
Datum: 02.02.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 117/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0202.6U117.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 28 O 151/05
Normen: UrhG §§ 2 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2, 97 Abs. 1; MarkenG § 14 Abs. 2 u. 6; BGB § 242

Tenor:

I.) Auf die Berufung des Beklagten wird das am 12.4.2006 verkündete Teilurteil der 28. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 28 O 151/06 – teilweise abgeändert und im Hauptausspruch insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.) Der Beklagte wird verurteilt,

a) es zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu

unterlassen, im geschäftlichen Verkehr und insbesondere auf der Internetseite www.U-B.com zum Zwecke der Werbung für kontorsionistische Darbietungen die Bezeichnung „B“ zu verwenden;

b) der Klägerin vollständig und lückenlos Auskunft darüber zu erteilen, wann und wo er seit dem 1.1.1999 für kontorsionistische Darbietungen die Bezeichnung „B“ verwendet hat.

2.) Es wird festgestellt, dass der Beklagte der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen hat, der dieser aus den vorstehend unter Ziff. 1 a) beschriebenen Handlungen seit dem 1.1.1999 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

3.) Die Widerklage wird abgewiesen.

II.) Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 2/3 und der Beklagte 1/3 zu tragen.

III.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann jedoch die Vollstreckung des Unterlassungs- und des Auskunftsanspruches durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 10.000 € und hinsichtlich der Auskunftsverpflichtung 5.000 €.

Die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches können die Parteien durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.) Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung

1

I

2

Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Gegen das Urteil hat nur der Beklagte Berufung eingelegt, mit der er ausschließlich die vollständige Abweisung der Klage begehrt. Gegen die Abweisung der Widerklage richtet sich seine Berufung nicht. Die Klägerin verteidigt das Urteil, soweit es angefochten ist, und stellt zu ihrem Auskunftsbegehren (Urteilstenor zu 2) den aus der Klageerwiderung (Bl. 384) ersichtlichen Hilfsantrag, dessen Zurückweisung der Beklagte ebenfalls beantragt.

3

In der mündlichen Berufungsverhandlung ist unstreitig geworden bzw. geblieben, dass die Klägerin im Jahre 1995 ihren letzten eigenen Auftritt hatte und anschließend ihre vier ebenfalls aus Asien stammenden Schülerinnen unter – ausschließlich - ihrer Anleitung bei dem Zirkus S aufgetreten sind. Sowohl der letzte Auftritt der Klägerin als auch die kontorsionistischen Auftritte ihrer Schülerinnen sind auf bei den Akten befindlichen DVD (Anlagen I – III des Schriftsatzes des Beklagten vom 2.11. 2006) festgehalten. Im Jahre 1996 ist sodann von jener u.a. unter der Bezeichnung "U Ensemble" auftretenden Gruppe von

4

Schülerinnen der Klägerin das Stück "B" im C'er G aufgeführt worden. Dieser Aufführung, auf die das Landgericht die klägerischen Ansprüche konkretisiert hat und deren Aufzeichnung auf DVD ebenfalls in den Prozess eingeführt ist (Anlage K 34), haben zwar Elemente des vorangegangenen Auftritts der Gruppe im Zirkus S zugrundegelegen, die Darbietung ist aber vor dem Auftritt unter Mitwirkung einer als Zeugin benannten Frau O überarbeitet worden. Bei der Zeugin handelt es sich um eine nicht aus Asien stammende Dramaturgin. Das Ausmaß ihrer Mitarbeit ist zwischen den Parteien streitig.

II

5

Die Berufung ist zulässig und hat teilweise auch in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht der mit ihrem Klageantrag zu 1 a) geltendgemachte Unterlassungsanspruch nicht zu.

6

Demgegenüber sind – jeweils allerdings in modifizierter Form - der mit dem Antrag zu 1 b) geltendgemachte Antrag, soweit er auf die Unterlassung der Bezeichnung "B" gerichtet ist, und der mit dem Klageantrag zu 3) geltendgemachte Auskunftsanspruch, sowie hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnung "B" der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht begründet.

1.

7

Mit dem Klageantrag zu 1. a) soll dem Beklagten untersagt werden, die dort näher beschriebene kontorsionistische Darbietung "B" öffentlich darzustellen oder aufzuführen oder zu bearbeiten oder darstellen, aufzuführen oder bearbeiten zu lassen und die Darbietung im geschäftlichen Verkehr wie im Internet anzubieten. Ein solcher, ausschließlich aus §§ 2 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2; 97 Abs. 1 UrhG in Betracht kommender Anspruch besteht indes nicht. Der allein streitgegenständlichen Darbietung des kontorsionistischen Stückes "B" im C'er G dürfte zwar die gemäß § 2 Abs. 2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe zukommen, es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin auch nur Miturheberin des Werkes wäre.

8

a)

9

Kontorsionistische, also solche tänzerischen Darbietungen, bei denen die Tänzerinnen ihre Körper extrem und so verbiegen, dass es den Anschein hat, als handle es sich um Menschen ohne Knochen, können als Werke der Tanzkunst gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. 3 UrhG urheberrechtlichen Schutz genießen. Die dafür gemäß § 2 Abs. 2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe wird allerdings nur dann erreicht, wenn die Darbietung über bloß akrobatische Leistungen hinausgeht. Erforderlich ist, dass durch die akrobatischen Bewegungen in origineller Vielfalt der tänzerischen Bewegungs- und Körpersprache ein besonderer künstlerischer Ausdruck manifestiert wird. Es ist mithin Voraussetzung, dass mit den Gestaltungsformen der Bewegung, Gebärden und Mimik der Tänzerinnen ein erfahrbarer Inhalt der Darbietung zum Ausdruck kommt, der über die bloße Aneinanderreihung von - auch höchst schwierigen - akrobatischen Übungen hinaus ein zusätzliches künstlerisches Anliegen vermittelt (vgl. Wandtke/Bullinger/Bullinger § 2 Rdz. 74 f; Schricker-Loewenheim § 2 Rdz. 128 m.w.N.). Danach sind akrobatische Leistungen, auch soweit sie höchsten Anforderungen genügen, nicht von vornherein als Werke der Tanzkunst urheberrechtlich geschützt. Eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG und damit urheberrechtlicher Schutz kann derartigen akrobatischen (Höchst-) Leistungen nur dann zuerkannt werden, wenn neben oder vor den sportlichen bzw. gymnastischen Aspekt ein künstlerisch-tänzerisches Element tritt, das der Darbietung insgesamt eine über die bloße Akrobatik hinausgehende künstlerische Qualität verleiht (vgl. BGH GRUR 1960, 604 f – "Eisrevue I"; 1960, 606 – "Eisrevue II"; Bullinger a.a.O. Rdz. 79; Loewenheim a.a.O. Rdz. 129).

10

b)	11
Ausgehend hiervon dürfte der Darbietung der Gruppe im C'er G die erforderliche Schöpfungshöhe zukommen. Es handelt sich wovon sich der Senat anhand der vorgelegten DVD-Aufzeichnungen ein eigenes Bild gemacht hat - um eine in sich geschlossene Darbietung einer Folge ausdrucksstarker Bewegungselemente, in denen zumindest kundige Betrachter entsprechend der Intention der Gruppe künstlerisch stilisierte Anspielungen auf das Bild der hinduistischen Gottheit Vishnu, die vier Köpfe und acht Arme aufweist, erkennen werden. Es liegt aus diesen Gründen nahe, der Aufführung des Stückes "B" im C'er G urheberrechtlichen Schutz zuzubilligen. Letztlich kann diese Frage aber auf sich beruhen, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Klägerin Urheberin oder auch nur Miturheberin des dann geschützten Werkes gewesen ist.	12
c)	13
Die Klägerin war, wie sie unter Beweisantritt vorgetragen hat (vgl. Berufung S. 6 f, SS v. 26.08.2005 S. 10 ff.), an der Vorbereitung und Ausgestaltung der Aufführung im C'er G maßgeblich und in erheblichem zeitlichen Umfang beteiligt. Im Hinblick auf die Dramaturgie der Aufführung ist die als Zeugin benannte Frau O hinzugezogen worden. Diese hat zur Einstudierung des Stückes auf einzelne Figuren zurückgreifen können und müssen, die die Gruppe – und zwar unter Anleitung der Klägerin – bereits vorher bei ihren Auftritten im Zirkus S gezeigt hatte. Eine (Mit-) Urheberschaft der Klägerin an dem später in C aufgeführten Werk würde deshalb dann bestehen, wenn bereits diese Grundelemente, auf die die Dramaturgin sodann zurückgegriffen hat, ihrerseits die erforderliche Schöpfungshöhe aufgewiesen hätten. Stellten demgegenüber die einzelnen im Zirkus S dargebotenen Auftritte "lediglich" akrobatische Höchstleistungen dar, so ist die Klägerin nicht schon dadurch später zur Miturheberin eines schutzfähigen Werkes der Tanzkunst geworden, dass zu dessen Gestaltung auf eben diese akrobatischen Elemente zurückgegriffen worden ist. Es lässt sich indes nicht feststellen, dass der Darbietung der Gruppe im Zirkus S, also ohne Einflussnahme durch die Dramaturgin O, bereits die erforderliche Schöpfungshöhe zugekommen ist. Die hierzu vorgelegte DVD-Aufzeichnung zeigt einzelne kontorsionistische Darbietungen, die einen atemberaubenden Eindruck höchster Schwierigkeit vermitteln. Den damaligen Auftritten fehlte aber der aus den vorstehenden Gründen zu fordernde künstlerische Überbau. Die Darbietung erschöpft sich in der Präsentation dieser artistischen Fähigkeiten von "Menschen ohne Knochen", ohne darüber hinaus künstlerische Ambitionen zu vermitteln. So finden sich in jener Aufführung – ganz anders als bei derjenigen später im C'er G – keinerlei Anklänge an die hinduistische Gottheit Vishnu und stellt sich überhaupt die Gesamtdarbietung lediglich als eine "bloße" Aneinanderreihung einzelner akrobatischer Höchstleistungen auf dem Gebiet der Kontorsionistik dar. Der Zuschauer wird – so vermittelt es die Aufzeichnung – den Zirkus S in dem Bewusstsein verlassen haben, von der Gruppe eine circensische Höchstleistung, nämlich eine Aneinanderreihung geradezu unvorstellbarer akrobatischer Leistungen, erlebt zu haben. Er wird demgegenüber nicht – was bei Zirkusauftritten in der Regel auch nicht erwartet wird – die Empfindung gehabt haben, Zuschauer einer künstlerischen Darbietung gewesen zu sein, mit der über die bloße Akrobatik hinausgehend eine persönliche geistige Schöpfung habe zum Ausdruck gebracht werden sollen.	14
Vor diesem Hintergrund kann den einzelnen akrobatischen Nummern der ursprünglichen Darbietung auch nicht unter dem Gesichtspunkt der "kleinen Münze" urheberrechtlicher Schutz gewährt werden (vgl. dazu Loewenheim a.a.O., Rdz. 130). Auch die "kleine Münze" setzt eine gewisse Schöpfungshöhe voraus, an der es indes aus den dargestellten Gründen fehlt.	15

Ist infolgedessen die Klägerin nicht schon deshalb Miturheberin der Aufführung im G, weil diese Darstellung ihrerseits auf der S-Vorstellung aufbaute, so könnte eine entsprechende Rechtsposition nur aus dem Umstand folgen, dass gerade ihre Art der Beteiligung an der Aufführung im G die den Urheberrechtsschutz veranlassende Schöpfungshöhe gestalterisch mitherbeigeführt hat. Das aber kann ihrem Vorbringen nicht entnommen werden. Sie trägt vor, die "einzelnen Figuren" den einzelnen Künstlerinnen beigebracht zu haben: damit ist (nur) die Vervollkommung der akrobatischen Leistung angesprochen. Auf den Umfang ihrer zeitlichen Beteiligung im Verhältnis zum Zeitaufwand von Frau O kommt es nicht an. Ihr Vortrag, sie habe viel Zeit für die Aufführung "auf der großen Bühne" investiert, lässt keinen Schluss zu, dass sie an den choreographischen Einfällen beteiligt war, die den Urheberrechtsschutz der Aufführung begründet haben mögen.	16
Hat die Klägerin damit zu der Aufführung im C'er G nur solche akrobatischen kontorsionistischen Elemente beigetragen, denen die für einen urheberrechtlichen Schutz aus § 2 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe nicht zukommt, so ist sie auch dann nicht Miturheberin geworden, wenn dem späteren Auftritt im C'er G die erforderliche Schöpfungshöhe beizumessen ist.	17
2.	18
Demgegenüber hat die Berufung des Beklagten keinen Erfolg, soweit sie sich gegen seine Verurteilung zur Unterlassung der Bezeichnung "B" (Urteilstenor Ziff. 1. b)) richtet. Die Klägerin ist Inhaber der Wortmarke "B1". Dass hinsichtlich dieser Wortmarke Verwechslungsgefahr mit der von dem Beklagten für kontorsionistische Darbietungen verwendeten Bezeichnung "B" besteht, hat die Kammer zutreffend angenommen (Urteil Seite 14 f) und wird von dem Beklagten auch nicht angegriffen.	19
Dieser meint zunächst, die Klägerin habe die Weiternutzung der Bezeichnung "B" durch ihn geduldet, nachdem die Parteien bis zu ihrer persönlichen Trennung die Bezeichnung gemeinsam genutzt gehabt hätten und der Klägerin auch die anschließende Weiternutzung durch ihn bekannt gewesen sei. Dieser Einwand greift nicht durch: Die Parteien sind seit ihrer Trennung im Jahre 1999 völlig zerstritten und haben eine Anzahl von Rechtsstreitigkeiten gegeneinander geführt. Dies verbietet die Annahme, das bloße Geschehenlassen durch die Klägerin stelle eine Einwilligung mit der Benutzung der hochgradig verwechslungsfähigen Bezeichnung dar.	20
Die Klägerin war entgegen dem Haupteinwand des Beklagten bei Anmeldung ihrer Marke auch nicht "bösgläubig", weil sie gewusst hat, dass der Beklagte die Bezeichnung seit dem Jahre 1999 unabhängig von ihr seinerseits für kontorsionistische Darbietungen nutzte. Die Anmeldung einer Marke kann sich allerdings als rechtsmissbräuchlich darstellen, wenn das Zeichen von einem Dritten bereits vor der Anmeldung benutzt worden ist und weitere Umstände hinzutreten, die den Rechtserwerb als sittenwidrig erscheinen lassen (ständige Rechtsprechung, BGH GRUR 89, 1034, 1036 – "Makalu"; GRUR 98, 412, 414 – "Analgin"). Ein solcher zusätzlicher subjektiver Umstand kann dann vorliegen, wenn der Vorbenutzer einen schutzwürdigen Besitzstand im Inland begründet hat und der Kennzeicheninhaber in Kenntnis dieses Besitzstandes die Eintragung der Marke ohne rechtfertigenden Grund betreibt, um den Besitzstand zu stören, oder den Gebrauch des Zeichens sogar zu sperren (BGH a.a.O.; näher Ingerl/Rohnke, Markengesetz, vor §§ 14 bis 19 Rdz. 167 m.w.N.). All diese Voraussetzungen liegen ersichtlich nicht vor: Es fehlt schon an jeder Darlegung des Beklagten dazu, in welchem Umfang er in der Vergangenheit die Darbietung "B" überhaupt zur Aufführung gebracht haben will. Es kann damit bereits nicht von dem Erwerb eines erheblichen Besitzstandes auf Seiten des Beklagten im Zeitpunkt der Markenanmeldung	21

durch die Klägerin ausgegangen werden. Es kommt hinzu, dass der Eintragung der Marke ersichtlich im Sinne der vorstehenden Rechtsprechung ein "rechtfertigender Grund" zur Seite stünde: Die Klägerin hatte nämlich gerade unter der Bezeichnung "B" durch vorangegangene Aufführungen ihrerseits bereits einen schutzfähigen Werktitel erlangt.

Aus den vorstehenden Gründen greift schließlich auch der weitere Einwand der Verwirkung nicht. Es fehlt aus den vorgenannten Gründen bereits an der Darlegung eines markenrechtlichen Besitzstandes des Beklagten, darüber hinaus konnte dieser aus den Gesamtumständen auch nicht im Zeitpunkt der Zustellung der Klage im Januar 2005 schon annehmen, er dürfe die Bezeichnung weiter ungestört verwenden. 22

Dem Beklagten ist einzuräumen, dass die tenorierte Fassung des Unterlassungsanspruches dem Begehren der Klägerin nicht exakt entspricht. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich aber eindeutig, dass diese das Verbot der Bezeichnung "B" für kontorsionistische Darbietungen durch den Beklagten erstrebt. Der Senat hat den Wortlaut des Urteilstenors dementsprechend klargestellt. 23

3. 24

Der Klägerin stehen wegen der Markenrechtsverletzung aus § 14 Abs. 6 MarkenG Schadensersatzansprüche zu. Zur Vorbereitung von deren Bezifferung hat sie darüber hinaus aus §§ 14 Abs. 2 Ziff. 2, Abs. 6 MarkenG, 242 BGB den mit ihrem Antrag zu 3. verfolgten Anspruch auf Auskunftserteilung. Da sich der Schadensersatzanspruch der Klägerin lediglich auf die Verwendung der Bezeichnung "B" für kontorsionistische Darbietungen, nicht aber auf die Aufführung der kontorsionistischen Darbietung bezieht, wie sie im G erfolgt ist, hat der Senat beide Verurteilungen auf dieses Begehren der Klägerin reduziert. Demgegenüber ist der in der Berufungserwiderung formulierte Hilfsantrag der Klägerin unbegründet, weil er die Aufführungen selbst zum Gegenstand hat, die aus den dargelegten Gründen nicht zu beanstanden sind. 25

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 92 Abs.1 ZPO. Über die Kosten der ersten Instanz ist einheitlich zu befinden, die Entscheidung ist daher dem Schlussurteil vorzubehalten. 26

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 27

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Die Anwendung dieser Rechtsfragen auf den vorliegenden Einzelfall hat nicht im Sinne des § 543 Abs.2 Ziff.1 ZPO grundsätzliche Bedeutung. Ebenso ist aus diesem Grunde eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs.2 Ziff.2 ZPO). 28

Streitwert: 48.500 €. 29