
Datum: 21.10.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 189/97
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:1021.6U189.97.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 28 O 457/96
Schlagworte: KLAMMERPOSE
Normen: URHG §§ 2, 23, 24, 97, 98, 101A
Leitsätze:

1. Weist der Vergleich zweier Fotos in allen wesentlichen Elementen einer gestellten und alsdann fotografierten Pose (hier: männliche Rückenansicht ohne Kopf mit waagerecht ausgebreiteten Armen, Frau in "Klammerhaltung" mit dem Betrachter zugewandtem Gesicht) deutliche Übereinstimmungen auf, sind Abweichungen in Details, die den Gesamteindruck unberührt lassen, nicht geeignet, den für § 24 UrhG notwendigen Abstand zu schaffen. 2. Zur Frage der Eigenart und Üblichkeit choreografischer Posen. 3. Für das Vorliegen einer Doppelschöpfung obliegt dem Urheber des später veröffentlichten Werkes die volle Beweislast, es sei denn, eine -möglicherweise in das Unterbewusstsein eingetauchte- Kenntnis des Werkes ist auszuschließen; hierzu kann ausreichen, dass der Schöpfer des späteren Werkes darlegen und beweisen kann, dass er die nach der Lebenserfahrung zu vermutende Kenntnis des älteren Werkes nicht besessen hatte. 4. Der Auskunftsanspruch nach § 101a UrhG ist verschuldensunabhängig. 5. Zur Frage der Schadensersatzverpflichtung bei Urheberrechtsverletzungen.

Tenor:

I.) Auf die Berufung der Klägerin wird das am 23.07.1997 verkündete Urteil der 28. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 28 O 457/96 - teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt: Die Beklagten werden unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, 1. es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von

100.000,00 DM zu unterlassen, das nachfolgend in Schwarz/Weiß-Kopie wiedergegebene Foto zu vervielfältigen, zu verbreiten oder sonst in den Verkehr zu bringen: pp. 2. der Klägerin über den Umfang der vorstehend unter Ziffer 1 bezeichneten Handlungen Auskunft zu erteilen, 3. die noch in ihrem Besitz befindlichen Vervielfältigungsstücke des vorstehend wiedergegebenen Foto zu vernichten. II.) Die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen. III.) Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten zu 9/10, die Klägerin zu 1/10. IV.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

Die selbständigen Berufungen der Parteien sind in formeller Hinsicht bedenkenfrei. Die Berufung der Klägerin hat nur zum Teil, die Berufung der Beklagten hingegen keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Landgericht der Klage bezüglich des Unterlassungsanspruchs stattgegeben. Auch der Begründung der angefochtenen Entscheidung schließt sich der Senat an. Er nimmt sie in Bezug und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen von ihrer erneuten Darstellung ab, § 543 Abs. 1 ZPO.

Die mit der Berufung der Beklagten gegen das angefochtene Urteil vorgebrachten Einwände greifen nicht durch. Die Klägerin, die aufgrund eines zwischen ihr und dem Kölner Fotografen und Bühnentänzers G.W. geschlossenen Wahrnehmungsvertrages und der im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 07.08.1998 unstreitig erfolgten Forderungsabtretung die urheberrechtlichen Befugnisse des Künstlers W. wahrzunehmen berechtigt ist, kann von den Beklagten gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG verlangen, daß diese das Inverkehrbringen, das Vervielfältigen und das Verbreiten der im Urteilstenor in Schwarz/Weiß-Fotokopie wiedergegebenen, von dem Beklagten zu 2) stammenden und in der von der Beklagten zu 1) herausgegebenen Zeitschrift "F.f.F." (Heft 4/96) abgedruckten Fotografie unterlassen. Denn mit dem Landgericht ist davon auszugehen, daß es sich bei der streitgegenständlichen Fotografie des Beklagten zu 2) (nachfolgend "Sch.-Foto" genannt) um eine Bearbeitung der von dem Fotografen W. im Jahre 1989 geschaffenen und seither als Postkarte verbreiteten, nachfolgend zur Verdeutlichung ebenfalls wiedergegebenen Abbildung (fortan als "W.-Foto" bezeichnet) handelt:

pp.

Zu Recht ist das Landgericht in Übereinstimmung mit dem Vortrag beider Parteien davon ausgegangen, daß das W.-Foto ein Lichtbildwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 in Verbindung mit Absatz 2 UrhG darstellt und deshalb Urheberrechtsschutz genießt. Es hat zutreffend herausgestellt, daß es sich bei dem W.-Foto um eine künstlerische Fotografie und damit um eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG handelt, und daß eine solche bereits in der Wahl des Motivs liegen könne. Der Senat folgt dem Landgericht auch in seiner Annahme, daß das Foto die abgebildete Tänzerin in einer ballettuntypischen, individuell gestellten und kein herkömmliches Tanzelement wiedergebenden Pose darstellt. Hinzu kommt der besondere "Ausschnitt", den das W.-Foto zeigt, indem nämlich der Körper des dort abgebildeten Mannes, den die Frau mit ihren Armen und Beinen umklammert, nicht vollständig zu sehen ist. Vielmehr zeichnen die rechtwinklig zur Seite hoch genommenen, ebenso wie der Kopf nicht vollständig zu sehenden, "abgeschnittenen" und balkenförmig wirkenden Arme des Mannes den oberen Bildrand nach. Auch die Beine des Mannes sind

nicht vollständig sichtbar und wirken infolge des gewählten Bildausschnittes "abgeschnitten".

Das beanstandete Sch.-Foto kommt der W.-Abbildung im Gesamteindruck der prägenden Merkmale so unverkennbar nahe, daß eine freie Bearbeitung im Sinne des § 24 UrhG nicht angenommen werden kann, vielmehr von einem Anwendungsfall des § 23 UrhG auszugehen ist. Bei der Prüfung der Frage, ob es sich um ein selbständiges, in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffenes Werk handelt, gelten strenge Maßstäbe (Schricker, Urheberrecht, 1987, § 24 UrhG Rdnr. 11). Für die Annahme einer freien Benutzung kommt es darauf an, ob das fremde Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen worden ist, sondern nur als Anregung für das eigene Werkschaffen gedient hat (Schricker, a.a.O., Rdnr. 9).

7

Hiernach kann von einer freien Bearbeitung durch den Beklagten zu 2) nicht ausgegangen werden. Zwar ist es richtig, daß die beiden Fotografien dann, wenn man sie gegenüberstellt sieht und betrachtet, in einzelnen, allerdings als untergeordnet zu bezeichnenden Punkten Unterschiede aufweisen, z.B. bei der Bekleidung der auf den Fotografien abgebildeten Personen und bei der Blickrichtung der jeweiligen, den Mann mit ihren Beinen umklammernden Frau (die Frau auf dem W.-Foto schaut rechts an dem Mann vorbei, beim Sch.-Foto ist dies umgekehrt). Diese Abweichungen sind jedoch als marginal zu bezeichnen. Denn im Gesamteindruck der die besondere Eigenart des Bildes prägenden Merkmale kommt die streitgegenständliche Fotografie der W.-Abbildung so nahe, daß vorhandene Abweichungen im Detail die besondere Eigenart des Bildes nicht verändern und demgemäß nicht geeignet sind, den für § 24 UrhG notwendigen Abstand zu schaffen. Denn der Vergleich der beiden Fotos zeigt, daß sie in allen wesentlichen Elementen der gestellten und fotografierten Pose und der abgebildeten Personen übereinstimmen. Auch bei dem Sch.-Foto findet sich im wesentlichen der gleiche "Bildausschnitt" wie bei dem W.-Foto. Hier wie dort bilden die waagerecht ausgestreckten Arme des Mannes praktisch die obere Bildbegrenzung, hier wie dort ist nur ein Teil des männlichen Körpers sichtbar. Auch bei dem Sch.-Foto kann man den Kopf des Mannes nicht sehen, auch hier wirken die Arme und auch die Beine des abgebildeten Mannes infolge des gewählten Bildausschnittes "abgeschnitten". Bei beiden Fotografien wirkt der Mann, der dem Betrachter den Rücken zuwendet, dadurch weniger als Person, sondern eher als ein lebloser Gegenstand ohne Kopf und ohne Gesicht, der nur dazu dient, der Frau in ihrer "Klammerpose" Halt zu geben. Das trägt dazu bei, daß sich der Betrachter sowohl die Gesichter als auch die besondere Körperhaltung der beiden abgebildeten Frauen einprägt.

8

Weist das streitgegenständliche Foto aber die wesentlichen, das W.-Foto prägenden Gestaltungsmerkmale auf, und folgt daraus zugleich, daß das von W. geschaffene Werk dem Beklagten zu 2) nicht nur als Anregung zu eigenem künstlerischem Schaffen gedient hat, sondern von ihm mit geringen Abwandlungen in seinen maßgeblichen Merkmalen übernommen worden ist, wäre eine andere Beurteilung allenfalls dann geboten, wenn die in Rede stehenden Pose tatsächlich, wie die Beklagten geltend machen, im modernen Ballett weithin verbreitet und üblich wäre. Denn in diesem Fall käme vorhandenen Unterschieden in den beiden Darstellungen ein höheres Gewicht zu. Es kann jedoch in tatsächlicher Hinsicht nicht davon ausgegangen werden, daß es sich bei der in Rede stehenden Pose um eine solche handelt, die sich üblicherweise im modernen Ballett wiederfindet. Gerade das von den Beklagten im Verlaufe des Rechtsstreits selbst vorgelegte Bildmaterial (Blatt 4 - 24 des Anlagenhefters) belegt das. Zwar kann danach ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß "Klammerposen" bei modernen Choreographien in vielfältigen Variationen vorkommen. Alle von den Beklagten und auch alle von der Klägerin vorgelegten Vergleichsbilder zeigen aber allenfalls ähnliche, auf keinen Fall aber annähernd gleiche oder gar identische

9

Klammerposen. Einzig das von den Beklagten mit Schriftsatz vom 24.07.1998 als Anlage BB 1, dort drittes Foto von links (Blatt 209 d.A.), zu den Akten gereichte, dem Internet entnommene Foto weist eine große Ähnlichkeit mit dem streitgegenständlichen Sch.-Foto und mithin auch dem W.-Foto auf. Dieses Foto belegt für sich allein genommen jedoch nicht die behauptete Üblichkeit der dargestellten Pose in modernen Ballettchoreographien. Deshalb kommt es im übrigen nicht darauf an, daß nicht ersichtlich und erst recht nicht vorgetragen ist, wann, wie und wo dieses Foto, das im übrigen durchaus eine unfreie Bearbeitung des Sch.-Fotos sein könnte, hier in der Bundesrepublik Deutschland Verbreitung gefunden hat.

Der Einwand der Doppelschöpfung, also die voneinander völlig unabhängige Entstehung zweier identischer oder - wie hier - im wesentlichen gleicher Werke, hilft den Beklagten nicht. In einem solchen Fall kann trotz der objektiven Übereinstimmungen der sich gegenüberstehenden Werke von einer unzulässigen Entlehnung und damit einer unfreien Bearbeitung im Sinne des § 23 UrhG nicht ausgegangen werden. Dabei trägt nach allgemeiner Meinung der Urheber des später veröffentlichten Werkes, hier also der Beklagte zu 2), für das Vorliegen einer Doppelschöpfung die volle Beweislast, es sei denn, eine - möglicherweise in das Unterbewußtsein untergetauchte - Kenntnis von dem älteren Werk ist auszuschließen (Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. Auflage 1994, Anhang § 24 Rdnr. 11). Hierzu reicht es unter bestimmten Voraussetzungen aus, daß der Schöpfer des späteren Werkes darlegen und auch beweisen kann, daß er die nach der Lebenserfahrung zu vermutende Kenntnis des älteren Werks nicht hatte. Diesen Beweis haben die Beklagten nicht erbracht. 10

Mit dem Landgericht vermochte sich auch der Senat auf der Grundlage der Bekundungen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen H. und T. nicht davon zu überzeugen, daß der Beklagte zu 2) von dem W.-Foto keine Kenntnis hatte, als er die streitgegenständliche Fotografie aufnahm. Zwar haben beide Zeugen in Übereinstimmung mit dem Sachvortrag der Beklagten sinngemäß bekundet, die Posen seien nicht von ihnen vorgegeben, sondern allenfalls vorgeschlagen worden, die endgültige Darstellung einschließlich des auch das Sch.-Foto prägenden besonderen Ausschnitts des Bildes (mit dem Rücken zum Betrachter stehender Mann ohne Kopf mit zur Seite waagerecht ausgebreiteten Armen, die ebenso wie die Beine "abgeschnitten" wirken, Umklammerungspose der Frau) sei von dem Beklagten zu 2) bestimmt worden. Beide Zeugen haben überdies angegeben, die Idee zu der Pose, die letztenendes Eingang in das Foto gefunden hat, sei dadurch entstanden, daß der Zeuge T. am Hals der auf dem Sch.-Foto abgebildeten Zeugin H. ein kleines Kreuz gesehen habe, dieses Kreuz habe ihn auf den Gedanken gebracht habe, eine Kreuzform für das Foto zu verwenden. 11

Diese Zeugenaussagen belegen zwar, daß das streitbefangene Foto aus einer Arbeitssituation heraus entstanden ist und der Beklagte zu 2) die Pose den Darstellern nicht von vornherein vorgegeben hat. Sie lassen jedoch nicht mit der für § 286 Abs. 1 ZPO nötigen Sicherheit den Rückschluß zu, der Beklagte zu 2) habe eine von dem Zeugen T. ausgehende Idee umgesetzt, ohne das W.-Foto - bewußt oder unbewußt - gekannt zu haben. Vermag der Senat demgemäß ebenso wie das Landgericht nicht mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen, daß sich der Beklagte zu 2) bei der Erstellung der streitgegenständlichen Fotografie von einer - möglicherweise nur in seinem Unterbewußtsein haften gebliebenen - Kenntnis von dem W.-Foto hat inspirieren und leiten lassen, gehen diese Zweifel zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten. Anderes würde nur dann gelten, wenn aufgrund anderer Umstände eine bewußte oder unbewußte Kenntnis des Beklagten zu 2) ausgeschlossen werden könnte. Das wäre nach Auffassung des Senats dann der Fall, 12

wenn entgegen der von den Beklagten bestrittenen Behauptung der Klägerin von einer Verbreitung des W.-Fotos vor der im Oktober 1994 erfolgten Fertigung des streitgegenständlichen Fotos nicht ausgegangen werden könnte, weil dann eine Möglichkeit zur Kenntnisnahme nicht vorhanden gewesen wäre. Wenngleich in diesem Zusammenhang der von der Klägerin ins Feld geführte, das W.-Foto enthaltende und verbreitete Fotoband schon deshalb ohne Bedeutung ist, weil er unstreitig erst nach Oktober 1994 erschienen ist, steht aufgrund der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme jedoch fest, daß das W.-Foto dem Vortrag der Klägerin entsprechend in Form einer Fotopostkarte seit 1989 vertrieben worden ist. Der Zeuge R. hat glaubhaft und zur Überzeugung des Senats bekundet, das W.-Foto sei 1989 als Postkarte in einer Auflage von 3000 Stück gedruckt worden. Bis zum Jahr 1998 seien insgesamt 1100 dieser Postkarten weiterveräußert worden. Definitiv könne er sagen, daß 20 Stück der hier in Rede stehenden Postkarten vor dem 31.01.1993 an das Fotografieforum in Frankfurt, dem Wohnort des Beklagten zu 2), gegangen seien. Die eigenen Läden habe man mit mindestens fünf, sofern es Drehstände gegeben habe, auch mit 20 Postkarten beliefert. Im übrigen sei es üblich gewesen, die Großhändler mit Mustern zu beliefern, diese hätten dann gegebenenfalls nach einiger Zeit Bestellungen geordert.

Aufgrund dieser Bekundungen des Zeugen R., deren Richtigkeit anzuzweifeln der Senat keinen Anlaß sieht, steht fest, daß das W.-Foto vor Oktober 1994 jedenfalls in mehreren deutschen Orten, u.a. im Wohnort des Beklagten zu 2), in einer nicht völlig zu vernachlässigenden Stückzahl in den Verkehr gelangt ist, der Beklagte zu 2) also die Möglichkeit hatte, dieses Foto zur Kenntnis zu nehmen. Auch die Zeugin L. hat nicht ausschließen können, daß das W.-Foto zum Bestand des Fotografieforums in Frankfurt gehörte, als sie dessen Leitung im Jahre 1992 übernahm. Ist deshalb wegen der zwar nicht sonderlich stark ausgeprägten, aber vorhandenen Verbreitung des W.-Fotos von einer möglichen Kenntnisnahme des Beklagten zu 2) vor Oktober 1994 auszugehen, wäre es seine Sache gewesen, den Nachweis zu führen, daß er keine bewußte oder unbewußte Kenntnis von dem W.-Foto hatte. Hieran fehlt es. 13

Ist der Berufung der Beklagten demgemäß der Erfolg versagt, weil die Beklagten gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG zur Unterlassung und gemäß § 98 Abs. 1 UrhG zur Vernichtung vorhandener Vervielfältigungstücke des Sch.-Fotos verpflichtet sind, hat die Berufung der Klägerin teilweise Erfolg. Denn das Landgericht hat zwar die Schadenersatzfeststellungsklage zu Recht, die Auskunftsklage aber zu Unrecht abgewiesen. 14

Das Landgericht hat angenommen, die Klägerin verlange Rechnungslegung, ein solcher Anspruch stehe ihr aber nicht zu, weil nicht sicher sei, ob der Beklagte zu 2) das W.-Foto gekannt habe, deshalb fehle es an dem für das Rechnungslegungsbegehren notwendigen Verschulden, welches die Klägerin darzulegen habe. Diese Begründung trägt die Klageabweisung nicht. Denn trotz der - das ist dem Landgericht zuzugeben - mißverständlichen Formulierung des insoweit in erster Instanz angekündigten und gestellten Klageantrags wollte die Klägerin offensichtlich nicht Rechnungslegung, sondern - wie der Hinweis auf § 101 a UrhG auf Seite 4 der Klageschrift zeigt - lediglich Auskunft verlangen. Dieser Auskunftsanspruch aus § 101 a Abs. 1 UrhG steht der Klägerin aber auch dann zu, wenn die Beklagten ein Verschulden nicht trifft. Denn anders als der aus §§ 97 UrhG, 242 BGB folgende Rechnungslegungsanspruch setzt der dem Urheber aus § 101 a UrhG zustehende Auskunftsanspruch nach allgemeiner Meinung ein Verschulden des Verletzers nicht voraus (vgl. die Nachweise bei Fromm/Nordemann, a.a.O., § 97 Rdnr. 27). 15

Der Schadenersatzfeststellungsanspruch der Klägerin ist demgegenüber unbegründet. Das Landgericht ist hier in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht zutreffend davon ausgegangen, 16

daß dieser Anspruch ein Verschulden der Beklagten voraussetzt und daß die im Rahmen des Schadenersatzfeststellungsanspruchs insoweit darlegungs- und beweispflichtige Klägerin die (unbewußte) Kenntnis der Beklagten von der Existenz des W.-Fotos nicht nachgewiesen hat. Der Senat nimmt die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen in Bezug, § 543 Abs. 1 ZPO. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang meint, die Beklagten haften auch nach Bereicherungsrecht, insoweit komme es auf Verschulden nicht an, rechtfertigt dies keine abweichende Entscheidung. Denn die Klägerin hat die Feststellung der Schadenersatzpflicht der Beklagten und nicht ihre Herausgabe- und Wertersatzpflicht nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) beantragt.

Allerdings weiß die Beklagte zu 1) seit dem Zugang der Abmahnung der Klägerin und damit seit dem 26.06.1996, daß die Klägerin die Veröffentlichung des streitgegenständlichen Fotos als Urheberrechtsverletzung ansah. Der Beklagte zu 2) - das folgt aus dem Inhalt seiner eidesstattlichen Versicherung vom selben Tage, die er in dem Rechtsstreit 28 O 311/96 Landgericht Köln abgegeben hat - hat von dem W.-Foto spätestens seit dem 28.07.1996 positive Kenntnis. Er kennt damit jedenfalls seit diesem Tag die Umstände, die seine Unterlassungspflicht begründen. Diese Kenntnis der Beklagten rechtfertigt das Schadenersatzfeststellungsbegehren gleichwohl nicht. Denn es steht nicht fest, daß die Beklagten das streitbefangene Foto nach dem 25.06. bzw. dem 27.07.1996 verbreitet und dadurch Rechte der Klägerin verletzt haben. Damit fehlt es aber für den Zeitraum nach dem 26.06. bzw. dem 28.07.1996 an der für den Schadenersatzfeststellungsanspruch notwendigen Verletzungshandlung. 17

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 18

Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO festzusetzende Beschwer der Parteien beträgt jeweils weniger als 60.000,00 DM. 19