilen haben, ob die Vergütung für diesen Zeitraum anzupassen ist. Diese Feststellungen bilden die Grundlage für die Beurteilung der Begründetheit des Feststellungsantrags hinsichtlich zukünftiger Verwertungshandlungen.

d) Die gegen den Feststellungsausspruch gerichtete Revision des Beklagten zu 2 hat ferner insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht seine Verpflichtung zur Leistung einer weiteren angemessenen Beteiligung aus § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG an zukünftigen Nutzungshandlungen in der Weise festgeschrieben hat, dass eine Beteiligung entsprechend dem Wiederholungsvergütungsmodell geschuldet sei.

aa) Zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage kann gemäß § 256 Abs. 1 ZPO nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses sein. Einzelne Anspruchskomponenten und mögliche Berechnungsfaktoren für einen (künftigen) Zahlungsanspruch sind bloße Elemente eines Rechtsverhältnisses und können nicht Gegenstand eines Feststellungsantrags sein (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 178 - Das Boot II, mwN).

bb) So liegt es jedoch hier im Hinblick auf das Wiederholungsvergütungsmodell. Das Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO stellt die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung einer weiteren angemessenen Beteiligung aus § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG dar. Demgegenüber handelt es sich bei der vom Kläger begehrten Feststellung lediglich um ein Element dieses Rechtsverhältnisses. Die indizielle Heranziehung von konkreten tarifvertraglichen Vergütungssätzen ist nur eine im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens für die Bestimmung einer weiteren angemessenen Beteiligung gemäß § 32a UrhG zu berücksichtigende sachgerechte Berechnungsmethode (vgl. zum Wiederholungsvergütungsmodell bereits BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 179 - Das Boot II).

III. Das Berufungsgericht hat dem Kläger gegen die Beklagte zu 3 im Hinblick auf die Verwertung des Filmwerks auf Videokassette und DVD einen Anspruch gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG in Höhe von 186.490,74 € nebst Prozesszinsen und Umsatzsteuer zugesprochen und die Verpflichtung der Beklagten zu 3 festgestellt, den Kläger ab dem 1. April 2017 an zukünftigen Nettoerlösen aus der Verwertung der Produktion in Höhe von 2,25% zu beteiligen. Den Anspruch auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten hat es abgewiesen. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung - mit Ausnahme der Abweisung der Klage auf Ersatz der Rechtsverfolgungskosten - nicht stand.

1. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass auch gegen die Beklagte zu 3 ein Anspruch des Klägers auf weitere angemessene Beteiligung gemäß § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG in Betracht kommt. Die Beklagte zu 1 hat die ihr vom Kläger als Miturheber eingeräumten Nutzungsrechte zur Auswertung des Filmwerks "Das Boot" auf Videokassette und DVD der Beklagten zu 3 übertragen oder eingeräumt (vgl. BGH, GRUR 2012, 496 Rn. 69 f. - Das Boot I).

2. Die vom Berufungsgericht getroffenen Annahmen zur im Rahmen der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses im Sinne von § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG zu berücksichtigenden vereinbarten Gegenleistung halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Allerdings ist das Berufungsgericht wiederum zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger von der Beklagten zu 1 für die Einräumung sämtlicher Nutzungsrechte eine Gesamtvergütung in Höhe von 104.303,54 € erhalten hat. Es hat diesem Betrag außerdem nicht die - bislang noch nicht rechtskräftig festgestellte oder durchgesetzte - weitere angemessene Beteiligung hinzugerechnet, die der Kläger von der Beklagten zu 1 als Erstverwerterin verlangt. Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern (dazu unter B II 6 b).

b) Das Berufungsgericht hat bei der Bestimmung der vereinbarten Gegenleistung jedoch rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die Beklagte zu 1 oder ihre Tochtergesellschaft die Fassungen des Films "Das Boot" an die Beklagte zu 3 lediglich zur Auswertung auf Videokassette und DVD lizenziert hat und deshalb der Prüfung des § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG nur der Teil der vereinbarten Gegenleistung zugrunde zu legen ist, der auf die Einräumung dieser Rechte entfällt (dazu unter B I 6 d und II 6 c).

3. Die Erträge und Vorteile der Beklagten zu 3 aus der Video- und DVDAuswertung hat das Berufungsgericht für die Zeit vor dem 29. März 2002 auf 23.356.279,99 € und danach bis zum 31. März 2017 auf 9.938.815,91 € ermittelt. Hiervon seien die an die Lizenzgeberin entrichteten Lizenzgebühren in Höhe von 1.650.338,52 € abzuziehen, so dass der Beurteilung ein Nettoertrag in Höhe von 8.288.477,39 € zu Grunde zu legen sei. Dies wird von den Revisionen des Klägers und der Beklagten zu 3 nicht angegriffen.

4. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die - im Nachhinein betrachtet - insbesondere unter Berücksichtigung der erzielten Erträge und Vorteile angemessene Vergütung im Sinne des § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG sei unter indizieller Anwendung des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" mit einem Beteiligungssatz in Höhe von 2,25% auf der Grundlage von Nettoerträgen in Höhe von 8.288.477,39 € zu ermitteln und betrage für den Zeitraum vom 29. März 2002 bis zum 31. März 2017 insgesamt 186.490,74 €. Diese Beurteilung ist nicht in allen Punkten rechtsfehlerfrei.

a) Das Berufungsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, dass die Bestimmungen des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" aus den von ihm im Hinblick auf den gegen die Beklagte zu 1 erhobenen Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung ausgeführten Gründen auch auf den gegen die

Beklagte zu 3 gerichteten Anspruch indizielle Anwendung finden kann. Die von der Revision der Beklagten zu 3 gegen diese indizielle Anwendung erhobenen Rügen greifen aus den bereits im Rahmen der Prüfung der Revision der Beklagten zu 1 dargelegten Gründen (dazu unter B I 8 b), auf die Bezug genommen werden kann, nicht durch.

b) Das Berufungsgericht hat angenommen, es bestehe auf der Grundlage der Umstände des Streitfalls kein Anlass, auf die Beklagte zu 3 einen geringeren Beteiligungssatz als bei der ebenfalls mit 2,25% beteiligten Beklagten zu 1 anzuwenden. Gegen diese Beurteilung wenden sich die Revisionen der Parteien nicht.

c) Soweit das Berufungsgericht allerdings auch für den gegen die Beklagte zu 3 gerichteten Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung davon ausgegangen ist, dem Kläger stünden 100% und nicht - wie von den Beklagten behauptet - 80% der auf das "Gewerk Kamera" entfallenden Beteiligungsansprüche gegenüber der Beklagten zu 3 zu, hält dies auf der Basis der bisherigen Feststellung der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Auf die entsprechenden Ausführungen zum gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Anspruch wird verwiesen (dazu unter B I 8 c).

5. Die Beurteilung, mit der das Berufungsgericht ein auffälliges Missverhältnis im Sinne von § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG angenommen hat, ist ebenfalls von Rechtsfehlern beeinflusst.

a) Das Berufungsgericht hat bei der Bestimmung der vereinbarten Gegenleistung wiederum nicht berücksichtigt, dass die Beklagte zu 1 oder ihre Tochtergesellschaft die Fassungen des Films "Das Boot" an die Beklagte zu 3 lediglich zur Auswertung auf Videokassette und DVD lizenziert hat und deshalb der Prüfung des § 32a Abs. 2 Satz 1 UrhG nur der Teil der mit dem Kläger vereinbarten Gegenleistung zugrunde zu legen ist, der auf die Einräumung dieser Rechte entfällt (BGH, GRUR 2020, 611

Rn. 130 - Das Boot II; dazu unter B I 6 d, II 6 c und B III 2 b).

b) Das Berufungsgericht ist - wie schon im Verhältnis zur Beklagten zu 1 und zum Beklagten zu 2 - für den gegen die Beklagte zu 3 gerichteten Antrag bei der Prüfung des auffälligen Missverhältnisses davon ausgegangen, dass von der gesamten Gegenleistung auf den streitgegenständlichen Zeitraum eine vereinbarte Vergütung von 42.755,05 € entfalle. Dies hält ebenfalls der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (dazu unter B I 9 c cc).

c) Das Berufungsgericht hat angenommen, entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3 seien neben den Lizenzgebühren weder die Kosten für die Herstellung und Verpackung der DVDs noch die den Kunden im Zeitraum vom 29. März 2002 bis 31. März 2017 gewährten Jahresboni und Skonti als den Gewinn schmälernde Aufwendungen zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung solcher allgemeinen Investitions- und Verwertungskosten des Dritten komme bei der Prüfung eines auffälligen Missverhältnisses im Rahmen des § 32a Abs. 2 UrhG nicht in Betracht. Die vollständige Anrechenbarkeit solcher Kosten würde zu einer weitgehenden - möglicherweise missbräuchlichen - Aushöhlung des Anspruchs des Urhebers auf weitere angemessene Beteiligung gegen den Dritten führen. Zudem habe der Lizenznehmer diese Investitionen getätigt, da er mit einem gewissen Investitionsprofit gerechnet habe, der maßgeblich auf den Beitrag des Urhebers zurückgehe. Da jede Nutzung eines Werks mit Aufwendungen verbunden sei, deren Kosten üblicherweise in die Preisgestaltung einkalkuliert würden, seien bei der Prüfung eines auffälligen Missverhältnisses - auch gegenüber dem Dritten im Rahmen des § 32a Abs. 2 UrhG - nur über das übliche Maß hinausgehende besondere Aufwendungen zu berücksichtigen. Solche besonderen Umstände lägen hinsichtlich der Herstellungs- und Verpackungskosten nicht vor. Auch die Jahresboni und Skonti seien nicht abzugsfähig. Diese seien - auch nach dem Vortrag der Beklagten zu 3 - in der

Branche normale oder sogar unumgängliche Leistungen zur Kundenpflege und gingen nicht über das übliche Maß hinaus.

Diese Beurteilung geht von zutreffenden Grundsätzen aus (vgl. BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 146 f. - Das Boot II) und lässt auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen. Soweit die Revision der Beklagten zu 3 geltend macht, gemäß Ziffer 7.4 des Ergänzungstarifvertrags seien unmittelbar mit der Verwertung im Zusammenhang stehende Provisionen und Vertriebskosten in Abzug zu bringen und hierunter seien auch die Kosten für Herstellung, Verpackung sowie die gewährten Skonti und Boni zu verstehen, legt sie keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts bei der Ausübung des Schätzungsermessens gemäß § 287 Abs. 2 ZPO dar, sondern ersetzt die tatgerichtliche Würdigung nur durch ihre eigene. Mit ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe den Inhalt des "Ergänzungstarifvertrags Erlösbeteiligung Kinofilm" nicht vollständig zur Kenntnis genommen, dringt die Revision der Beklagten zu 3 nicht durch. Sie lässt auch in diesem Zusammenhang außer Acht, dass das Berufungsgericht den Tarifvertrag nicht unmittelbar, sondern in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung zu § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage indiziell herangezogen hat, um seiner Aufgabe gerecht zu werden, die nach den Umständen des Einzelfalls sachgerechteste Bewertungsmethode zu ermitteln und indiziell zur Bestimmung einer weiteren angemessenen Vergütung gemäß § 32a UrhG heranzuziehen.

6. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass im Falle der Begründetheit des Zahlungsanspruchs aus § 32a Abs. 2 UrhG auch gegen die Beklagte zu 3 ein Anspruch auf Zahlung von Umsatzsteuer und auf Prozesszinsen ab Rechtshängigkeit besteht (BGH, GRUR 2020, 611 Rn. 180 bis 184 und Rn. 185 bis 191 - Das Boot II).

7. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Feststellung der Pflicht der Beklagten zu 3, für

die zukünftige Nutzung der Filmproduktion "Das Boot" ab dem 1. April 2017 eine weitere angemessene Beteiligung in Höhe von 2,25% der Nettoerlöse zuzüglich Umsatzsteuer zu zahlen, kann auf Grundlage seiner Feststellungen ebenfalls keinen Bestand haben. Die Begründetheit dieses Feststellungsantrags lässt sich nicht von der Begründetheit des Zahlungsantrags bis zum 31. März 2017 trennen, über den nach den vorstehenden Ausführungen in der Revisionsinstanz noch nicht abschließend entschieden werden kann.

IV. Die Revision des Klägers gegen die Abweisung des Antrags auf Ersatz der durch das Aufforderungsschreiben vom 31. Juli 2014 entstandenen Kosten gegenüber der Beklagten zu 3 hat keinen Erfolg. Die Revision des Klägers macht geltend, in der Abweisung des Antrags durch das Berufungsgericht mit der Begründung, die geltend gemachte Geschäftsgebühr sei bereits vor Erhebung der Stufenklage angefallen, liege eine gehörsverletzende Überraschungsentscheidung, weil das Berufungsgericht seine Hinweispflicht gemäß § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO verletzt habe. Bei einem rechtzeitigen Hinweis hätte er vortragen, er habe dem Klägerevertreter erst nach Auskunftserteilung den Auftrag erteilt, an die Beklagte zu 3 heranzutreten. Dieser Vortrag legt weder einen Gehörsverstoß noch eine Rechtsverletzung dar. Die Hinweispflicht gilt gemäß § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht für Nebenforderungen, zu denen auch die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten gehören (vgl. Stadler in Musielak/Voit, 16. Aufl., ZPO, § 139 Rn. 20).

V. Der Senat hat auch die Verfahrensrügen, die vorstehend nicht ausdrücklich behandelt wurden, geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

C. Nach den vorstehenden Ausführungen hat das angefochtene Urteil lediglich hinsichtlich der Zurückweisung des Antrags auf Kostenerstattung des Klägers gegen die Beklagte zu 3 Bestand und ist im Übrigen aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die abschließende

Entscheidung des Rechtsstreits von erst noch zu treffenden weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts abhängt, ist der Senat an einer Entscheidung in der Sache selbst gehindert und der Rechtsstreit daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

## Impressum & Verantwortlichkeit



1. Vorstand Dr. Nicolai Kemle  
Kleine Mantelgasse 10

D – 69117 Heidelberg

Email: [info@ifkur.de](mailto:info@ifkur.de)

Website: [www.ifkur.de](http://www.ifkur.de)

Auflage: Online – Publikation

Bildrechte Frontcover: Benjamin Hauck

Das Institut für Kunst und Recht IFKUR e.V. weist daraufhin, dass die Texte dem Urheberrecht unterstehen. (Die einzelnen Beiträge spiegeln die jeweiligen Auffassungen des einzelnen Autors wieder und stellen nicht die Ansicht oder Meinung des Instituts dar.) Zusammenfassungen von Urteilen sind nur erläuternd.