
Datum: 29.10.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 19/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:1029.4U19.19.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 4 O 127/16
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, I ZR 208/20

Tenor:

Auf die Berufung des beklagten Landes wird das am 20.12.2018 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgericht Bochum – unter Zurückweisung der weiteren Berufung und der Anschlussberufung - teilweise abgeändert und zu Ziffer 4. wie folgt neu gefasst:

Das beklagte Land wird verurteilt, dem Kläger Auskunft über Art und Umfang der Nutzung - wie zu Ziffer 1) des Urteils des Landgerichts Bochum vom 20.12.2018 ersichtlich - für den Zeitraum vom 09.04.2003 bis zum 26.11.2004 zu erteilen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger zu 22 % und das beklagte Land zu 78 %. Der Kläger trägt darüber hinaus die Kosten, die durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts zusätzlich angefallen sind.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

1

2

3

Der Kläger begehrt von dem beklagten Land Unterlassung, Schadensersatz und Auskunft wegen einer behaupteten Urheberrechtsverletzung einer Fotografie.

Der Kläger betreibt unter www.01.de eine Internetseite. Dort stellt er sich als Reisefotograf dar und bietet die Überlassung von Bildmaterial gegen Vergütung an. Ausweislich Ziffer VI der ebenfalls auf der Homepage eingestellten AGB rechnet der Kläger die Honorare nach der MFM-Tabelle ab. 4

Das beklagte Land ist Dienstherr der Lehrkräfte der F-Schule (im Folgenden: F) in Q. Schulträger dieser Schule ist der Kreis Q. Unter www.02.de betreibt die Schule eine eigene Homepage. Zu einem nicht näher genannten Zeitpunkt fanden Schüler der damals 4. Klasse der F im Rahmen einer Unterrichtsreihe bei einer gemeinsam mit einer nicht namentlich benannten, verbeamteten Lehrkraft durchgeführten Internetrecherche über die Suchmaschine „Google“ das streitgegenständliche Foto auf. Es zeigt eine Ansicht der Prager Burg und der Moldau und wurde in dem Online-Reisemagazin „T“ veröffentlicht. Auf der dortigen Impressumsseite findet sich jedenfalls nunmehr der eindeutige Hinweis, dass Texte und Fotografien urheberrechtlich geschützt sind. Mit einem Urhebervermerk war die Fotografie selbst nicht versehen. Die verbeamtete Lehrkraft der F stellte das streitgegenständliche Lichtbild zu dem Projekt „Kunst und Musik A - Z“ zu dem Musiker B auf einer Unterseite der Schul-Homepage neben drei weiteren Lichtbildern ein. Dadurch wurde das Foto auch auf den Server der Schule kopiert. Das Foto versah die Lehrkraft mit dem Text „Prag ist die Hauptstadt Tschechiens Mitten durch die Stadt fließt die Moldau“. Über den Link [www.02 a.de.htm](http://www.02.a.de.htm) war das Bild für jedermann abrufbar. 5

Der Kläger wandte sich unter Hinweis auf eine urheberrechtswidrige Nutzung des Bildes zunächst am 12.12.2011 selbst an die Schule, später auch an das Schulamt des Kreises Q. Als Reaktion darauf wies letztlich die Bezirksregierung E die Ansprüche des Klägers mit Schreiben vom 13.01.2012 (Anlage K4) zurück. Noch im Januar 2012 wurde das streitgegenständliche Bild von der Homepage entfernt. 6

Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.02.2012 (Anlage K5) mahnte der Kläger die F in Q nochmals unter Berufung auf eine begangene Urheberrechtsverletzung ab. Zugleich forderte er die Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten unter Fristsetzung bis zum 20.02.2012. Der Kreis Q wies mit Schreiben vom 15.02.2012 (Anlage K6) die geltend gemachten Ansprüche zurück und verwies den Kläger an das Land NRW. Sodann forderte der Kläger das „Land NRW, (...) Bezirksregierung E“ mit Schreiben vom 05.03.2013 (Anlage K7) zur Abgabe einer Unterlassungserklärung und zur Zahlung von Schadensersatz auf. Daraufhin schlug die Bezirksregierung E mit Schreiben vom 25.03.2013 das Ruhen des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss eines beim LG Hamburg unter dem Az. 310 O 27/12 geführten Verfahrens vor und verzichtete mit Schreiben vom 09.04.2013 auf die Erhebung der Einrede der Verjährung, wobei der Verzicht nur solche Ansprüche betreffen sollte, die zum Zeitpunkt des Verzichts noch nicht verjährt waren (Anlage K8). Erfolglos forderte der Kläger das beklagte Land mit Schreiben vom 10.12.2015 nochmals auf, die geltend gemachten Ansprüche anzuerkennen. 7

Mit der am 18.02.2016 beim Landgericht Hannover eingegangenen und dem beklagten Land am 26.02.2016 zugestellten Klage begehrt der Kläger von dem beklagten Land Unterlassung, Zahlung von 1.860,00 € nebst Zinsen seit dem 26.11.2004, Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 555,60 € (nach einem Streitwert i.H.v. 7.360,00 €; berechnet nach RVG a.F.) und Erteilung von Auskunft über Art und Umfang der 8

weiteren Nutzung der Fotografie.

Mit Beschluss vom 06.04.2016 hat das Landgericht Hannover sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Bielefeld verwiesen. 9

Das beklagte Land hat die Einrede der Verjährung erhoben. 10

Der Kläger hat behauptet, dass er Reisefotograf sei. Als solcher sei er u.a. für das Online-Reisemagazin „T“ tätig. Er sei Urheber und Rechteinhaber der streitgegenständlichen Fotografie. Dazu hat der Kläger auf einen zur Akte gereichten Screenshot der Original Bilddatei in der Auflösung 5357 x 3539 Pixel mit Parallelschüssen verwiesen (Anlage K 3) und behauptet, dass er allein dem Online-Reisemagazin „T“ eine einfache Nutzungsgenehmigung erteilt habe. Zu jeder Zeit sei von „Google“ bei der Bildersuche auch die Internet-Quelle der Seite angezeigt worden, aus der das jeweilige Bild gezeigt werde. So sei jedenfalls ein Hinweis auf den Reiseführer von „T“ erfolgt. 11

Ausweislich einer über „www.03.org“ durchgeführten Recherche (Anl. K 21) sei die Fotografie seit dem 26.11.2004 auf der Homepage der Schule eingestellt gewesen. Kenntnis davon habe er erst im Dezember 2011 erlangt. Üblicherweise rechne er selbst nach der MFM-Tabelle ab. Die kommerzielle Nutzung des streitgegenständlichen Bildes hätte er bei einer Lizenzierung entsprechend der Tabelle mit 465,00 € berechnet und einen 50 %igen Zuschlag für die mehrjährige Nutzung berechnet. Für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs sei dem sich so ergebenden Betrag in Höhe von 930,00 € ein 100 %igen Zuschlag für fehlende Urheberbenennung hinzuzurechnen. Damit ergebe sich ein Anspruch in Höhe von 1.860,00 €. 12

Der Kläger hat beantragt, 13

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft bis zu sechs Monate (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €, Ordnungshaft höchstens 2 Jahre) zu unterlassen, Lehrern der F-Schule Q zu ermöglichen, die nachfolgend abgedruckte Fotografie zu vervielfältigen/vervielfältigen zu lassen und/oder öffentlich zugänglich zu machen/machen zu lassen 14

(Von einer Darstellung wird abgesehen, die Redaktion.) 15

wie geschehen unter www.02 a.de.htm, 16

2. 17

die Beklagte zu verurteilen, wegen der ungenehmigten Nutzung der in Ziff. 1 abgebildeten Fotografie einen Betrag in Höhe von 1.860,00 € zu bezahlen sowie Zinsen in Höhe von 5 %punkten über dem jeweiligen Basiszins ab dem 26.11.2004 zu bezahlen, hilfsweise Zinsen seit dem 20.03.2013 (Datum ab Ablauf der Frist in der Abmahnung vom 05.03.2013), höchst hilfsweise seit Rechtshängigkeit der Klage, 18

3. 19

die Beklagte zu verurteilen, ihn von den Kosten der vorgerichtlichen Inanspruchnahme der Rechtsanwälte V, S-Straße ##, ##### I, in Höhe von 555,60 € (nach altem RVG zum Wert 20

von 7.360,00 €) freizuhalten.

Das beklagte Land hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Mit umfangreichen Ausführungen hat das beklagte Land die Auffassung vertreten, dass 23
bereits die Passivlegitimation fehle. Auch die Urheberschaft des Klägers hat es mit näheren
Ausführungen in Abrede gestellt und behauptet, dass das Bild auf einer für jedermann
zugänglichen Seite ohne Hinweis auf eine vermeintliche Urheberschaft des Klägers
veröffentlicht worden sei. Ferner könne ein vermeintlich urheberrechtswidriges Verhalten
eines Bediensteten dem Land nicht zugerechnet werden. Insbesondere sei es nicht
ausreichend, dass eine Lehrkraft die Fotografie auf die Homepage der Schule eingestellt
habe. Vielmehr müsse der Kläger konkret vortragen, wann, durch wen, wodurch und von
welcher Seite aus dem Internet der von dem Kläger ausgemachte Störer rechtswidrig
gehandelt haben solle. Die vom Kläger im Rahmen der Lizenzanalogie zur Anwendung
gebrachte MFM-Tabelle sei nicht anwendbar und die Höhe des Schadensersatzanspruchs
nicht nachvollziehbar dargelegt.

Aus dem eigenen Vorbringen des Klägers ergebe sich, dass er seit November 2004 Kenntnis 24
von der Nutzung des Bildes gehabt habe.

Zur weitergehenden Nutzung des Fotos hat das beklagte Land behauptet, dass nach dem 25
ersten Anschreiben des Klägers das Foto von der Schulhomepage entfernt und nicht wieder
eingestellt worden sei.

Das Landgericht hat das beklagte Land unter Klageabweisung im Übrigen zur Unterlassung 26
und zur Zahlung von 700,00 € nebst Zinsen; zur Freistellung der vorgerichtlichen
Anwaltskosten i.H.v. 459,40 € und zur Erteilung der Auskunft über Art und Umfang der ggf.
weiteren Nutzung der Fotografie verurteilt. Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung des
Landgerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des
angefochtenen Urteils verwiesen.

Dagegen wendet sich das beklagte Land unter Wiederholung und Vertiefung des 27
erstinstanzlichen Vorbringens mit der Berufung, mit der es den Klageabweisungsantrag
weiterverfolgt. Das Landgericht habe bei der Beurteilung der Passivlegitimation verkannt,
dass gemäß § 94 Abs. 1 SchulG NRW zu den Sachkosten insbesondere auch die Kosten der
Ausstattung der Schule gehören würden. Die technische Bereitstellung und Veröffentlichung
der Internetseite sei über die durch den Schulträger bereit gestellte Ausstattung erfolgt. Auch
im Impressum sei die Stadt als Verantwortliche genannt. Die namentlich nicht benannte
verantwortliche Lehrkraft habe (auch) als Vertreter des Sachmittelträgers gehandelt, da er
auch die diesem zugewiesenen Aufgaben wahrgenommen habe. Die Einstellung des Bildes
habe der Schärfung des Schulprofils gedient. Ziel sei es gewesen, ein abgeschlossenes
Projekt einer 4. Klasse einem erweiterten Nutzerkreis vorzustellen. Insgesamt habe Werbung
für die Schule gemacht werden sollen. Eine solche Tätigkeit sei eine klassische Aufgabe des
Sachmittelträgers – also der Stadt. Ein Handeln im Rahmen des Lehrauftrags liege nicht vor.

Fehlerhaft habe das Landgericht auch die Regelung des § 99 UrhG auf den vorliegenden 28
Sachverhalt angewandt.

29

Ferner sei nicht feststellbar, dass der Kläger Urheber der streitgegenständlichen Fotografie sei. Die übermittelten Screenshots der Bilddatei und der Parallelschüsse reichten hierfür nicht aus. Auch der Kläger habe die Datei selbst „googeln“ oder anderweitig hochladen können. Auf die Vermutung des § 10 UrhG könne sich der Kläger nicht berufen, da er auf dem Vervielfältigungsstück nicht in der üblichen Weise als Urheber der Fotografie ausgewiesen sei. Auch in engem räumlichem Zusammenhang sei eine Benennung nicht erfolgt – jedenfalls nicht dort, wo eine derartige Benennung üblicherweise zu erwarten sei.

Es fehle dem Foto jegliche Individualisierung, mit der man auf eine Urheberschaft des Klägers schließen könne. Konkreter Vortrag dazu, wann, wo, aus welchem Anlass er das Foto gemacht habe, sei nicht erfolgt. Vermutlich könne das streitgegenständliche Foto hundertfach im Internet gefunden werden, ohne dass sich das streitgegenständliche Foto von anderen, nicht geschützten Fotos abhebe. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei daher das diesbezügliche einfache Bestreiten des beklagten Landes ausreichend. 30

Es fehlten auch fundierte Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der vermeintlichen Urheberrechtsverletzung. Ersichtlich werde der bloße Hinweis des Landgerichts, dass die Fotografie für jedermann auf der Schulhomepage abrufbar gewesen sei, den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 60 a) UrhG nicht gerecht. Der Begriff „Veranschaulichung im Unterricht“ sei weit auszulegen, da der insoweit geschützte Bildungsauftrag sich durch die immer größer werdende Bedeutung moderner Medien verändert habe. Der Staat könne seinen Bildungsauftrag nur dann gerecht werden, wenn die sanktionslose Nutzung zumindest im Umfang des § 60 a) UrhG gewährleistet bleibe. Anderenfalls sei die Erfüllung des - dem beklagten Land auferlegten verfassungsrechtlich geschützten - Bildungsauftrags massiv gefährdet. Eine zu enge Auslegung dazu, was unter „Veranschaulichung des Unterrichts“ im Sinne des § 60 a) UrhG zu verstehen sei, sei mit EU-Recht nicht in Einklang zu bringen. 31

Zu Unrecht gehe das Landgericht auch von einem täterschaftlichen und fahrlässigen Handeln der nicht näher benannten Lehrkraft aus. Entsprechender Sachvortrag des Klägers fehle. Der Lehrkraft könne jedenfalls nicht vorgehalten werden, dass diese verpflichtet gewesen sei zu prüfen, woher das Bild stamme und ob dieses urheberrechtlich geschützt gewesen sei. Dabei habe der Kläger bereits nicht vorgetragen, mit welchem Ergebnis der Lehrer eine vermeintliche Prüfung erfolgreich hätte abschließen können. Dabei sei zu berücksichtigen, dass das beklagte Land behauptet habe, dass das Bild als ungeschütztes Werk, also ohne seitens des Urhebers errichteten Zugangsbeschränkungen, habe „gegoogelt“ werden können. Zu beachten sei auch, dass durch einen Nutzer nicht geprüft werden könne, von welcher Seite „Google“ das Werk in das Internet gestellt habe. Tatsächlich obliege den Betreibern der Suchmaschinen die Urheberrechtsprüfung. Diese dürfe nicht auf den Nutzer abgewälzt werden. Erstmals mit Schriftsatz vom 31.10.2019 hat das beklagte Land gerügt, dass der Kläger nicht dargelegt habe, dass dieser an anderer Stelle der „besuchten Internetseite“ als Urheber hätte ausgemacht werden können. Für die handelnde Lehrkraft sei die Feststellung der Urheberschaft danach nicht möglich gewesen. Eine darüberhinausgehende Prüftiefe sei ebenfalls mit europarechtlichen Regelungen nicht in Einklang zu bringen. 32

Da der Kläger auch in einer Parallelsache sein Bild ungeschützt ins Internet gestellt habe, sei der Verdacht begründet, dass er ein äußerst lukratives Geschäftsmodell entwickelt habe. Im Rahmen der gebotenen Abwägung entfalle unter Berücksichtigung des groben Mitverschuldens des Klägers ein fahrlässiges Handeln des nichtkommerziell handelnden beklagten Landes. 33

Ein täterschaftliches Handeln liege nicht vor. Zumindest aber sei die Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes im Hinblick auf das grobe Mitverschulden des Klägers nicht nachvollziehbar.	34
Einen denkbaren Auskunftsanspruch des Klägers erachtet das beklagte Land als erfüllt.	35
Das beklagte Land beantragt nunmehr,	36
abändernd die Klage abzuweisen.	37
Der Kläger beantragt	38
die Berufung zurückzuweisen.	39
Der Kläger verteidigt mit näheren Ausführungen das angefochtene Urteil gegen die Berufung des beklagten Landes und verfolgt mit seiner Anschlussberufung einen Anspruch auf Zahlung von weiteren 1.160,00 € nebst Zinsen weiter. Fehlerhaft habe das Landgericht die vom beklagten Land zu leistende Zahlung auf die hälftige 3-Jahres-Lizenzgebühr reduziert, ohne dies näher zu begründen. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, weshalb die öffentliche und frei zugängliche Nutzung der Fotografie ohne Urhebernennung nur einen anteiligen Werbewert haben solle. Der fiktive Lizenzbetrag sei daher mit 930,00 € und nicht mit 700,00 € zu bemessen. Auch den Grundbetrag der fiktiven Lizenz habe das Landgericht fehlerhaft berechnet. Maßgeblich müsse vorrangig die nachgewiesene Lizenzpraxis des Klägers nach den MFM- Bildhonoraren sein (vergleiche Anlagen K 14 bis K 18). Der Kläger habe nachgewiesen, dass er seine Fotografien, speziell die streitgegenständliche, auch an universitäre Einrichtungen nach den MFM- Bildhonoraren lizenziere. So habe die L-Universität in H für die Nutzung von drei Bildern in einem downloadbaren PDF insgesamt 9.570,00 € an den Kläger bezahlt (Anlage K 15). Die Universität des T2 habe für die Online-Nutzung einer Fotografie 3.120,00 € bezahlt (Anlage K 18). Auch die Beklagte hätte die volle Lizenz bezahlen müssen.	40
Mit Schriftsatz vom 30.10.2019 legt der Kläger eine weitere Rechnung vom 01.09.2019 vor, mit der er nach der MFM-Tabelle Lizenzen (mit Zuschlägen für fehlenden Urhebervermerk und nach Lizenzierung) abrechnet.	41
Mit der Anschlussberufung beantragt der Kläger,	42
das beklagte Land zu verurteilen, an ihn weitere 1.160,00 € zzgl. Zinsen i.H.v. 5 %punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.11.2004 zu zahlen.	43
Das beklagte Land beantragt,	44
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	45
Das beklagte Land bestreitet, dass das streitgegenständliche Foto überhaupt eine Werbewirkung entwickele. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, dass dem Kläger eine Lizenzgebühr zuzusprechen sei. Die mit der Anschlussberufung vorgetragene Lizenzpraxis bestreitet das beklagte Land mit Nichtwissen und stellt in Abrede, dass der Kläger speziell die streitgegenständliche Fotografie auch an universitäre Einrichtungen gemäß den MFM-Tabellen lizenziert habe. Auch die Lizenzierung an die Universität des T2 bestreitet das beklagte Land mit Nichtwissen.	46

II.	
Die Berufung hat nur hinsichtlich eines geringen Teils des Auskunftsanspruchs des Klägers Erfolg, während die Anschlussberufung nicht begründet ist, so dass das angefochtene Urteil lediglich im tenorierten Umfang abzuändern war.	48
A.	49
Die zulässige Berufung des beklagten Landes hat in der Sache nur teilweise Erfolg, soweit sich diese gegen die Verpflichtung zur Auskunfterteilung richtet. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet.	50
1.	51
Das Landgericht hat das beklagte Land zu Recht zur Unterlassung verurteilt. Eine abweichende rechtliche Bewertung ist auch unter Berücksichtigung der mit der Berufung erhobenen Einwendungen nicht veranlasst.	52
a)	53
Entgegen der Auffassung des beklagten Landes ist die Fassung des Unterlassungsantrags nicht zu beanstanden. Der Kläger begehrt, dass das beklagte Land es unterlässt, Lehrern der F Q zu ermöglichen, die nachfolgend im Tenor abgedruckte Fotografie zu vervielfältigen/vervielfältigen zu lassen und/oder öffentlich zugänglich machen zu lassen, wie geschehen unter www.02.a.de.htm . Dies genügt – insbesondere durch die erfolgte Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform – den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.	54
b)	55
Der Kläger hat gegen das beklagte Land nach § 97 Abs. 1 UrhG einen Anspruch auf Unterlassung wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG und in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19 a UrhG. Nach § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG kann, wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, von dem Verletzten bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.	56
Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.	57
aa)	58
Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass der Kläger Schöpfer i.S.v. § 72 Abs. 2 UrhG des urheberrechtlich geschützten Lichtbildes ist.	59
(1)	60
Es kann dahinstehen, ob die Aufnahme ein schöpferisches Lichtbildwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG oder ein Lichtbild nach § 72 Abs. 1 UrhG darstellt, da Lichtbilder in entsprechender Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften geschützt sind.	61
(2)	62
	63

Der Kläger ist als Urheber der streitgegenständlichen Aufnahme anzusehen. Dabei kann offenbleiben, ob vorliegend die Vermutung des § 10 Abs. 1 UrhG zur Anwendung gelangt. Denn das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger ausreichende Indiztatsachen vorgetragen hat, die auf seine Urheberschaft schließen lassen.

Der Kläger hat dargelegt, dass er das in dem Online-Reisemagazin „T.de“ abgebildete Foto selbst gefertigt hat. Zum Beleg hat der Kläger einen Screenshot der entsprechenden Bilddatei in der Auflösung 5357 x 3539 Pixel mit Parallelschüssen (Anlage K 3 = Bl. 18) übermittelt. In der mündlichen Verhandlung hat er über seinen Prozessbevollmächtigten zudem auch ein Dia zur Einsicht überreicht, das dem aus der Anlage BB 17 entspricht. Bereits diese unstreitigen Hilfstatsachen lassen für sich genommen mit der erforderlichen Sicherheit den Schluss zu, dass der Kläger die streitgegenständliche Fotografie selbst gefertigt hat. 64

Es ist zudem unstreitig, dass der Kläger das Lichtbild dem Online-Reisemagazin „T.de“ überlassen hat. Das Bild erscheint dort in einem Beitrag über die Prager Burg. 65

Mit der Anschlussberufung hat der Kläger einen Screenshot hierzu übermittelt, auf dem ersichtlich ist, dass am Anfang des „Reiseführer Prag“ sich die Angabe „Fotos: S2“ findet. Das beklagte Land hat daraufhin zwar bestritten, dass der Hinweis auch zum Zeitpunkt der hier streitgegenständlichen Verletzungshandlung eingestellt war. Unstreitig und damit festzustellen ist indes, dass jedenfalls nunmehr das Reisemagazin auf die Urheberschaft des Klägers und den urheberrechtlichen Schutz der Bilder verweist – und dies kann nur dahingehend verstanden werden, dass der Kläger sämtliche Fotos, also auch das streitgegenständliche, gefertigt hat. 66

Vor diesem Hintergrund reicht der pauschale Verweis des beklagten Landes darauf, dass der Kläger selbst das Bild auch habe „googeln“ können, nicht aus. Vielmehr wäre in Anbetracht des (schon in erster Instanz) substantiierten klägerischen Vorbringens erforderlich gewesen, dass das beklagte Land darlegt, dass und in welcher Weise das Bild im Internet aufgefunden werden kann. Dies wäre – insbesondere im Hinblick darauf, dass das beklagte Land selbst darauf verweist, dass das (angeblich ungeschützte Bild) über Google aufzufinden sei ihm auch durchaus auch zumutbar gewesen. 67

bb) 68

Das Verwertungsrecht des Klägers aus §§ 72, 19a UrhG ist dadurch verletzt, dass das Lichtbild ohne seine Zustimmung auf der Internetseite der F eingestellt worden ist und dort von jedermann abgerufen werden konnte. 69

(1) 70

Nach § 19a UrhG ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Bei dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung handelt es sich um ein besonderes Recht der öffentlichen Wiedergabe (vgl. § 15 Abs. 2 und 3 UrhG). Da es sich bei den hier in Rede stehenden Rechten des Urhebers zur öffentlichen Wiedergabe in Form der öffentlichen Zugänglichmachung um nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG harmonisiertes Recht handelt, sind die entsprechenden Bestimmungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes richtlinienkonform auszulegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG diese Rechte in seinem Anwendungsbereich vollständig harmonisiert und die 71

Mitgliedstaaten das durch diese Vorschrift begründete Schutzniveau daher weder unterschreiten noch überschreiten dürfen (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Februar 2014 - C-466/12, GRUR 2014, 360 Rn. 33 bis 41 Svensson/Retriever Sverige; BGH, GRUR 2017, 514 Rn. 17 - Cordoba I und Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.).

Die im Streitfall in Rede stehende öffentliche Wiedergabe in Form der öffentlichen Zugänglichmachung fällt in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG, weil bei dem Abruf einer im Internet bereitgestellten Datei die Wiedergabe in Form der Zugänglichmachung gegenüber Mitgliedern der Öffentlichkeit erfolgt, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe in Form der Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind (vgl. Erwägungsgründe 23 und 24 der Richtlinie 2001/29/EG; BGH, GRUR 2017, 514 Rn. 18 bis 20 - Cordoba I und Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.).

72

Da es sich bei der öffentlichen Zugänglichmachung um einen besonderen Fall der öffentlichen Wiedergabe handelt, kann eine öffentliche Zugänglichmachung nur vorliegen, wenn das beanstandete Verhalten die Tatbestandsmerkmale einer „öffentlichen Wiedergabe“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG erfüllt. Eine "Handlung der Wiedergabe" in diesem Sinne liegt im Streitfall vor. Für eine solche Handlung reicht es aus, wenn ein Werk einer Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder dazu Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit nutzen oder nicht (EuGH, GRUR 2018, 911 Rn. 20 - Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff; BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II). Eine "Zugänglichmachung" und folglich eine "Handlung der Wiedergabe" im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG liegt vor, wenn - wie im Streitfall ersichtlich geschehen - auf eine Website eine zuvor auf einer anderen Website veröffentlichte Fotografie eingestellt wird, nachdem sie zuvor auf einen privaten Server kopiert worden war. Durch ein solches Einstellen wird den Besuchern der Website, auf der die Einstellung erfolgt ist, der Zugang zur betreffenden Fotografie auf dieser Website ermöglicht (EuGH, GRUR 2018, 911 Rn. 21 - Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff; BGH, GRUR 2017, 514 Rn. 24 - Cordoba I und Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II).

73

(2)

74

Diese Wiedergabe erfolgte im Streitfall auch öffentlich. "Öffentlichkeit" in diesem Sinne bedeutet eine unbestimmte Zahl potentieller Adressaten, die aus einer ziemlich großen Zahl von Personen bestehen muss (EuGH, GRUR 2018, 911 Rn. 22 - Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, mwN). Vorliegend richtet sich die beanstandete Wiedergabehandlung an sämtliche potentielle Nutzer der Website der F und damit an eine unbestimmte und ziemlich große Zahl von Adressaten, so dass sie als "öffentlich" im Sinne der vorstehenden Grundsätze anzusehen ist (vgl. dazu: EuGH, GRUR 2018, 911 Rn. 23 - Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff; BGH, GRUR 2017, 514 Rn. 27 - Cordoba I und Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II).

75

(3)

76

Auch die weiteren Voraussetzungen der öffentlichen Wiedergabe sind erfüllt. Für die Einstufung als "öffentliche Wiedergabe" ist erforderlich, dass die Wiedergabe des geschützten Werks unter Verwendung eines technischen Verfahrens, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet, oder ansonsten für ein "neues Publikum" erfolgt, das heißt für ein Publikum, an das der Inhaber des Urheberrechts nicht gedacht hatte, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe seines Werks erlaubte (EuGH, GRUR 2018, 911 Rn. 24

77

- Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff; BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II). Erfolgt die nachfolgende Wiedergabe nach einem spezifischen technischen Verfahren, das sich von demjenigen der ursprünglichen Wiedergabe unterscheidet, braucht nicht geprüft zu werden, ob das Werk für ein neues Publikum wiedergegeben wird; in einem solchen Fall bedarf die Wiedergabe ohne Weiteres der Erlaubnis des Urhebers (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.).

Wie bereits dargelegt, ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass das Foto ursprünglich auf der Website des Online-Reisemagazins und später auf der Website der F wiedergegeben wurde. Dies ist zwar unter Verwendung des gleichen technischen Verfahrens erfolgt. Die Wiedergabe erfolgte aber für ein "neues Publikum" (vgl. dazu nochmals: EuGH, GRUR 2018, 911 Rn. 26 bis 47 - Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff). Dabei kommt es nicht darauf an, dass das Foto bereits vor dem Einstellen auf der Internetseite der Schule mit Zustimmung des Klägers auf der Internetseite des Online-Reisemagazins „T.de“ öffentlich zugänglich war. Eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG erfasst das Einstellen einer Fotografie auf einer Website (auch dann), wenn diese Fotografie zuvor ohne beschränkende Maßnahme, die ihr Herunterladen verhindert, und mit Zustimmung des Urheberrechtshabers auf einer anderen Website veröffentlicht worden ist. Das Publikum, an das der Urheberrechtshaber gedacht hatte, als er der Wiedergabe seines Werks auf der Website zugestimmt hatte, auf der es ursprünglich veröffentlicht wurde, besteht nur aus den Nutzern dieser Website und nicht aus den Nutzern der Website, auf der das Werk später ohne seine Zustimmung eingestellt worden ist (EuGH, GRUR 2018, 911 Rn. 29 bis 36 - Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II).

cc) 79

Das Einstellen des Fotos auf der Internetseite der Schule greift auch in das Vervielfältigungsrecht des Klägers gemäß § 16 UrhG ein. Eine Vervielfältigung in diesem Sinne ist jede körperliche Festlegung eines Werks, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. IV/270, S. 47; BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.). 80

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor, da nach den mit der Berufung nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts das streitgegenständliche Lichtbild durch Einstellen auf die Schulhomepage auf den Server der Schule kopiert worden ist. Dadurch wurde die streitgegenständliche Fotografie körperlich festgelegt und damit vervielfältigt (vgl. BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.). 81

Diese Vervielfältigung ist hierbei im Vergleich zur nachfolgenden öffentlichen Zugänglichmachung nicht nur als untergeordnete Vorbereitungshandlung, sondern als eine um ihrer selbst willen vorgenommene wirtschaftliche Nutzungsart zu betrachten. Das Problem, ob die im Upload auf den Server liegende Vervielfältigung allein zum Zwecke der öffentlichen Zugänglichmachung als nur untergeordnete Vorbereitungshandlung zur öffentlichen Zugänglichmachung anzusehen ist, stellt sich allein im Zusammenhang mit der urhebervertragsrechtlichen Frage, ob diese Vervielfältigung eine selbständige, als solche lizensierbare Nutzungsart sein kann. Davon ist die im Streitfall maßgebliche Frage zu unterscheiden, ob die zum Zwecke der öffentlichen Zugänglichmachung erfolgende Festlegung von Werken das Vervielfältigungsrecht des Urheberrechtshabers im Sinne des § 16 UrhG beeinträchtigt und als Rechtsverletzung eigenständig verfolgt werden kann. Diese 82

Frage ist zu bejahen (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.).

dd) 83

Dem Unterlassungsanspruch des Klägers steht keine urheberrechtliche Schutzschranke entgegen. 84

(1) 85

Das beklagte Land kann sich nicht auf das urheberrechtliche Zitatrecht gemäß § 51 UrhG berufen. Gemäß § 51 Satz 1 UrhG ist die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werks zum Zweck des Zitats zulässig, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Hier fehlt allerdings der erforderliche Zitatzweck, da die Fotografie lediglich der Illustration des Beitrags gedient hat (vgl. auch dazu: BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N). 86

(2) 87

Auch auf die Schutzschranke des § 57 UrhG kann sich das beklagte Land nicht berufen. Nach § 57 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Werken zulässig, wenn sie als unwesentliches Beiwerk neben dem eigentlichen Gegenstand der Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe anzusehen sind. Die Bestimmung erfasst mit der öffentlichen Wiedergabe auch das öffentliche Zugänglichmachen im Sinne von § 19a UrhG (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N und BGH, Urteil vom 17. 11. 2014 - I ZR 177/13 - Möbelkatalog). Bei dem Foto handelt es sich jedoch nicht um ein unwesentliches Beiwerk. 88

Für die Prüfung der Schutzschranke des § 57 UrhG ist das Kriterium der Austauschbarkeit insoweit von Bedeutung, als es für die Annahme der Unwesentlichkeit des Werks spricht, wenn es der durchschnittliche Betrachter des Hauptgegenstandes schon nicht wahrnimmt, weil es beliebig ausgetauscht oder ganz weggelassen werden kann. Wird das Beiwerk jedoch vom Betrachter als zum Gesamtkonzept gehörig wahrgenommen, kommt es auf den Gesichtspunkt der (ästhetischen oder stilistischen) Austauschbarkeit eines urheberrechtlich geschützten Werks mit einem anderen - gegebenenfalls ebenfalls urheberrechtlich geschützten - Werk nicht mehr an (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N). 89

Das streitgegenständliche Foto der Prager Burg mit der Moldau diente ganz maßgeblich der Illustration des (sehr kurzen) Textbeitrages. Erst durch das Foto wurde der Beitrag optisch anschaulich gemacht. Damit liegt es - wie bei einem durch Bilder illustrierten Referat - nach der Lebenserfahrung regelmäßig fern, dass der Fotografie im Rahmen des Beitrags neben dem Text in den Augen eines Durchschnittsbetrachters noch nicht einmal eine geringe oder nebensächliche Bedeutung zukommt. Dies ist aber für die Annahme einer Unwesentlichkeit im Sinne von § 57 UrhG erforderlich (vgl. für ein Lichtbild in einem Schülerreferat: BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N). 90

(3) 91

Das beklagte Land kann sich außerdem nicht mit Erfolg auf die Schrankenbestimmungen berufen, die zum Zeitpunkt der Vornahme des beanstandeten Handelns eine Vervielfältigung und/oder öffentliche Zugänglichmachung zur Veranschaulichung im Unterricht zuließen. 92

((a))	93
Zunächst greift die Schrankenbestimmung des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG a.F. nicht ein. Danach war es zulässig, veröffentlichte kleine Teile eines Werks, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. In diesem Fall sind nach § 52a Abs. 3 UrhG a.F. auch die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen zulässig.	94
Es kann dahinstehen, ob die Fotografie der Veranschaulichung im Schulunterricht gedient hat. Der Zugang zur Fotografie war durch die jederzeitige Verfügbarkeit auf der Homepage der Schule und den damit unbegrenzt möglichen Zugriff sämtlicher Nutzer des Internets nicht ausschließlich auf den bestimmt abgegrenzten Teil der Unterrichtsteilnehmer begrenzt.	95
((b))	96
Auch die Schrankenbestimmung der § 53 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 UrhG a.F. greift nicht ein. Nach dieser Vorschrift war es zulässig, Vervielfältigungsstücke von kleinen Teilen eines Werks, von Werken von geringem Umfang oder von einzelnen Beiträgen, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind, zum eigenen Gebrauch zur Veranschaulichung des Unterrichts in Schulen in der für die Unterrichtsteilnehmer erforderlichen Anzahl herzustellen oder herstellen zu lassen, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist. Aus dem Vorbringen des beklagten Landes ergibt sich aber nicht, dass es zur Veranschaulichung des Unterrichts in der damaligen 4. Klasse erforderlich war, das Foto auf den Server der Schule zu kopieren und von dort hochzuladen.	97
(4)	98
Für den auf Wiederholungsgefahr gestützten Verletzungsunterlassungsanspruch kommt es allerdings sowohl auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der beanstandeten Verletzungshandlung als auch auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz an. Deshalb wäre der Unterlassungsanspruch nicht begründet, wenn das beanstandete Verhalten nach der neuen Rechtslage zulässig wäre. Damit kommt es auch darauf an, ob die mit Wirkung vom 1. März 2018 an die Stelle von § 52a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 UrhG a.F. getretene Schrankenbestimmung des § 60a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Fall 1, Abs. 4 Fall 2 UrhG durchgreift.	99
Dies ist indes nicht der Fall.	100
((a))	101
Nach § 60a Abs. 1 UrhG dürfen zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre an Bildungseinrichtungen zu nicht kommerziellen Zwecken bis zu 15 Prozent eines veröffentlichten Werks vervielfältigt, verbreitet, öffentlich zugänglich gemacht und in sonstiger Weise öffentlich wiedergegeben werden, und zwar für Lehrende und Teilnehmer der jeweiligen Veranstaltung (Nr. 1), für Lehrende und Prüfer an derselben Bildungseinrichtung (Nr. 2) sowie für Dritte, soweit dies der Präsentation des Unterrichts, von Unterrichts- oder Lernergebnissen an der Bildungseinrichtung dient (Nr. 3). Nach § 60a Abs. 2 Fall 1 UrhG	102

dürfen Abbildungen abweichend von Absatz 1 vollständig genutzt werden. Schulen gehören nach § 60a Abs. 4 Fall 2 UrhG zu den Bildungseinrichtungen.

((b)) 103

Es kann für die vorliegende Entscheidung offenbleiben, ob die vorgenannten Voraussetzungen des § 60a UrhG erfüllt sind. Eine Auseinandersetzung mit den umfangreichen rechtlichen Ausführungen des beklagten Landes dazu erübrigt sich daher. 104

Denn es fehlte jedenfalls die nach § 63 UrhG erforderliche Quellenangabe bei dem in Rede stehenden Beitrag auf der Homepage der Schule. 105

((aa)) 106

Wenn im Fall des § 60a UrhG ein Werk vervielfältigt wird, ist gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 UrhG stets die Quelle deutlich anzugeben. Die Verpflichtung zur Quellenangabe entfällt nach § 63 Abs. 1 Satz 3 UrhG, wenn die Quelle weder auf dem benutzten Werkstück genannt noch dem zur Vervielfältigung Befugten anderweit bekannt ist. Im Falle einer öffentlichen Wiedergabe nach § 60a UrhG ist gemäß § 63 Abs. 2 Satz 2 UrhG die Quelle einschließlich des Namens des Urhebers stets anzugeben, es sei denn, dass dies nicht möglich ist. 107

((bb)) 108

Die Pflicht zur Quellenangabe nach § 63 Abs. 1 S. 3 UrhG ist vorliegend aber nicht wegen Unmöglichkeit der Angabe entfallen. 109

Denn der Nutzer muss darlegen und beweisen, dass die Quelle nicht angegeben und ihm deshalb nicht bekannt war (Schulze in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Auflage § 63 Rn. 20 m.w.N.). 110

Dem wird das Vorbringen des beklagten Landes nicht gerecht. Das beklagte Land beruft sich insoweit allein darauf, dass das Bild weder einen Hinweis auf die Quelle, noch einen Hinweis auf den Urheber enthielt. Das Foto sei auf einer für jedermann zugänglichen Seite ohne Hinweis auf eine vermeintliche Urheberschaft des Klägers veröffentlicht worden. 111

Dieses Vorbringen ist in keinem Fall erheblich. Entgegen der vom beklagten Land vertretenen Auffassung obliegt es nämlich nicht dem Kläger konkret vorzutragen, wann, durch wen, wodurch und von welcher Seite aus dem Internet der Störer rechtswidrig gehandelt haben soll. Vielmehr gehört es zur Darlegungs- und Beweislast des beklagten Landes, substantiiert zu der erfolgten Suche über „Google“ vorzutragen – und hieran fehlt es. Dass dies ggf. nach so langer Zeit nicht mehr möglich ist, geht zu Lasten des Landes. 112

Zudem darf der Nutzer nicht untätig bleiben, wenn die Quelle auf dem benutzten Werksstück oder sonstigen Materialien nicht angegeben ist. Er muss sich darum bemühen, sie in Erfahrung zu bringen und entsprechend recherchieren (so schon: OLG Hamburg GRUR 1970, 38 – Heintje; Schulze a.a.O. Rn. 18). Hinsichtlich der ihm zumutbaren Nachforschungen muss der Nutzer konkret angeben, was er überhaupt zu diesem Zwecke und mit welchem Ergebnis unternommen hat (Schulze a.a.O. Rn. 20 m.w.N.). Auch hierzu fehlt jegliches Vorbringen, insbesondere dazu, was die Lehrkraft überhaupt unternommen hat, um einen Urheber zu recherchieren. Folglich kann nicht festgestellt werden, dass die Lehrkraft trotz bestehender Veranlassung dazu überhaupt Nachforschungen angestellt hat. 113

Damit muss der Senat in diesem Verfahren nicht entscheiden, welche Anforderungen genau an die „Prüftiefe“ in diesem Zusammenhang zu stellen sind. Der vom beklagten Land angesprochene europarechtliche Konflikt ist für das vorliegende Verfahren nicht relevant.

Anlass zur Bewilligung des vom beklagten Land begehrten Schriftsatznachlasses zur Frage der „Prüftiefe“ im Sinne von § 63 Abs. 1 S. 3 UrhG besteht nicht. Nach § 139 Abs. 5 ZPO soll das Gericht für den Fall, dass einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist, auf ihren Antrag eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann. Das Gericht hat nach § 139 Abs. 2 ZPO aber nur auf einen Gesichtspunkt hinzuweisen, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat oder den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. Allerdings haben die Parteien keinesfalls übersehen, dass die Regelung des § 63 Abs. 1 S. 3 UrhG – insbesondere auch die Frage der Feststellbarkeit des Urhebers - entscheidungserheblich ist. Die Bewilligung eines Schriftsatznachlasses war daher aus Anlass der Darstellung der rechtlichen Bewertung des Senats in der mündlichen Verhandlung am 01.10.2020 nicht geboten.

((cc)) 116

Unter Quelle im Sinne dieser Bestimmung ist, wie sich aus der Formulierung "die Quelle einschließlich des Namens des Urhebers" (§ 63 Abs. 2 Satz 2 UrhG), aber auch aus den Formulierungen "neben dem Urheber" (§ 63 Abs. 1 Satz 2 UrhG) und "außer dem Urheber" (§ 63 Abs. 3 Satz 1 UrhG) ergibt, nicht nur die Fundstelle, sondern auch die Urheberbezeichnung zu verstehen. Die unzureichende oder unterbliebene Quellenangabe macht die ansonsten zulässige Nutzungshandlung zwar nicht insgesamt rechtswidrig; der Urheber kann aber (jedenfalls) verlangen, dass diese Nutzungshandlung ohne die erforderliche Quellenangabe künftig unterbleibt (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N).

Dies entspricht auch dem vom Kläger begehrten Verbotsumfang. Mit seinem Unterlassungsantrag begehrt der Kläger ein Verbot der hier streitgegenständlichen konkreten Verletzungsform. Festzustellen ist, dass das Foto weder mit einer Quellenangabe, noch mit einem Hinweis auf die Urheberschaft des Klägers versehen war.

ee) 119

Das beklagte Land haftet wegen dieser Verletzungshandlungen auf Unterlassung. Zwar ist das beklagte Land nicht aufgrund einer originär ihm anzulastenden Verletzungshandlung passiv legitimiert. Allerdings hat das beklagte Land für das Verhalten der bei ihm angestellten Lehrkraft gemäß § 99 UrhG einzustehen.

(1) 121

Gemäß § 99 UrhG kann der Verletzte den Anspruch aus § 97 Abs. 1, § 98 UrhG gegen den Inhaber des Unternehmens richten, wenn ein nach dem Urheberrechtsgesetz geschütztes Recht in einem Unternehmen von einem Arbeitnehmer oder Beauftragten verletzt worden ist.

(2) 123

Die Bestimmung des § 99 UrhG ist auch auf Körperschaften des öffentlichen Rechts und die bei ihnen beschäftigten Angestellten und Beamten anzuwenden. Die Bestimmung soll den

Inhaber eines Unternehmens daran hindern, sich bei ihm zugutekommenden Urheberrechtsverletzungen von Arbeitnehmern oder Beauftragten auf das Handeln abhängiger Dritter zu berufen. Der Begriff des Arbeitnehmers ist deshalb weit auszulegen. Er erfasst alle Personen, die aufgrund eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses zu Dienstleistungen in einem Unternehmen oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verpflichtet sind. Der Senat schließt sich insoweit – auch unter Beachtung der durch das beklagte Land zuletzt mit Schriftsatz vom 25.09.2020 umfangreich erhobenen Einwendungen - der aktuellen Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage an (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II).

(3) 125

Die in Rede stehenden Verletzungshandlungen sind im Sinne von § 99 UrhG im Unternehmen des beklagten Landes vorgenommen worden. 126

((a)) 127

Die Bestimmung des § 99 UrhG ordnet eine eigene, verschuldensunabhängige Haftung des Unternehmensinhabers auf Unterlassung, Beseitigung sowie Vernichtung und Rückruf an. Diese tritt neben die Haftung des eigentlichen Verletzers und erweitert daher den Kreis derjenigen, die der Verletzte wegen Verletzung seiner Urheberrechte in Anspruch nehmen kann. Die Haftungserweiterung ist gerechtfertigt, weil der Rechtsverstoß aus der Risikosphäre des Unternehmers stammt und der Unternehmer das Risiko weiterer Rechtsverstöße verringern kann (vgl. BVerfG, NJW 1996, 2567). Aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich, dass die Verletzungshandlung des Arbeitnehmers oder Beauftragten im Rahmen des Tätigkeitsbereichs des Unternehmens erfolgt sein muss. Nicht erfasst von der Bestimmung des § 99 UrhG sind dagegen Handlungen, die nicht dem Unternehmen, sondern ausschließlich dem Handelnden zugutekommen, also lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Unternehmen ausgeübt werden (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.). 128

Diese Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten gemäß § 99 UrhG sind vorliegend erfüllt. 129

((b)) 130

Es liegt eine Verletzungshandlung der beim beklagten Land verbeamteten und dessen Dienstaufsicht (§ 86 Abs. 2 Nr. 2 SchulG-NRW) unterliegenden Lehrkraft vor, für die das beklagte Land gemäß § 99 UrhG einzustehen hat. 131

Eine Haftung gemäß § 99 UrhG setzt voraus, dass von einem Arbeitnehmer oder Beauftragten des Inhabers des Unternehmens ein nach dem Urheberrechtsgesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt worden ist. Für die Annahme einer Urheberrechtsverletzung im Sinne dieser Bestimmung ist erforderlich, dass sämtliche Voraussetzungen des objektiven Tatbestands vorliegen. Die Erfüllung subjektiver Voraussetzungen ist dagegen weder beim Arbeitnehmer oder Beauftragten noch beim Unternehmer erforderlich (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.). 132

Das Kopieren der Fotografie auf den Server sowie das Einstellen des Beitrags mit der Bildaufnahme auf die Internetseite der Schule hat das Recht des Klägers auf öffentliche Zugänglichmachung (§ 15 Abs. 1 und 2 Nr. 2, § 19a UrhG) sowie das ihm zustehende 133

Vervielfältigungsrecht (§ 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG) verletzt, ohne dass das Verhalten durch eine urheberrechtliche Schutzschranke gerechtfertigt war.

(c) 134

Die für den betreffenden Unterricht in der damaligen 4. Klasse eingesetzte Lehrkraft ist für die Verletzung der Urheberrechte des Klägers gemäß §§ 16, 19a UrhG täterschaftlich verantwortlich. 135

((aa)) 136

Eine Haftung für urheberrechtliche Verletzungshandlungen, die im Rahmen der Nutzung des Internets verursacht werden, kommt nicht allein im Hinblick auf den Inhaber des Internetzugangs in Betracht (vgl. dazu BGH, Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 75/14, GRUR 2016, 191 Rn. 36 f. = WRP 2016, 73 - Tauschbörse III, mwN). Vielmehr trifft eine solche Haftung unabhängig von der Frage der Inhaberschaft des Internetanschlusses auch denjenigen, der ihm obliegende Belehrungs- und Überwachungspflichten im Zusammenhang mit der Nutzung eines Internetanschlusses verletzt (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N.). 137

((b)) 138

Für die Haftung als Täter oder Teilnehmer einer deliktischen Handlung wie einer Urheberrechtsverletzung gelten die strafrechtlichen Grundsätze zur Täterschaft und Teilnahme (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II; Urteil vom 14. 01.2016 - I ZR 65/14, - Freunde finden; Urteil vom 09. 11.2011 - I ZR 150/09 - Basler Haar-Kosmetik; jeweils mwN). Täter ist danach, wer die Zuwiderhandlung selbst oder in mittelbarer Täterschaft begeht (§ 25 Abs. 1 StGB) (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II; Urteil vom 6.12.2017 - I ZR 186/16, GRUR 2018 - Konferenz der Tiere, jeweils mwN). Maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist die Tatherrschaft. Danach ist Täter, wer den zum Erfolg führenden Kausalverlauf beherrscht, während als Teilnehmer verantwortlich ist, wer einem mit Tatherrschaft handelnden Dritten Hilfe leistet oder dessen Tatentschluss hervorruft. Fehlen die objektiven oder subjektiven Voraussetzungen einer Haftung als Täter oder Teilnehmer, kommt lediglich eine allein zur Unterlassung und Beseitigung verpflichtende Verantwortlichkeit als Störer in Betracht (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/19 m.w.N.). 139

Auf Grundlage des festgestellten Geschehens ist davon auszugehen, dass die Lehrkraft selbst die in Rede stehende Verletzungshandlung begangen hat. Diese hat das streitgegenständliche Lichtbild unstreitig bei einer gemeinsam mit den Kindern im Unterricht durchgeführten Recherche bei Google aufgefunden. Schon daraus folgt, dass die Kinder offensichtlich die Recherche nicht in eigener Verantwortung, sondern unter der Anleitung der eingesetzten Lehrkraft durchgeführt haben. Diese war – auch im Hinblick auf das Alter der Kinder – damit gehalten, maßgeblich auf die Einhaltung urheberrechtlicher Vorschriften zu achten. Dass die Kinder der damaligen 4. Klasse eigenverantwortlich bei der Auswahl des Bildes gehandelt haben, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Maßgeblich ist zudem darauf abzustellen, dass die Lehrkraft das Foto eigenverantwortlich auf die Homepage der Schule gestellt und damit vervielfältigt und öffentlich zugänglich gemacht hat. 140

(4) 141

142

Eine Störerhaftung des beklagten Landes scheidet auch nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aus. Die Störerhaftung ist gegenüber der Inanspruchnahme des Täters im Grundsatz nicht subsidiär (BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/15 – Cordoba II m.w.N. und Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Inanspruchnahme von Access-Providern, nach denen ausnahmsweise eine vorrangige Rechtsverfolgung gegenüber denjenigen Beteiligten zu verlangen ist, die entweder die Rechtsverletzung selbst begangen oder zu der Rechtsverletzung als Dienstleister Hilfe geleistet haben, beruhen auf der Besonderheit, dass der Access-Provider ein von der Rechtsordnung gebilligtes und in Bezug auf Rechtsverletzungen Dritter neutrales Geschäftsmodell verfolgt und ihm daher keine Kontrollmaßnahmen auferlegt werden dürfen, die sein Geschäftsmodell wirtschaftlich gefährden oder seine Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren (vgl. BGH, Urteil vom 10.01.2019 – I ZR 267/19 – Cordoba II). Diese Grundsätze kommen daher vorliegend nicht zum Tragen.

ff) 143

Die von § 97 UrhG vorausgesetzte Wiederholungsgefahr wird im Umfang des Unterlassungsbegehrens durch die Erstbegehung indiziert. 144

gg) 145

Der Unterlassungsanspruch ist nicht verjährt. Das Landgericht hat dies damit begründet, dass der Kläger durch sein Vorbringen, dass er erstmals im Jahr 2011 durch die Archivsuche von der Nutzung erfahren habe, seiner Darlegungslast genügt habe. Einen tauglichen Gegenbeweis habe das beklagte Land nicht angeboten. 146

Mit der Berufung wiederholt das beklagte Land zwar die Einrede, ohne jedoch entsprechende Rügen in Bezug auf die diesbezüglichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils zu erheben. Damit kann auf Grundlage der nicht angegriffenen Feststellungen zunächst weiter davon ausgegangen werden, dass eine Kenntnis des Klägers erst ab 2011 feststellbar ist. Damit kommt eine Verjährung nicht in Betracht. 147

Nach § 102 UrhG i.V.m. § 195 BGB verjährt der Anspruch aus § 97 UrhG innerhalb von drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste (§ 199 Abs. 1 BGB). Da das beklagte Land keine grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers behauptet und eine solche auch nicht ersichtlich ist, kommt es damit auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch den Kläger an. 148

Bei einer Kenntnis im Dezember 2011 begann die Verjährungsfrist am 31.12.2011. Die Verjährung wäre am 31.12.2014 eingetreten. Allerdings hat die Bezirksregierung E für das beklagte Land mit Schreiben vom 09.04.2013 auf die Erhebung „des Einwands“ der Verjährung bezüglich der geltend gemachten, noch nicht verjährten Ansprüche verzichtet. Aufgrund des erklärten Verzichts kann sich das beklagte Land daher hinsichtlich des am 09.04.2013 noch nicht verjährten Unterlassungsanspruchs nicht mehr wirksam auf die Verjährung berufen. 149

Unabhängig davon kann für den Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die Frage der Verjährung der Zeitpunkt der (erstmaligen) Kenntnisnahme offenbleiben. Da bei einer 150

rechtsverletzenden Dauerhandlung – wie hier das unbefugte öffentliche Zugänglichmachen von Fotografien im Internet – die Fortdauer der schädigenden Handlung fortlaufend neue Schäden und damit neue Ersatzansprüche erzeugt, ist die Dauerhandlung zur Bestimmung des Beginns der Verjährung gedanklich in Einzelhandlungen (also in Tage) aufzuspalten, für die jeweils eine gesonderte Verjährungsfrist läuft (BGH, Urteil vom 15.01.2015 – I ZR 148/13 – Unbefugtes öffentliches Zugänglichmachen von Fotos im Internet – Motorradteile = NJW 2015, 3165 m.w.N.). Jedenfalls für die im Jahr 2011 begangenen Rechtsverletzungen begann die Verjährungsfrist am 31.12.2011. Aus den genannten Gründen ist eine Verjährung des Unterlassungsanspruchs nicht eingetreten.

hh) 151

Die Geltendmachung des Anspruchs ist auch nicht treuwidrig im Sinne von § 242 BGB. 152

Das beklagte Land vertritt insoweit nunmehr die Rechtsauffassung, dass aufgrund der Tatsache, dass das Foto selbst nicht mit einem Hinweis auf einen Urheber versehen war, für einen rechtsunkundigen, durchschnittlichen redlichen Bürger der Eindruck habe entstehen können, dass das entsprechende Werk nicht urheberrechtlich geschützt, bzw. der Urheber nicht identifizierbar sei. Dagegen sei es für den Rechtsinhaber ein Leichtes, die Kennzeichnung des Werkes zu verbessern, die Nutzungsbedingungen klarzustellen und die geeigneten Schutzmaßnahmen zu treffen. Davon sehe der Kläger aber bewusst ab, so dass der Kläger sich nicht auf einen Urheberrechtsschutz berufen könne. Im Hinblick auf die ihm bekannte Zahl der früheren Verstöße sei der Kläger gehalten, den Dienst Anbietern von Internetsuchmaschinen mitzuteilen, dass mit einer weiteren Nutzung und Verbreitung im Internet kein Einverständnis bestehe. 153

Allerdings sind hier aber schon keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sich dem Kläger zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung hat aufdrängen müssen, dass seine Werke unberechtigt genutzt werden. Feststellbar ist, dass die Verletzungshandlung vor dem 26.11.2004 begangen wurde. Dies hat der Kläger substantiiert unter Vorlage der entsprechenden Auskunft von www.03.org dargelegt. Das beklagte Land hat dies nicht erheblich bestritten, sondern vielmehr bereits erstinstanzlich darauf verwiesen, dass der Kläger seit November 2004 schon Kenntnis von der unberechtigten Nutzung des Bildes gehabt haben soll. 154

Soweit das beklagte Land auf eine Kenntnis des Klägers von „früheren Verstößen“ abstellt, ist damit die Verletzungshandlung gemeint, die Grundlage der sog. Cordoba-Entscheidungen war (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 10.01.2019 - I ZR 267/15 – Cordoba II). Diese Verletzungshandlung wurde aber (erst) im Jahr 2009 – und damit deutlich später als die hier streitgegenständliche Verletzungshandlung begangen. Aus welchem Grund der Kläger daher im Jahr 2004 überhaupt Anlass gehabt haben sollte, von einer urheberrechtswidrigen Verwendung seiner Werke auszugehen, erschließt sich daher nicht. 155

Unabhängig davon ist die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nicht wegen fehlender Kennzeichnung des Werkes treuwidrig. Ebenso wenig wie ein Sacheigentümer die ihm gehörenden Sachen muss der Urheber oder Leistungsschutzberechtigte sein Werk als seine Schöpfung kennzeichnen. Ein fehlender Hinweis ist kein Indiz dafür, dass ein Werk oder eine Leistung gemeinfrei ist. Vielmehr obliegt es jedem Nutzer in eigener Verantwortung, sich Kenntnis davon zu verschaffen, ob und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen ihm der Urheber eine Nutzung seines Werkes gestatten will (vgl. nur: BGH, Urteil vom 12.11.2009 – I ZR 166/07 = GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de). 156

2.	157
Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht das beklagte Land zur Zahlung von Schadensersatz an den Kläger verurteilt.	158
a)	159
Ein Schadensersatzanspruch nach § 97 Abs. 2 UrhG kommt aber – anders als vom Landgericht angenommen - nicht in Betracht. Als Störer haftet das beklagte Land urheberrechtlich nach § 99 UrhG nicht auf Schadensersatz (BGH, Urteil vom 12.05.2010 – I ZR 121/08 – Sommer unseres Lebens = GRUR 2010, 633; Fromm/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht 12. Auflage, § 97 Rn. 155; Specht in: Dreier/Schulze a.a.O. § 97 Rn. 28 m.w.N.).	160
b)	161
Der Anspruch folgt jedoch aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG. Danach hat ein Beamter den von ihm bei schuldhafter Verletzung einer einem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht verursachten Schaden zu ersetzen (§ 839 BGB). Gemäß Art. 34 Satz 1 GG trifft die Verantwortlichkeit für die Verletzung der einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht durch den Träger eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht.	162
aa)	163
Wie bereits dargelegt, hat die Lehrkraft durch widerrechtliche Veröffentlichung und Vervielfältigung des Lichtbildes im Internet täterschaftlich eine Urheberrechtsverletzung begangen. Zu den Amtspflichten der eingesetzten Lehrkraft bei der Wahrnehmung der hoheitlichen Lehrtätigkeit gehörte auch die Pflicht, sich aller Eingriffe in fremde Rechte zu enthalten, die eine unerlaubte Handlung im Sinne des bürgerlichen Rechts darstellen. Dazu gehören auch Eingriffe in die durch das Urheberrechtsgesetz (§ 97 UrhG) geschützten Rechte. Ein Beamter, der in Ausübung seines öffentlichen Amtes eine unerlaubte Handlung in diesem Sinn begeht, verletzt dadurch zugleich eine ihm dem Träger des Rechts oder Rechtsguts gegenüber obliegende Amtspflicht (BGH, Urteil vom 16.01.1991 – I ZR 36/90 – Seminarkopien m.w.N.).	164
Anlässlich der begangenen Urheberrechtsverletzung hat die Lehrkraft auch „in Ausübung des öffentlichen Amtes“ gehandelt. Ob ein bestimmtes Verhalten einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes anzusehen ist, bestimmt sich danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn die Person tätig wurde, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist, und - falls dies zutrifft - ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls noch als dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 16.01.1991 – I ZR 36/90 – Seminarkopien m.w.N.). Die durchgeführte Recherche bei Google, die zum Auffinden des Bildes geführt hat, war Teil des Unterrichts der vierten Klasse. Zudem diente die Veröffentlichung des Bildes im Internet der Präsentation von Unterrichtsinhalten für die Öffentlichkeit. Auch dieses Verhalten ist dem Bildungs- und Erziehungsauftrag zuzuordnen, den die Lehrkräfte zu erfüllen haben und deren Ausführung das beklagte Land im Rahmen der Dienstaufsicht zu überwachen hat.	165
bb)	166

Die Lehrkraft hat jedenfalls fahrlässig und damit auch schuldhaft gehandelt.	167
cc)	168
Haftungsausschlüsse und –beschränkungen greifen nicht. Vorliegend kommt allein die Anwendung der Regelung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht. Danach kann, wenn dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, dieser nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Der Haftungsausschluss greift insbesondere nicht im Hinblick auf einen – nach Ansicht des beklagten Landes bestehenden - Anspruch des Klägers gegen den Betreiber der Suchmaschine.	169
Die Subsidiaritätsklausel stellt nicht darauf ab, ob der Verletzte anderweitig Ersatz erlangt hat, sondern ob er ihn zu erlangen vermag. Die Regelung des § 839 Abs. 1 S. 2 begründet ein negatives Tatbestandsmerkmal für den Schadensersatzanspruch. Die Unmöglichkeit, anderweit Ersatz zu erlangen, bildet einen Teil des Tatbestandes, aus dem der Amtshaftungsanspruch hergeleitet wird. Der Kläger ist insoweit darlegungs- und beweispflichtig (so schon BGH NJW 1979, 1600; Papier/Shirvani, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage § 839 Rn. 376 m.w.N.). Für den vorliegenden Rechtsstreit kann offenbleiben, ob überhaupt ein Anspruch gegen den Betreiber der Suchmaschine „Google“ denkbar wäre. Zu beachten ist, dass es im Rahmen eines solchen Anspruchs ganz maßgeblich auf die konkreten Umstände der Recherche ankommen würde. Der Kläger steht insoweit vollständig außerhalb des Geschehensablaufs, während dem beklagten Land durchaus nähere Angaben zumutbar wären. Damit hätte es zunächst dem beklagten Land nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast (vgl. dazu: BGH NJW 2008, 982, Greger in: Zöller, 33. Auflage § 138 Rn. 8a m.w.N.) oblegen, zu den Umständen der durchgeführten Recherche näher vorzutragen. Da entsprechendes Vorbringen fehlt, kann schon aus tatsächlichen Gründen nicht festgestellt werden, dass der Kläger auf andere Weise hätte Ersatz verlangen können.	170
dd)	171
Zu ersetzen ist - insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm - nur der Schaden, dessen Verhinderung die verletzte Amtspflicht dienen soll, und zwar das negative Interesse. Der Betroffene ist so zu stellen, als hätte sich der Amtsträger pflichtgemäß verhalten (BGH NJW 2003, 3047 m.w.N.). Wenn die Lehrkraft sich pflichtgemäß verhalten hätte, hätte sie nicht nur die Quelle und den Urheber des Fotos angegeben, sondern das Foto auch lizenziert und die entsprechenden Gebühren entrichtet. Den so entstandenen Schaden kann der Kläger entweder konkret oder nach der Lizenzanalogie berechnen oder den Verletzergewinn herausverlangen (vgl. BGH, Urteil vom 01.12.1000, I ZR 49/97 – Marlene Dietrich; BGHZ 20, 345, 353 – Paul Dahlke).	172
(1)	173
Bei der Berechnung der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie ist zu fragen, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung für die vom Verletzer vorgenommenen Benutzungshandlungen vereinbart hätten. Zu ermitteln ist der objektive Wert der Benutzungsberechtigung. Dabei ist unerheblich, ob und inwieweit der Verletzer selbst bereit gewesen wäre, für seine Nutzungshandlungen eine Vergütung zu zahlen (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2018 – I ZR 187/17 = GRUR 2919, 292 Rn. 21 f– Sportwagenfoto; Urteil vom 16. 08. 2012 - I ZR 96/09 – Einzelbild; Urteil vom 06.10.2005 - I	174

ZR 266/02- Pressefotos). Im Rahmen der Ermittlung des objektiven Werts der Benutzungsberechtigung, der für die Bemessung der Lizenzgebühr maßgebend ist, müssen die gesamten relevanten Umstände des Einzelfalls in Betracht gezogen und umfassend gewürdigt werden. Im Zusammenhang mit der unberechtigten Nutzung einer Fotografie im Internet wird es dabei unter anderem auf die Intensität der Nutzung, insbesondere ihre Dauer, und die Qualität des Lichtbilds ankommen. Soweit damit objektiv eine Erhöhung des wirtschaftlichen Werts der Bildernutzung verbunden ist, wird ferner der für die Erstellung des Lichtbilds erforderliche Aufwand zu berücksichtigen sein (BGH, Urteil vom 13.09.2018 – I ZR 187/17 = GRUR 2019, 292 Rn. 21 f– Sportwagenfoto m.w.N.).

Maßgebliche Bedeutung kommt einer zur Zeit der Verletzungshandlung am Markt durchgesetzten eigenen Lizenzierungspraxis des Rechtsinhabers zu. Fehlt es daran, liegt es für die Festsetzung einer angemessenen Lizenzgebühr nahe, branchenübliche Vergütungssätze und Tarife als Maßstab heranzuziehen, wenn sich in dem maßgeblichen Zeitraum eine solche Übung herausgebildet hat (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2018 – I ZR 187/17 = GRUR 2019, 292 Rn. 21 f– Sportwagenfoto m.w.N.). 175

(2) 176

Eine entsprechende Lizenzierungspraxis des Klägers zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung auf dieser Grundlage ist nicht schlüssig vorgetragen. 177

Maßgebliche Bedeutung für die Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie kommt einer zur Zeit der Verletzungshandlung am Markt durchgesetzten eigenen Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaberin zu (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 93/19 = GRUR 2020, 990 – Nachlizensierung; GRUR 2019, 292 – Sportwagenfoto). Soweit der Rechtsinhaber die von ihm vorgesehenen Lizenzgebühren verlangt und auch erhält, rechtfertigt dieser Umstand die Feststellung, dass vernünftige Vertragsparteien bei Einräumung einer vertraglichen Lizenz eine entsprechende Vergütung vereinbart hätten. Werden die von geforderten Lizenzsätze für die eingeräumten Nutzungsrechte auf dem Markt gezahlt, können sie einer Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie zugrunde gelegt werden, selbst wenn sie über dem Durchschnitt vergleichbarer Vergütungen liegen (BGH, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 93/19 = GRUR 2020, 990 – Nachlizensierung). 178

Insofern ist nicht ausreichend, dass der Kläger ausweislich der auf seiner Homepage veröffentlichten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach den Gebührensätzen der MFM abrechnet. Mit der Vorlage seiner AGB lässt sich nicht nachweisen, dass der Kläger diese Vergütungspraxis für seine Fotos auch am Markt hat durchsetzen können. Die Annahme einer üblichen Vergütung setzt nämlich voraus, dass diese Preise am Markt auch tatsächlich gezahlt werden (BGH, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 93/19 = GRUR 2020, 990 – Nachlizensierung m.w.N.). 179

Die Durchsetzbarkeit von Lizenzgebühren nach der MFM-Tabelle hat der Kläger auch nicht durch die von ihm beigebrachten Rechnungen (Anlage K 14ff, Bl. 171 ff und Anlage BB2 und dem SS vom 06.11.2019) belegt. 180

Zunächst betreffen diese überwiegend nicht den maßgeblichen Zeitpunkt, da das Foto bereits im Jahr 2004 oder früher auf der Homepage der Schule eingestellt wurde. 181

Soweit die Rechnungen in etwa den Zeitraum der Abmahnung für die unberechtigte Nutzung betreffen (Rechnung vom 18.07.2012 an die Q2 (Anlage K17), die ein Foto der „Prager Burg“ 182

betrifft und die Rechnung vom 03.12.2011 an die Universität des T2 (Anlage K 18) und einige Rechnungen aus dem Anlagenkonvolut BB3 zum Schriftsatz vom 06.11.2019 (Rechnung vom 22.07.2012 über 967,50 € an die Uni U; Rechnung vom 22.09.2011 über 1.860,00 € an das Gymnasium C; Rechnung vom 17.08.2012 an die H2 über 1.430,00 €), geht aus diesen nicht eindeutig hervor, wie die Lizenzgebühren berechnet wurden. Dass die MFM-Tabelle Grundlage der Berechnung war, geht aus den Rechnungen ebenfalls nicht eindeutig hervor.

Schließlich betreffen – und dies ist maßgebend - sämtliche Rechnungen des Klägers allein 183
Nachlizensierungsgebühren wegen unberechtigter Nutzung von Lichtbildern. Selbst wenn diese von den in Anspruch genommenen (zur Abwendung eines gerichtlichen Verfahrens) bezahlt worden sein sollten, wäre dies jedoch nicht mit einer üblichen Lizenzierungspraxis des Klägers für die normale Überlassung von Lizenzen gleichzusetzen. Eine Lizenzierung nach Verletzung ist aber nicht ohne Weiteres geeignet, den objektiven Wert der bloß (zukünftigen) Nutzung zu belegen. Entgolten wird damit regelmäßig mehr als nur die einfache Nutzung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine förmliche Abmahnung vorausgegangen ist oder die Rechtsinhaberin unter Hinweis auf die Rechtsverletzung lediglich an den Verletzer herangetreten ist. In beiden Fällen stellen die nachfolgend vereinbarten „Lizenzgebühren“ nicht nur die Vergütung dar, die vernünftige Parteien als Gegenleistung für den Wert der künftigen legalen Benutzungshandlung vereinbart hätten; vielmehr bilden sie darüber hinaus regelmäßig eine Gegenleistung für die einvernehmliche Einigung über mögliche Ansprüche aus vorangegangener Rechtsverletzung. Dieser bei einem Nachlizensierungsvertrag gegenüber einer freihändigen Lizenz vergütete „Mehrwert“ steht typischerweise der Annahme entgegen, ein solcher Lizenzvertrag habe eine Indizwirkung für den „objektiven Wert der angemessenen Benutzungsberechtigung (BGH, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 93/19 = GRUR 2020, 990 – Nachlizensierung m.w.N.; GRUR 2009, 660 – Resellervertrag). In Lizenzvertragsverhandlungen wird ein Verletzer angesichts eines ansonsten drohenden Rechtsstreits häufig von dem Ziel geleitet sein, eine (kostenintensive Auseinandersetzung zu vermeiden. Damit geht eine stärkere Verhandlungsposition des Rechtsinhabers einher, der – gegen eine höhere Lizenzgebühr – den Verzicht auf eine gerichtliche Durchsetzung anbieten kann. Dass der Verletzer sich selbst in diese Lage gebracht hat, ändert an diesem Ungleichgewichts nichts (BGH, Urteil vom 18.06.2020 – I ZR 93/19 = GRUR 2020, 990 – Nachlizensierung).

3) 184

Da folglich eine Lizenzierungspraxis des Klägers zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht 185
feststellbar ist, sind branchenübliche Vergütungssätze und Tarife als Maßstab heranzuziehen, wenn sich in dem maßgeblichen Zeitraum eine solche Übung herausgebildet hat (vgl. BGH, I ZR 187/17 – Sportwagenfoto m.w.N.; Urteil vom 16.08.2012 – I ZR 96/09 – Einzelbild; Urteil vom 06.10.2005 - I ZR 266/02 - Pressefotos). Vorbringen des insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägers dazu fehlt vollständig. Damit kann nicht festgestellt werden, dass die MFM-Tabellen im Jahr 2011 und ggf. auch in den Jahren 2004 – 2010 die branchenüblichen Vergütungssätze widerspiegeln. Unabhängig davon erscheint es fraglich, ob die von der Mittelstandsvereinigung Fotomarketing, einer Interessenvertretung der Anbieterseite, einseitig erstellten MFM-Empfehlungen branchenübliche Vergütungssätze enthalten (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2018 – I ZR 187/17 = GRUR 2919, 292 Rn. 21 f– Sportwagenfoto m.w.N.).

4) 186

187

Gibt es keine branchenüblichen Vergütungssätze und Tarife, ist die Höhe der als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr vom Tatrichter gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach seiner freien Überzeugung zu bemessen. Dabei sind an Art und Umfang der vom Geschädigten beizubringenden Schätzgrundlagen nur geringe Anforderungen zu stellen; dem Tatrichter kommt zudem in den Grenzen eines freien Ermessens ein großer Spielraum zu. Die tatrichterliche Schadensschätzung unterliegt nur einer beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Überprüfbar ist lediglich, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Acht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. BGH, Urteil vom 13.09.2018 – I ZR 187/17 – Sportwagenfoto; Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 7/14 - Tauschbörse II, mwN).

Das Landgericht hat den Schaden danach gem. § 287 ZPO mit näherer Darlegung auf 700,00 € geschätzt. Einwendungen hiergegen hat das beklagte Land mit der Berufung nicht erhoben, so dass eine diesbezügliche Abänderung zu Gunsten des Berufungsführers nicht in Betracht kommt. 188

ee) 189

Der somit bestehende Schadenersatzanspruch des Klägers ist nicht nach § 254 BGB zu mindern. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so hängt danach die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Grundsätzlich findet die Regelung des § 254 BGB auch auf Schadensersatzansprüche nach § 97 Abs. 2 UrhG Anwendung. Ein Mitverschulden ergibt sich aber – anders als vom beklagten Land angenommen – nicht daraus, dass der Urheber oder Rechteinhaber das Werk im Internet nicht mit seinem Namen oder einem Schutzhinweis versieht. Ebenso wenig wie ein Sacheigentümer die ihm gehörenden Sachen muss der Urheber oder Leistungsschutzberechtigte sein Werk als seine Schöpfung kennzeichnen. Ein fehlender Hinweis ist kein Indiz dafür, dass ein Werk oder eine Leistung gemeinfrei ist (BGH, Urteil vom 12.11.2009 – I ZR 166/07 = GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de). 190

ff) 191

Damit ist aber auch die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs aus den bereits dargelegten Gründen nicht treuwidrig im Sinne von § 242 BGB. 192

gg) 193

Der Schadensersatzanspruch ist ebenfalls nicht verjährt. Der Schadensersatzanspruch verjährt nach § 195 BGB innerhalb von drei Jahren, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Aus den dargelegten Gründen begann die Verjährung am 31.12.2011. Aufgrund des erklärten Verzichts auf die Einrede der Verjährung war bei Klageerhebung auch der Schadenersatzanspruch daher nicht verjährt. 194

3. 195

196

Der Kläger hat gegen das beklagte Land einen Freistellungsanspruch aus § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG in Höhe von 459,40 €. Einwendungen gegen die diesbezügliche Verurteilung hat das beklagte Land mit der Berufung auch nicht erhoben.

4. 197

Der Kläger hat gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Auskunfterteilung. Dieser beschränkt sich allerdings auf den Zeitraum vom 09.04.2003 – 26.11.2004, da der darüberhinausgehende Anspruch ursprünglich bestand, jedoch durch Erfüllung untergegangen ist. 198

a) 199

Das Landgericht hat das beklagte Land auf den erstinstanzlichen Antrag dazu verpflichtet, „Auskunft über Art und Umfang der ggf. weiteren Nutzung der zu Ziff. 1 abgebildeten Fotografie“ zu erteilen. Insoweit hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aber klargestellt, dass sich der Klageantrag auf die konkrete Verletzungsform, wie im Urteilstenor zu Ziff. 1) beschrieben, beschränkt. Dem hat der Senat durch die klarstellende Abänderung des Tenors Rechnung getragen. 200

b) 201

Dem Kläger steht gegen das beklagte Land ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB zu. Voraussetzung für den Anspruch ist, dass aufgrund nachprüfbarer Tatsachen klare Anhaltspunkte für einen Anspruch bestehen (BGH, Urteil vom 10.05.2002 – I ZR 145/11 – Fluch der Karibik und Urteil vom 22.09.2011 I ZR 127/10 – Das Boot), über dessen Umfang der Klägerin entschuldbarer Weise im Ungewissen ist. 202

Grundsätzlich ist es denkbar, dass Lehrkräfte der F das Lichtbild auch in anderer Form im Internet veröffentlicht haben. Da offen ist, zu welchem Zeitpunkt genau das Bild vor dem 26.11.2004 auf die Homepage der Schule eingestellt wurde, bestehen klare Anhaltspunkte für einen Schadensersatzanspruch des Klägers für die Zeit vor dem 26.11.2004, wenn dieser noch nicht verjährt ist. 203

Dies ist im vorliegenden Fall beachtlich, da das beklagte Land die Verjährungseinrede ausdrücklich erhoben hat. Denkbare Schadensersatzansprüche für den Zeitraum vor November 2004 verjähren nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB unabhängig von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an. Auch insoweit ist jedoch zu beachten, dass das beklagte Land mit Schreiben vom 09.04.2013 auf die Einrede der Verjährung hinsichtlich der zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährten Ansprüche verzichtet hat. Damit kann sich das beklagte Land für die ab dem 09.04.2003 entstandenen Ansprüche nicht wirksam auf die Einrede der Verjährung zu berufen. Dies hat zur Folge, dass ein Auskunftsanspruch des Klägers für den Zeitraum ab dem 09.04.2003 besteht. 204

Die danach geschuldete Auskunft hat das beklagte Land nicht erteilt, so dass der Anspruch nicht erfüllt und untergegangen ist. Das beklagte Land hat lediglich erklärt dass nach dem ersten Anschreiben des Klägers das Foto von der Schulhomepage entfernt und nicht wieder eingestellt worden sei. Angaben zum konkreten Nutzungsbeginn fehlen jedoch. 205

Auch der Auskunftsanspruch ist aus den dargelegten Gründen nicht verjährt. 206

B. 207

Die zulässige Anschlussberufung hat in der Sache keinen Erfolg. 208

Dem Kläger steht aus §§ 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG kein Anspruch auf Zahlung weiteren Schadensersatzes zu. Aus den dargelegten Gründen haftet das Land zwar dem Grunde nach auf Zahlung von Schadensersatz, allerdings ist auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens eine Abänderung des angefochtenen Urteils zu Gunsten des Klägers nicht veranlasst. 209

1. 210

Den Anspruch auf Schadensersatz hat der Kläger grundsätzlich in zulässiger Weise nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie bemessen. Im Rahmen der Begründung der Anschlussberufung beruft sich der Kläger allerdings im Ergebnis allein darauf, dass der Anspruch nach der MFM-Tabelle (für 2011) zu berechnen sei. Dies ist nicht schlüssig. 211

Die vom Kläger zur Anwendung gebrachte Tabelle für 2011 kann nicht Grundlage für die Bemessung des Anspruchs sein. Abzustellen ist nämlich auf den Zeitpunkt der Verletzungshandlung. Für den vorliegenden Anspruch ist deshalb davon auszugehen, dass diese im November 2004 begangen wurde. Zu bemessen ist die Lizenzgebühr damit für den Zeitraum ab November 2004 bis Januar 2012 (7 Jahre und 3 Monate). Bereits aus der im Rechtsstreit vorgelegten MFM-Tabelle für das Jahr 2006 (Anlage BB3) ergibt sich indes eine deutlich andere Preisstruktur als für das Jahr 2011. So waren für Nutzungsrechte für bis zu 5 Jahren für Onlinedienste, Internet (Werbung und PR) und Webdesign eine Lizenz von 520 € ausgewiesen. Bei einer Nutzungsdauer-Verlängerung fielen 50 % pro zusätzlichem Zeitintervall an. Damit wäre die Gebühr um weitere 190,00 € zu erhöhen (50 % der Lizenzgebühr i.H.v. 390,00 € für 3 Jahre = 190,00 €). Ausgehend von der allgemeinen Preissteigerung kann unterstellt werden, dass die Gebühren im Jahr 2004 dann nochmals geringer waren als im Jahr 2006. 212

2. 213

Der Kläger hat – wie bereits ausgeführt – weder eine eigene Lizenzierungspraxis noch branchenübliche Vergütungssätze und Maßstäbe zum Zeitpunkt der Verletzungshandlung dargelegt. Damit ist die Höhe der als Schadensersatz zu zahlende Lizenzgebühr vom Tatrichter gemäß § 287 ZPO zu schätzen. Danach ergibt sich unter Berücksichtigung der wertbildenden Faktoren, die auch bei freien Lizenzverhandlungen auf die Höhe der Vergütung Einfluss gehabt hätten, jedenfalls keine höhere, als die vom Landgericht zugesprochene Lizenzgebühr. Fehler im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO sind nicht aufgezeigt worden. Solche sind auch nicht ersichtlich. Aus den ausgeführten Gründen kann insbesondere nicht auf die MFM-Tabelle von 2011 zurückgegriffen werden. Unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls ist damit nur feststellbar, dass die von einem Berufsfotografen gefertigte und dessen Ansprüchen genügende Aufnahme eines bekannten Bauwerks für die Dauer von 7 Jahren und drei Monaten auf der Homepage einer Grundschule eingestellt war. Anhaltspunkte dafür, dass auf Grundlage dieses Vorbringens die Bemessung der Lizenzgebühr durch das Landgericht fehlerhaft zu niedrig erfolgt ist, sind damit nicht ersichtlich. 214

Das Gegenteil ist der Fall. 215

Legt man der Schätzung nämlich die vorgelegte MFM-Tabelle für das Jahr 2006 zugrunde, so ergibt sich – wie ausgeführt – eine Gebühr von 710 €. Berücksichtigt man sodann, dass es 216

von 2004 bis 2006 erfahrungsgemäß zu einer Preissteigerung auch hinsichtlich der hier in Rede stehenden Gebühren gekommen sein dürfte, und dass sich der Verlust an Werbewirkung mit der Veröffentlichung auf der Internetseite eines einzelnen Gymnasiums in engen Grenzen hält, mithin der Zuschlag wegen des fehlenden Bildquellennachweises denkbar gering zu bemessen ist (vgl. Senat, Urt. v. 17.11.2015 – 4 U 34/15, juris), so ist die mit insgesamt 700 € veranschlagte Vergütung nicht zu beanstanden.

II. 217

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 Abs.1, 281 Abs. 3 S. 2, 709 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 218

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 219

Berichtigungsbeschluss vom 22.12.2020

Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH eingelegt - Az: I ZR 208/20