
Datum: 04.01.2006
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 28. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 O 201/00
ECLI: ECLI:DE:LGK:2006:0104.28O201.00.00

Tenor:

1. Die Beklagte wird unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 83.580,88 € nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Januar 1997 zu zahlen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin zu 62 % und die Beklagte zu 38 %.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten im Nachgang an ein vorangegangenes Klageverfahren vor der Kammer zu Az.: 28 O 284/95 (OLG Köln, Az.: 6 U 94/96) der Höhe nach um Schadensersatzansprüche im Wege der sog. Lizenzanalogie. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin ist Verwertungsgesellschaft i.S.d. § 1 WahrnG, welche aufgrund des Gegenseitigkeitsvertrages mit der französischen Verwertungsgesellschaft B für das Gebiet der Bundesrepublik die von der B vertretenen französischen Künstler vertritt. Sowohl der 1983 verstorbene spanische Maler N als auch seine Erben haben Wahrnehmungsverträge mit der B abgeschlossen. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Firma L GmbH (im Folgenden: L), war Inhaberin der deutschen Marke "N" (Nr. 2021330) sowie der gleichlautenden IR-Marke Nr. #####1. Sie versuchte im Jahr 1994 vergeblich, bei der Klägerin eine Lizenz hinsichtlich des Namens "N" zur Vermarktung einer Kosmetikserie in einer bestimmten Aufmachung/Verpackung, die für den Maler typische Bildelemente aufwies, zu erhalten. Obwohl dies scheiterte, brachte man im Nachgang die Kosmetikserie "N" mit den entsprechenden Verpackungen auf den Markt. Der Vertrieb erfolgte durch die E GmbH (im

2

Folgenden: W). N trat dabei nicht als klassischer Markenhersteller mit eigener Vertriebsabteilung auf, sondern entwickelte vielmehr für W die streitgegenständlichen Artikel, stimmte sie auf deren Bedürfnisse ab und produzierte sie. Auf Preisgestaltung und den Vertrieb im Detail hatte N – wie zuletzt unstreitig ist – später keinen Einfluss mehr.

Die Klägerin nahm in dem o.a. Vorprozess N insofern erfolgreich in Anspruch, als verboten wurde, Kosmetik- und/oder Parfumartikel in Aufmachungen und/oder Verpackungen unter Verwendung von Werken und/oder Bestandteilen des Malers N, wie im Urteil im Detail wiedergegeben, im geschäftlichen Verkehr zu vertreiben. N wurde zur Auskunft verurteilt und das Bestehen einer Schadensersatzpflicht festgestellt. Im Übrigen - etwa bezüglich der Verwendung des Namens N - hatte die Klage keinen Erfolg, das Urteil bezog sich nach den Anlagen auf die Verpackungen und die Tube des Duschgels, nicht jedoch auf den Parfumflakon. Die Verurteilung basierte darauf, dass zwar unstreitig bei der Gestaltung von Aufmachung/Verpackung keine Werke des Künstlers N insgesamt oder in Teilen verwendet worden seien, eine Verletzung aber deshalb vorlag, weil typische Stilelemente aus dem Werkfundus in einer Art entnommen wurden, dass der Eindruck entstand, es handele sich um Werke von N. Darin lagen unzulässige Bearbeitungen i.S.d. § 23 UrhG. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das am 1. Januar 1997 verkündete Urteil des OLG in Anlage 1, Bl. 9 ff. AH und die Entscheidung der Kammer vom 10.1.1996 (Beiakte) verwiesen. Nach dem Prozess gab es betreffend des titulierten Auskunftsanspruchs Schriftwechsel unter den Parteien mit Schreiben vom 15. Dezember 1997, 5. November 1999 und 28. Januar 2000 (Anlage K 2, K3, K 5, Bl. 2 ff. AH). Die Klägerin bezifferte aufbauend darauf die dem Grunde nach festgestellten Schadensersatzansprüche aus § 97 Abs. 1 UrhG mit der vorliegenden Klage wie auf S. 4 der Klageschrift (Bl. 4 d.A.) ersichtlich mit 435.920 DM. Dabei vernachlässigte sie zugunsten der Beklagten, dass diese in der Auskunft vom 28. Januar 2000 zwei Positionen (Eau de Parfum/de Toilette) zusammengefasst hat und rechnete dort – zugunsten der Beklagten – insgesamt mit dem günstigeren Preis für Eau de Toilette. Im Übrigen sind die auf S. 4 angegebenen Stückzahlen und betroffenen Artikel für sich genommen unstreitig. Streitig ist zwischen den Parteien, von welchem Stückpreis und in welcher Höhe eine angemessene Lizenzgebühr zu berechnen ist.

Die Klägerin ist der Ansicht, eine im Wege des Schadensersatzes zu zahlende angemessene Lizenzgebühr sei an und für sich mit 20% der Nettoladenendpreise – die naturgemäß deutlich über den Vertriebshändlerabgabepreisen liegen - anzusetzen nach ihren Tarifen für "Merchandising"-Produkte. Maßgeblich sei damals der Tarif "Textilien, Leder und ähnliche Materialien" aus Anlage K 6, Bl. 36 d.A. gewesen, der als Gegenstand der gebührenpflichtigen Tätigkeit *"den Abdruck von Werken der Bildenden Kunst und Fotografien i.S.d. § 2 Abs. 1 Ziff. 4 und 5, § 72 UrhG auf Textilien, Leder, und ähnliche Materialien"* nennt und zur Gebührenhöhe ausführt: *"Die Gebühr wird in prozentualer Abhängigkeit vom Ladenendverkaufspreis festgelegt und beträgt 20% des Ladenendverkaufspreises ohne Mehrwertsteuer. Steht der Ladenendverkaufspreis nicht fest, wird in der vertraglichen Genehmigung zwischen der VG Bild-Kunst und dem Nutzer ein durchschnittlicher Ladenendverkaufspreis definiert, der als Grundlage der Berechnung verwandt wird."* Dieser Tarif stimmt mit dem Tarif im Tarifverzeichnis 1994-1996 überein; im Tarifverzeichnis 2000-2001 (Anlage K6, Heft im AH) lautet die Titelüberschrift *"Merchandising"* und es wird von *"Textilien, Leder, Keramik, Uhren, Schmuck etc."* gesprochen. Ferner heißt es: *"Die Gebühren müssen für jeden Einzelfall unter Berücksichtigung des Verkaufspreises und der Auflagenhöhe mit den Berechtigten abgestimmt werden. Sie betragen im Regelfall 15% vom Netto-Ladenendverkaufspreis, mindestens jedoch 25% vom Abgabepreis des Herstellers..."* Der o.a. Tarif sei im Hinblick auf die Ausführungen des OLG Köln hier angemessen, da man seinerzeit weit über eine bloße Verpackungsgestaltung hinausgegangen sei und durch

Präsentation und Bewerbung der Kosmetika ein Imagetransfer zwischen der Gesamterscheinung des Werkes von N und der damit verbundenen Lebensfreude bezweckt gewesen sei. Die Angemessenheit des Tarifs zeige sich auch an den beispielhaft vorgelegten Lizenzabreden des N-Nachlasses mit Dritten zur Verwendung von Werken auf Schmuckstücken, Schuhen, Porzellan o.ä. wie aus Anlagen K 7 –K 11, Bl. 25 ff. AH ersichtlich., wo Lizenzen von 15-30% vereinbart wurden.

Zugunsten der Beklagten legt die Klägerin ihrer Berechnung jedoch zugrunde, dass nur 20% des Vertriebshändlerabgabepreises – statt des Nettoladenendpreises - als Berechnungsgrundlage herangezogen werden soll, auch wenn dies unter dem Satz liege, den die Beklagte üblicherweise hätte zahlen müssen. Zumindest eine solche Lizenz hätte sie – wie auf S. 4 des Schriftsatzes vom 9. November 2001 (Bl. 112 d.A.) gezeigt - im Falle des Ersuchens um eine Autorisierung des Vertriebs zahlen müssen; die Klage sei wegen dieses Zugrundelegens eines geringeren Bemessungsfaktors ohne weitere Aufklärung über die Ladenendverkaufspreise begründet. 5

Die Schadensberechnung selbst könne anhand der die streitgegenständlichen Produkte betreffenden Preisliste der W (Anlage K 1, Bl. 1 AH) erfolgen. Bei etwaigen Lizenzverhandlungen hätte man auf Erfahrungswerte für Verkaufspreise unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Kosmetikbranche abgestellt. Gerade der Beklagtenvortrag zur gezielten Entwicklung und Herstellung des Produktes für W belege, dass die Preise dort eine vernünftige Grundlage für eine Lizenzabrede gewesen wären. Keinesfalls seien die eigenen – nicht bezifferten – Fabrikabgabepreise der Beklagten maßgeblich, da diese bei einer entsprechenden Verhandlung nicht zum Tragen gekommen wären. Bei Lizenzverhandlungen hätten beide Seiten Wert darauf gelegt, eine Abrede zu treffen, die für die nachfolgenden Vertriebsschienen keinerlei Probleme mit sich gebracht hätte und die den von der Beklagten initiierten Vertrieb insgesamt ermöglicht hätte. Da schon damals feststand, dass der Vertrieb nicht von der Beklagten an die Endverbraucher erfolgen sollte, hätte man wegen der branchenüblichen hohen Preisaufschläge auf den Vertriebsstufen auf Ladenend- bzw. zumindest Händlervertriebspreise (aber jedenfalls nicht auf die Abgabepreise der Beklagten) abgestellt. Ferner sei die vorsätzliche Verletzung ebenso zum Nachteil der Beklagten zu berücksichtigen wie die Tatsache, dass der N-Nachlass Lizenzen im Kosmetikbereich nicht erteilt hat. Dass es sich um bloße Bearbeitungen der Werke Ns gehandelt habe, rechtfertige für sich genommen keine Abschlüsse. 6

Die Klägerin beantragt zuletzt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 220.992,35 € nebst 4% Zinsen seit dem 10. Januar 1997 zu zahlen. 8

Die Beklagte beantragt, 9

die Klage abzuweisen. 10

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin habe Schadensersatzansprüche nicht schlüssig dargelegt. Die Zugrundelegung des Händlerverkaufspreises entspreche nicht dem Grundgedanken der Schadensberechnung nach der Methode der angemessenen Lizenzgebühr, die danach zu berechnen sei, was bei vertraglicher Einräumung ein vernünftiger Lizenzgeber verlangt und ein vernünftiger Lizenznehmer gewährt hätte, wenn beide die im Zeitpunkt der Entscheidung gegebene Sachlage gekannt hätten. Daraus folge, dass Grundlage für die Lizenzanalogie nur der (unstreitig geringere, von der Beklagten 11

jedoch nicht bezifferte) eigene Umsatz der Beklagten sein könne, den die Beklagte durch die Veräußerung der Produkte an W erzielt habe (Fabrikabgabepreis). Nur insoweit hätte die Beklagte vernünftigerweise einen Vertrag mit der Klägerin abgeschlossen, da sie Preise und Umsatzgrößen der weiteren Handelsstufen nicht habe beeinflussen können. Hinsichtlich der Preisliste in K 1 werde bestritten, dass W die Produkte zu den dort angegebenen Preisen tatsächlich abgegeben hat; vielmehr dürfte W deutliche Abschläge eingeräumt haben, wie dies in der Branche üblich sei.

Die Höhe der angesetzten Lizenz sei unangemessen: Die Beklagte bestreitet, dass bei Merchandising-Geschäften eine angemessene Lizenzgebühr 20% von Nettoladenverkaufspreis betrage und dies üblich sei. Insbesondere im Nachgang an die Einholung des gerichtlichen Sachverständigengutachtens trägt die Beklagte vor, dass (wenn überhaupt) die Tarifgruppe "Tonträgerhüllen-Kassettenverpackungen" einschlägig sei, da es auch dort nur um die Gestaltung der Verpackung gehe und nicht ersichtlich sei, dass Kosmetika mit "Leder" und "Textilien", nicht aber mit Tonträgern vergleichbar seien. Hier wie dort gehe es nur um die Gestaltung der Verpackung, nicht um Gestaltung und Wert des Produktes selbst. Insgesamt handele es sich vorliegend gerade nicht um Merchandising-Produkte, bei denen die Erzeugnisse ohne das Werk mehr oder weniger wertlos seien; hier habe im Vordergrund das Kosmetikerzeugnis gestanden und es habe nur bei der Verpackung eine Anmutung an das Werk von N gegeben. 12

Soweit die Klägerin Lizenzverträge vorlege, seien diese ebenso wenig maßgeblich wie die vom Sachverständigen als üblich genannten Lizenzzahlungen von 10-12%, da gerade die Atypik des vorliegenden Falles zu berücksichtigen sei, in dem nicht Werke des Künstlers, sondern nur Stilelemente entnommen wurden und es um die Verpackung, nicht das Erzeugnis selbst gehe. Unter Beachtung aller Umstände sei allenfalls eine Lizenz von 2% des Umsatzes der Beklagten selbst angemessen. 13

Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 9. August 2000 (Bl. 44 d.A.) durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Wegen der Einzelheiten wird auf das Gutachten von Prof. Dr. M vom 12. April 2001 (Bl. 69 ff. d.A.) verwiesen. Im Nachgang wurde der Rechtsstreit mit Beschluss vom 19.12.2000 (Bl. 120 d.A.) gemäß § 16 Abs. 2 S. 2 WahrnG wegen Streitigkeiten um die Angemessenheit des Tarifs ausgesetzt. Auf den Spruch der Schiedsstelle vom 27. September 2004 (Bl. 140 ff. d.A.) hin hat die Beklagte Widerspruch eingelegt. Daraufhin wurde das hiesige Verfahren wieder aufgenommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die von den Parteien zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 14

Entscheidungsgründe: 15

Der aufgrund des Vorprozesses bereits dem Grunde nach rechtskräftig festgestellte Ersatzanspruch aus § 97 UrhG steht der Klägerin in tenoriertem Umfang zu. 16

I. 17

Aufgrund des Widerspruchs der Beklagten gegen den Vorschlag der Schiedsstelle, der dort unstreitig innerhalb der Fristen des § 14 a Abs. 3 S. 1 WahrnG eingegangen ist, ist zwischen den Parteien hier gerade kein Einigungsvorschlag zustande gekommen, so dass der hiesige Klageantrag nicht gegenstandslos geworden ist. Der Klageantrag ist dann in tenoriertem Umfang begründet: 18

1. Die von der Klägerin gewählte Art der Schadensberechnung nach der sog. Lizenzanalogie ist als einer von drei Wegen der Schadensberechnung allgemein anerkannt (vgl. statt aller *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 1. Aufl. 2004, § 97 Rn. 58 ff.). Bei einer solchen Schadensberechnung ist derjenige Betrag zugrunde zu legen, welchen vernünftige Lizenzvertragsparteien in Kenntnis des Rechts des Betroffenen für die Verwertung als Lizenzgebühr vereinbart hätten (st. Rspr., vgl. BGH, GRUR 1990, 353, 355 Raubkopien; BGH, GRUR 1990, 1008, 1009 – Lizenzanalogie, BGH, GRUR 1993, 899, 900 f. - Diaduplikate). Die Anerkennung dieser Berechnungsmethode beruht auf dem Bestreben, dem Verletzten in Anbetracht des häufig schwierigen Nachweises eines konkret entgangenen Gewinns oder der Höhe des Verletzergewinns über eine erleichterte Schadensberechnung einen Ausgleich dafür zu verschaffen, dass der Verletzer durch die unerlaubte Nutzung des immateriellen Rechts einen geldwerten Vermögensvorteil erlangt hat, dessen Höhe daran zu messen ist, wie seine Vermögenslage wäre, wenn er das Schutzrecht erlaubtermaßen benutzt hätte. Da er in einem solchen Fall die Gestattung des Schutzrechtsinhabers hätte einholen müssen, die dieser üblicherweise nur gegen Zahlung einer Lizenzgebühr als Entgelt erteilt hätte, ist der Verletzer so zu behandeln, als sei durch seinen rechtswidrigen Eingriff dem Rechtsinhaber diese angemessene Lizenzgebühr entgangen. Als angemessene Lizenzgebühr ist dabei die übliche Vergütung anzusehen (vgl. *Schricker/Wild*, UrhG, 2. Aufl. 1999, § 97 Rn. 61). Dass – wie die Vorgeschichte zeigt – hier eine vertragliche Einigung mit der Klägerin über die streitgegenständliche Nutzung an sich gar nicht zustandegekommen wäre, ist für die Anwendbarkeit dieser Berechnungsmethode anerkanntermaßen irrelevant, da die streitgegenständlichen Verwertungsrechte jedenfalls abstrakt kommerzialisierbar sind und der Verletzte nicht besser gestellt werden soll (vgl. statt aller etwa *Vinck*, in: M, Handbuch des Urheberrechts, § 81 Rn. 44).

Zugrundelegen ist bei der Bemessung des Anspruchs derjenige Betrag, den bei vertraglicher Einräumung eines entsprechenden Nutzungsrechts ein vernünftiger Lizenznehmer gewährt hätte (BGH, GRUR 1993, 899, 900 - Diaduplikate; BGH, GRUR 1990, 1008, 1009 – Lizenzanalogie; BGH, GRUR 1987, 36 – Liedtextwiedergabe II). Bei der Frage, welche Vergütung im Einzelfall als angemessen und als von verständigen Parteien im Rahmen der Lizenzanalogie geschuldet ist, ist dabei grundsätzlich auf bestehende Tarifwerke, denen die erforderliche Verkehrsgeltung zukommt, zurückzugreifen (vgl. BGH, GRUR 1986, 376, 377 – Filmmusik; BGH, GRUR 1983, 565, 566 - Tarifüberprüfung m.w.N.). Kommt – wie im Streitfall – eine Einigung über die Höhe der Vergütung nicht zustande, ist die Frage des richtigen und angemessenen Tarifs dabei in vollem Umfang durch die ordentlichen Gerichte nachprüfbar (BGH, GRUR 1983, 565 – Tarifüberprüfung II; *Wolff*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR, 1. Auflage 2002, § 97 Rn. 69; *Lütje*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 97 Rn. 193 ff., 204 f.), Bei dem Abstellen auf Tarifwerke ist zu berücksichtigen, dass der Zweck solcher Tarifwerke u.a. darin besteht, bestimmte Sachverhalte in ihren typischen Gegebenheiten schematisch zu erfassen, so dass nicht jeder Einzelfall geregelt werden kann und muss. In Fällen, in denen kein unmittelbar anwendbarer Tarif gilt, ist dann von derjenigen Vergütung auszugehen, die nach Art und Umfang der Verwertung am nächsten liegt (vgl. BGH, GRUR 1986, 376, 377 – Filmmusik; BGH, GRUR 1976, 35, 36 – Bar-Filmmusik; BGH, GRUR 1983, 565, 567 – Tarifüberprüfung II; *Schricker/Wild*, a.a.O., § 97 Rn. 62). Der Grundsatz, dass es allein Aufgabe der Verwertungsgesellschaft ist, einen Tarif aufzustellen, den das Gericht lediglich auf seine Angemessenheit überprüft, führt zudem nicht in jedem Fall dazu, dass ein in dem einen oder anderen Punkt als unangemessen erachteter Tarif für die Bestimmung der zu zahlenden Vergütung vollständig außer Betracht zu bleiben hat. Ist der aufgestellte Tarif nach Auffassung des überprüfenden Gerichts lediglich in einem Punkt unangemessen, besteht die Möglichkeit, diesen Parameter auf ein Maß zu reduzieren, das unzweifelhaft als angemessen anzusehen ist. Damit wird dem den

Tarif überprüfenden Gericht keine gestaltende Festsetzung auferlegt, sondern seiner Entscheidung lediglich das in dem aufgestellten Tarif enthaltene Minus als in jedem Fall angemessen zu Grunde gelegt. Eine solche Vorgehensweise hat den Vorteil, dass vor allem in Fällen, in denen der aufgestellte Tarif die angemessene Vergütung nur geringfügig übersteigt, nicht auf einen Tarif zurückgegriffen werden muss, der für die in Rede stehende Nutzung erst recht keine angemessenen Bedingungen vorsieht (BGH, GRUR 2004, 669 – Musikmehrkanaldienst). Maßgeblich sind zur Lizenzbemessung im Übrigen die Maßstäbe im Zeitpunkt des Eingriffes bei Abschluss der Verletzungshandlung (BGH, GRUR 1962, 509, 513 – Dia-Rähmchen II, Schricker/Wild, a.a.O., § 97 Rn. 61); hier also zur Zeit der Tarife für 1994 – 1996 (vgl. auch S. 5 des Sachverständigengutachtens, Bl. 74 d.A.).

2. Aufbauend auf diese Maßstäbe und Prämissen geht die Kammer zunächst davon aus, dass grundsätzlich der Tarif der Klägerin "Textilien, Leder und ähnliche Materialien" aus dem fraglichen Zeitraum *nicht unmittelbar anwendbar* ist. Die Kammer stützt sich auf die Ausführungen der Schiedsstelle auf S. 5 (Bl. 144 d.A.), wonach es an der – grundsätzlich erforderlichen (vgl. Dreier, a.a.O., § 97 Rn. 63; Schricker/Wild, a.a.O., § 97 Rn. 62) – Verkehrsgeltung des von der Klägerin herangezogenen Tarifs "Textilien, Leder und ähnliche Materialien" (Anlage K 6, Bl. 36 d.A.) schon allein deshalb fehlt, als die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag überhaupt erst einmal auf dieser Basis eine Lizenz verteilt haben will. Auch die von der Klägerin selbst vorgelegten Verträge und die vom Sachverständigen im Gutachten angeführten anderweitigen üblichen Lizenzierungsabreden in ähnlichen Bereichen zeigen eine größere Bandbreite denkbarer Abreden und verdeutlichen damit, dass offenbar gerade nicht stets strikt der Tarif herangezogen wird. Soweit der Sachverständige – in einem aus S. 4 und 9 des Gutachtens (Bl. 73 und 78 d.A.) ersichtlichen Rechtsirrtum, dass Tarife der Verwertungsgesellschaften offenbar stets maßgeblich seien – als auch die Schiedsstelle den Tarif der Klägerin im Ergebnis dann doch für anwendbar gehalten haben, haben sie dies ebenfalls letztlich nur mit Abstrichen der Höhe nach getan und den Prozentsatz ebenso gekürzt sowie bewusst dadurch eine weitere Herabsetzung herbeigeführt, als dass statt auf den tarifmäßig maßgeblichen Nettoladenendverkaufspreis auf den Vertriebshändlerabgabepreis abgestellt wurde - mag dies auch die Schiedsstelle nur aus "Praktikabilitätsgründen" vorgenommen haben (S. 8 = Bl. 147 d.A.). Auch dies zeigt, dass der Tarif jedenfalls nicht unmittelbar heranzuziehen ist; die Beklagte hat also mit Recht die allgemeine Verkehrsgeltung dieses konkreten Tarifs in Zweifel gezogen. 21

3. Indes bedeutet dies – wie insbesondere auch die Schiedsstelle nicht verkannt hat – gerade nicht, dass die Tarifwerke nicht zumindest dennoch *grobe Richtlinien zur Ermittlung einer angemessenen Lizenzgebühr* bilden können (vgl. auch Dreier, a.a.O., § 97 Rn. 63 für Verweis auf fremde Tarife). Denn bei Fehlen unmittelbar einschlägiger Regelungen ist die angemessene Lizenz im Wege des § 287 ZPO auf Basis aller vorgelegten Schätzungsgrundlagen vom Gericht frei zu ermitteln. Dabei ist im Übrigen der Umfang der Verletzungshandlungen (Zeitdauer, Art, Ort, Intensität) ebenso zu berücksichtigen wie etwa der Wert des verletzten Ausschließlichkeitsrechts, die Nähe der Nachbildung, der Umfang der Werkübernahme und der Ruf des Urhebers/Werks (Schricker/Wild, a.a.O., § 97 Rn. 63). Dabei kann das Vorliegen einer Bearbeitung geringere Lizenzen rechtfertigen als eine reine Kopie (Dreier, a.a.O., § 97 Rn. 63); andererseits ist nach Auffassung der Kammer auch eine Anlehnung an Tarifwerke ebenso möglich wie geboten. Insgesamt soll ein Verletzer dabei nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden, als ein vertraglicher Lizenznehmer (BGH, GRUR 1982, 580 – Laux-Kupplung II m.w.N.). 22

Hier hält die Kammer unter Würdigung aller Gesamtumstände eine Lizenzgebühr i.H.v. 7,5 % des Vertriebshändlerabgabepreises für angemessen. Dies beruht auf folgenden Erwägungen: 23

a) Soweit sich die Klägerin auf den Tarif für "Textilien, Leder und ähnliche Materialien" gestützt hat, den es 1994 – 1996 in dieser Form gab, war dieser – anders als die Beklagte meint – an und für sich nicht auf Merchandising-Produkte im eigentlichen Sinne beschränkt, bei denen die Vermarktung konkreter Werke zum letztlich allein wertbildenden Gegenstand bestimmter Produkte wird (etwa z.. Devotionalien mit Lichtbildwerken von Popstars; Kaffeetassen mit Leitmotiven einer Kunstaussstellung o.ä.). Von daher ist es im rechtlichen Ansatz unerheblich, dass offenbar seit 2000 die Bezeichnung "Merchandising" im Nachfolgetarif verwendet wird und sich damit ggf. dessen Anwendungsbereich verengt haben mag. Damals jedenfalls ließe sich die streitgegenständliche Nutzung dem Grunde nach über den Abdruck von Werken auf "ähnlichen Materialien" durchaus erfassen. Die Kammer ist im Übrigen davon überzeugt, dass es im Tarif 1994 – 1996 keinen anderen Tarif gab, dessen Anwendung jedenfalls deutlich näher gelegen hätte und der deshalb bei der Lizenzbemessung vorrangig heranzuziehen gewesen wäre. Insoweit schließt sich die Kammer den Ausführungen des Sachverständigen sowie der Schiedsstelle an, dass nicht etwa eine Anwendung des damals bereits geschaffenen Sondertarifs "Tonträgerhüllen-Kassettenverpackungen" auf der Hand gelegen hätte. Tonträgerhüllen und Kosmetikverpackungen sind auch nach Auffassung der Kammer nicht vergleichbar. Dabei kommt es allerdings nicht – wie allerdings der Sachverständige insbesondere auf S. 6 und 12 des Gutachtens (Bl. 75 und 81 d.A.) angenommen hat – auf die konkrete Präsentation und Bewerbung der Produkte im Detail an. Der Tarif "Textilien, Leder und ähnliche Materialien" basiert vielmehr ersichtlich auf dem Grundansatz, dass dort durch die Verwendung des Werkes/Werkbestandteils selbst der eigentliche Wert des Produkts ganz maßgeblich erst geschaffen wird. Dem kommt auch die hiesige Verwendung der Stilelemente Ns für Kosmetika – ungeachtet der Bewerbung im Einzelfall - jedenfalls näher als dem Fall einer bloßen Verwendung von Werken für Tonträgerhüllen. Denn die Wertschätzung des Produktes für den Kunden ist dort – vor allem außerhalb des auch tarifmäßig am höchsten bewerteten LP-Bereichs, wo ggf. anspruchsvolle Covergestaltungen ebenfalls partielle Bedeutung haben mögen - ungleich weniger von dem auf der bloßen Tonträgerhülle abgedruckten Werk beeinflusst als jedenfalls bei Kosmetikprodukten. Dort wird – wie der Kammer aus eigener Anschauung hinlänglich bekannt ist - erfahrungsgemäß ungleich mehr Wert auf Verpackung und Aufmachung gelegt als etwa bei Tonträgerhüllen, bei denen das "Kernprodukt" der Tonträger selbst ist. Insofern ist der Beklagten zwar zuzugestehen, dass es hier letztlich ebenfalls nur um eine dekorative Gestaltung einer Produktverpackung ging und nur bei der Tube u.a. des Duschgels überhaupt auch die unmittelbare Verpackung des Produkts selbst urheberrechtsverletzend war (während beim Parfum der Flakon nicht betroffen war, vgl. Urteil der Kammer vom 10.1.1996 – 28 O 284/95, S. 23). Das Kosmetikprodukt selbst (Inhalt) ist nicht urheberrechtsverletzend. Ferner ist der Beklagten zuzugestehen, dass die damalige Bewerbung des Produktes unter Bezugnahme auf N – die der Beklagten mangels hinreichendem Klägervortrag in diesem Punkt nicht zurechenbar ist - für die Frage der Lizenzbemessung außer Betracht zu bleiben hat. Nichtsdestotrotz ist es aus Sicht der Kammer (im Einklang mit den Ausführungen des Sachverständigen und der Schiedsstelle) so, dass die urheberrechtliche Werknutzung wertungsmäßig über eine bloß dekorativ-künstlerische Produktverpackung hinausging und zumindest das "Produktimage" wesentlich mitbeeinflusste. Gerade dies ist bei Kosmetika jedoch nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch Teil der Produktgestaltung selbst und unterscheidet sich daher zumindest graduell ganz deutlich und maßgeblich von Tonträgern und Tonträgerhüllen. Hinzutritt, dass die Kosmetikserie ersichtlich nicht auf bekannte Markenprodukte aufsetzte, sondern gerade erst durch die Verwendung der Stilelemente Ns an Attraktivität und an Wert gewonnen hat. Dies spricht deutlich für eine Anlehnung eher an den Tarif für "Textilien, Leder und ähnliche Materialien" anstatt an den "Tonträgerhüllen-Kassettenverpackungen."

Indes verkennt die Kammer nicht, dass andererseits kein Fall klassischen "Merchandisings" vorliegt – wie die Beklagte mit Recht mehrfach ausgeführt hat. Insgesamt begegnet ferner Bedenken, dass das Tarif-Verzeichnis der Klägerin seit 2000 sogar einen eigenen Tarif für "Verpackungen" enthält, der sich nach den Ausführungen des Sachverständigen auf S. 6 des Gutachtens (Bl. 75 d.A.) im Verletzungszeitraum allerdings selbst noch nicht geschaffen war. Dieser Tarif (S. 31, Broschüre, AH) ist auflagenabhängig mit Festpreisen ausgestaltet und hätte bei den streitgegenständlichen 98.000 Produkten nur ca. 6.000 DM ergeben (und damit auch nur wenig mehr als bei einer Abrechnung nach Tonträgerhüllen). Freilich gilt auch insofern, dass die Verpackung bei den streitgegenständlichen Kosmetika einen hohen Stellenwert für die Produktgestaltung und das Produktimage hat, so dass – ähnlich dem zu Tonträgerhüllen Gesagten auch dieser Tarif nicht ohne weiteres auf die streitgegenständliche besondere Gestaltung "passen" würde. Jedoch bewertet die Klägerin ersichtlich nach ihren heutigen Tarifen eine – sicherlich oft ebenfalls stark wertbeeinflussende - Werknutzung auf Verpackungen immerhin deutlich geringer als bei der hiesigen Berechnung der Klageforderung. Ferner ist zudem bei dem Tarif "Merchandising" selbst eine deutliche Absenkung des Tarifs um $\frac{1}{4}$ auf 15% des Nettoladenendverkaufspreis erfolgt (S. 36 Broschüre, AH) – was ebenfalls belegt, dass die Klägerin den eigenen Tarif als überhöht angesehen zu haben scheint.

Diese nachträglichen Änderungen können und müssen im Wege der richterlichen Schätzung (§ 287 ZPO) mitberücksichtigt werden. Kommt es – wie anfangs gesagt – bei einer Abrechnung nach Tarifen auf den Zeitpunkt der Verletzungshandlung an und können dort spätere Änderungen bei einer Abrechnung daher nicht ohne weiteres herangezogen werden, gilt dies jedenfalls nicht im vorliegenden Fall einer freien richterlichen Würdigung nach § 287 ZPO, bei der die Tarife nur als grobe Richtwerte mit bei einer umfassenden Gesamtwürdigung in die Betrachtung einfließen. 26

Unter Berücksichtigung des Vorgenannten hält die Kammer zunächst eine Anlehnung an den Tarif "Textilien, Leder und ähnliche Materialien" zumindest insofern für möglich, als dort eine *prozentuale umsatzabhängige Beteiligung* ausgeworfen wird. Vorliegend wäre es nach dem oben Gesagten nicht sachgerecht, wie bei Tonträgerhüllen- oder dem Verpackungstarif allein an die Auflagenstärke der "Verpackung" anzuknüpfen, da gerade die streitgegenständlichen Kosmetika durch die Werknutzung an Image- und Wert gewonnen haben und die Werknutzung ersichtlich Teil des gesamten Produktimages und damit auch der Produktgestaltung selbst war – was bei Verpackungen ansonsten üblicherweise nicht in diesem Umfang und von diesem Gewicht der Fall ist. Das Beteiligungsprinzip, d.h. die Anknüpfung der Vergütung an Umsatzerlöse, wird nach Auffassung der Kammer und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (GRUR 1986, 376 ff. – Filmmusik zu "Detailverkaufspreis"/Ladenpreis) dann hier am ehesten dem aus der verfassungsrechtlichen Garantie des geistigen Eigentums hergeleiteten Grundsatz gerecht, dass der Urheber tunlichst angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen ist. Ob dies dann so weit gehen müsste, dass auf den – hier nicht substantiiert von der Klägerin dargelegten - Nettoladenendverkaufspreis abzustellen wäre, kann dahinstehen: Denn die Klägerin hat selbst auf den Händlerabgabepreis abgestellt und will ihre Forderung ausdrücklich danach berechnet wissen. Daran muss sie sich hier – zumal sie keine anderweitigen Berechnungsgrundlagen vorgetragen hat - festhalten lassen, so dass die Kammer aus Praktikabilitätsgründen im Wege der freien richterlichen Würdigung nach § 287 ZPO auch die angemessene Lizenzgebühr allein aufbauend auf dieser Berechnungsgrundlage festgesetzt hat. 27

Die Kammer hat dabei nicht verkannt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei Geschmacksmuster- und Warenzeichenverletzungen teilweise auch nur der bloße Fabrikabgabepreis des Verletzers als Berechnungsgrundlage einer umsatzabhängigen prozentualen Lizenz herangezogen wird (BGH, GRUR 1975, 85,87 - Clarissa; BGHZ 44, 372, 380 – Messmer-Tee II). Darauf hat die Beklagte sich auch hier berufen; ist damit jedoch nicht zu hören: Unabhängig davon, dass es nach den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast ggf. ohnehin hier allein der Beklagten weiterer Vortrag zu den aus ihrer Sphäre stammenden Berechnungsgrundlagen oblegen hätten, würde ein Anknüpfen an den Fabrikabgabepreis den Besonderheiten des vorliegenden Falles einer reinen Auftragsproduktion für einen bestimmten einzelnen Vertriebs Händler mit ganz klaren Vorgaben und einer ganz klaren Marketingidee unter vorsätzlicher Verletzung von Urheberrechten nach Scheitern anfänglicher Lizenzierungsbemühungen nicht gerecht: Hier hätten vernünftige Lizenznehmer – worauf die Klägerein zutreffend abstellt – verständigerweise ihre Abreden so getroffen, dass auch der dem Grunde nach bereits angelegte weitere Vertrieb der "N"-Serie über W und nachfolgende Dritte an den Endverbraucher ganz problemlos hätte durchgeführt werden können. Dann wäre aber naturgemäß wegen der zu erwartenden hohen Gewinnspannen nicht der geringe Fabrikabgabepreis einer Lizenzbewertung zugrundegelegt worden, sondern zumindest der (klar bestimmbare und vorhersehbare) Vertriebs Händlerabgabepreis (wenn nicht sogar der zu erwartende Ladenendpreis). Das Abstellen an den Fabrikabgabepreis mag bei Verletzung anderer Schutzrechte als denen aus § 2 UrhG und insbesondere bei einem Direktvertrieb durch den Verletzer an eine Vielzahl von Abnehmern je nach Fallgestaltung gerechtfertigt sein, würde aber den Besonderheiten der vorliegenden Konstellation nicht gerecht.

c) Was die Höhe der prozentualen Lizenzbeteiligung angeht, sieht die Kammer im Wege der richterlichen Schätzung – entgegen den teilweise ohnehin in den Bereich eines Rechtsgutachtens tendierenden Ausführungen des Sachverständigen - nach den Gesamtumständen des Falles eine Lizenz von nur 7,5 % des Vertriebs Händlerabgabepreises als angemessen an. 29

aa) Dabei geht die Kammer zunächst im Ansatz davon aus, dass selbst bei reinen Merchandisingprodukten im Kunstbereich ein Lizenzsatz von 20% des Nettoladenverkaufspreises überhöht wäre. Dies zeigt nicht nur die eigene Tarifa bsenkung durch die Klägerin selbst in der Zwischenzeit (auf 15%). Auch das Konglomerat der von der Klägerin vorgelegten Verträge über eine Nutzung der Werke Ns für Schmuck, Papier, Porzellan oder Schuhe weist ebenfalls nicht nur eine deutliche Spannweite von 15-30% Lizenzgebühr, sondern zumindest teilweise auch gerade kein Anknüpfen an den Nettoladenendverkaufspreis auf (vgl. auch S. 10 f. Gutachten = Bl. 79 f. d.A.). Ergänzend wird auf die Ausführungen des Sachverständigen zu Q- bzw. X-Werken auf S. 11 f. des Gutachtens (Bl. 80 f. d.A.) verwiesen, wonach etwa 10-12 %, im Einzelfall 18%, des Großhandelspreises angemessen gewesen wäre. Anlass zu Zweifel an diesen sachverständigen Feststellungen besteht nicht. 30

bb) Auch solche (geminderten) Sätze sind nach dem oben zu Tonträgerhüllen und Verpackungen gemachten Ausführungen aber jedenfalls aus Sicht der Kammer im Rahmen des § 287 ZPO nicht unverändert auf den vorliegenden Fall zu übertragen: Richtig ist zwar, dass nicht nur eine "reine" Verpackung vorlag – weshalb (wie gezeigt) nicht die entsprechenden geringeren Tarife herangezogen worden sind. Andererseits handelt es sich aber – wie ebenfalls betont wurde - gerade nicht um reine Merchandising-Produkte bzw. um Fälle, in denen der Wert des Produktes fast ausschließlich von dem genutzten Werk abhängig ist. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall zwar – wie ebenfalls betont 31

wurde - zumindest graduell deutlich von dem einer "normalen" Verpackung, reicht aber gerade nicht so weit in den Bereich des Merchandising hinein, dass die dortigen hohen Sätze gerechtfertigt wären. Auch ist der Fall nicht vergleichbar mit den Gestaltungen in den von der Klägerin vorgelegten Verträgen: Denn dort ging es um eine unmittelbare Werknutzung für das Produkt (Porzellan, Schuhe etc.) selbst, während vorliegend die Kosmetika selbst gerade nicht von der Werknutzung unmittelbar abhängen, sondern eben "nur" ihr Image und die Aufmachung. Dies rechtfertigt nach Auffassung der Kammer durchaus einen deutlichen Abschlag, der hier nur teilweise dadurch abgefangen wird, dass hier mit den (niedrigeren) Vertriebs Händlerabgabepreisen gerechnet wird.

cc) Im Übrigen hält die Kammer es insbesondere für geboten, entgegen der Auffassung des Sachverständigen auf S. 14 (Bl. 83 d.A.), aber im Einklang mit den überzeugenden Ausführungen der Schiedsstelle und der Beklagten, weiterhin noch mindernd zu berücksichtigen, dass gerade nicht ein konkretes Werk von N für die Aufmachung der Kosmetikprodukte benutzt wurde, sondern eben auch nur bloße Stilelemente. Die vorliegende Bearbeitung (§ 23 UrhG) rechtfertigt – wie anfangs bereits betont – eine weitere Herabsenkung der Lizenzgebühren im Vergleich zu einer unmittelbaren Werkübernahme (Kopie). 32

Unter Würdigung aller vorgenannten Umstände gelangte die Kammer dann zur anfangs genannten geringeren prozentualen Beteiligung i.H.v. 7,5% des Vertriebs Händlerabgabepreises. 33

4. Soweit auf Basis dieser prozentualen Beteiligung die angemessene Lizenz zu berechnen war, hält die Kammer ein Abstellen auf die in Anlage K 1, Bl. 1 AH vorgelegte Preisliste für gerechtfertigt. Das Bestreiten der Maßgeblichkeit dieser auf S. 2 f. des Schriftsatzes der Beklagten vom 19. Juli 2000 (Bl. 39 d.A.) ist ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt und im Übrigen völlig unsubstantiiert; auch im Hinblick auf die darauf Bezug nehmenden Ausführungen des Bevollmächtigten der Beklagten im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung. Der im Schriftsatz gemachte Beweisantritt durch den Zeugen N lieferte auf einen klassischen Ausforschungsbeweis heraus, da konkreter Tatsachenvortrag ersichtlich erst durch die Aussage des Zeugen ersetzt werden soll (OLG Köln, VersR 1973, 130). Dies gilt gerade deshalb, als die Beklagte selbst a.a.O. nur die vage Vermutung von Preisnachlässen äußert, ohne solche mittels ernsthafter Anhaltspunkte zu behaupten. Der bloße Verweis auf die Branchenüblichkeit genügt dazu nicht. Die Kammer verkennt insofern nicht, dass es einer Partei häufig nicht erspart bleiben wird, im Zivilprozess Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse haben kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Ein solches prozessuales Vorgehen ist aber unzulässig, wo die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (BGH, NJW 1995, 2111, 2112, Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 284 Rn. 5). Selbst wenn man dies anders sehen würde, bietet die Preisliste jedenfalls nach dem oben Gesagten zumindest für die nach § 287 ZPO zu schätzende Lizenzgebühr eine hinreichend verlässliche Schätzungsgrundlage, da Rabatte im Einzelfall an der grundlegenden Berechtigung einer Abrechnung auf Basis der üblicherweise zu erwarteten Abgabepreise nicht maßgeblich erschüttern können. Danach gilt hier Folgendes: 34

Stückzahl	Produkt	Preise K 1 DM	7,5%	Betrag
17.000	Showergel	15,30	1,1475	19.507,50

14.000	Body-Lotion	19,50	1,4625	20.475
40.000	Eau de Toilette 30 ml	20,50	1,5375	61.500
20.000	Eu de Parfum/de Toilette	34,50	2,5875	51.750
5.000	Deo	19,50	1,4625	7.312,50
2.000	Parfum 7,5 ml	19,50	1,4625	2925
			Summe DM	163.470
			Summe €	83.580,88

II. 36

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 709 S. 1 und 2 ZPO. 37

Streitwert: 435.920 DM = 222.882, 35 € 38