



# OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen 29 U 3407/17  
37 O 13597/16 Landgericht München I

Verkündet am 28.06.2018  
Die Urkundsbeamtin:

Mittendorfer  
Justizsekretärin

Beglaubigte Abschrift

Richter an d. 1. u. 2. Stelle		WV:	
EINGEGANGEN		ZdA	
-2-		ZdA	
23. JULI 2018		ZdA	
UNVERZAGT VON HAVE		ZdA	
RECHTSANWÄLTE		ZdA	

**IM NAMEN DES VOLKES**

## Urteil

In dem Rechtsstreit

- Kläger, Berufungsbeklagter u. Anschlussberufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Unverzagt von Have**, Heimhuder Straße 71, 20148 Hamburg, Gz.: SR-320-12/SR/js

gegen

- Beklagte, Berufungsklägerin u. Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

Nebenintervenientin u. Berufungsklägerin:

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Müller sowie den Richter am Oberlandesgericht Cassardt und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Holzinger auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28.06.2018

**für Recht erkannt:**

1. Auf die Berufung der Beklagten und der Nebenintervenientin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 13.09.2017 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt gefasst:

I. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den im Wege der Lizenzanalogie zu berechnenden Schaden zu ersetzen, der ihm durch die bis zum 31.12.2012 erfolgte Nutzung der klägerischen Fotografien gemäß Auskunftserteilung vom 12.07.2017 (Anlage K 61) und die Nutzung der drei weiteren Fotografien gemäß klägerischem Schriftsatz vom 18.07.2017, Seite 7; sowie sämtlichen Schaden, der ihm durch die seit dem 01.01.2013 erfolgte Nutzung der vorstehend genannten Fotografien entstanden ist oder noch entsteht.

II. Die Beklagte wird verurteilt, hinsichtlich der drei Fotografien gemäß klägerischem Schriftsatz vom 18.07.2017, Seite 7, Auskunft zu erteilen hinsichtlich Art und Umfang der Nutzung nämlich,

- die Häufigkeit der Benutzung

in Form einer geordneten Aufstellung mit Angaben zu jeder einzelnen Fotografie und den oben aufgeführten Informationen zur Nutzung der jeweiligen Fotografien.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, Auskunft zu erteilen über Umsatz und Gewinn seit 01.01.2014 aus den Verkäufen der Produkte, die auf den im Feststellungsantrag genannten Fotografien abgebildet sind.

III. Die Beklagte wird verurteilt, 1.500,00 € als Vertragsstrafe zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 29.01.2014 zu zahlen.

- IV. Die Beklagte wird verurteilt, die Vollständigkeit und Richtigkeit der mit Schreiben vom 12.07.2017 (Anlage K 61) erteilten Auskunft an Eides statt zu versichern.
  - V. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
  - VI. Der Kläger trägt die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Nebenintervenientin. Im Übrigen werden die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz gegeneinander aufgehoben.
2. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten und der Nebenintervenientin zurückgewiesen. Die Anschlussberufung des Klägers wird zurückgewiesen.
  3. Der Kläger hat die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Nebenintervenientin in der Berufungsinstanz zu tragen. Im Übrigen werden die Kosten des Berufungsverfahrens gegeneinander aufgehoben.
  4. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts in der unter Ziffer 1. tenorierten Fassung sind vorläufig vollstreckbar.

**Gründe:**

I. Von einem Tatbestand wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

II. Die Berufung der Beklagten und der Nebenintervenientin ist zulässig, aber nur zu einem geringen Teil begründet. Die Anschlussberufung des Klägers ist nicht begründet.

1. Der geltend gemachte Schadensersatzfeststellungsanspruch ist weitgehend gemäß § 97 Abs. 2 UrhG begründet. Für die Nutzungen bis 31.12.2012 ist er allerdings nur in Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr berechtigt und im Übrigen verjährt.

a) Es kann dahinstehen, ob es sich bei den streitgegenständlichen Fotografien um Lichtbildwerke im Sinne von § 2 Nr. 5 UrhG handelt. Die Fotos genießen jedenfalls gemäß § 72 Abs. 1 UrhG entsprechenden Schutz.

b) Der Kläger ist als Lichtbildner aktivlegitimiert (§ 72 Abs. 2 UrhG). Hinsichtlich der Bilder, auf die sich der Schadensersatzfeststellungsantrag bezieht, ist unstrittig, dass der Kläger diese im Rahmen eines ihm seitens der Nebenintervenientin erteilten Auftrags gefertigt hat.

Die Aktivlegitimation des Klägers ist nicht durch eine Einräumung ausschließlicher Verwertungsrechte an die  entfallen. Bei dem Vortrag der Nebenintervenientin, der Kläger habe der  ausschließliche Verwertungsrechte und jedenfalls das Recht zur unbeschränkten Weiterlizenzierung eingeräumt, handelt es sich um eine reine Spekulation der Nebenintervenientin. Der bestrittene Vortrag ist seitens der insofern beweispflichtigen Beklagten nicht nachgewiesen. Das Protokoll der Sitzung des LG Nürnberg-Fürth (Anlage N 27) belegt den Vortrag nicht. Der Kläger hat vielmehr im dortigen Termin ausdrücklich ausgeführt, dass er der GmbH nur einfache Nutzungsrechte eingeräumt hat. Dass die nach dem Vortrag des Klägers sehr teure Fotoausrüstung im Eigentum der GmbH steht, steht dem nicht entgegen, ebenso wenig, dass die in den Prozessen erstrittenen Zahlungen auf die GmbH gebucht wurden.

c) Die Beklagte hat die streitgegenständlichen Fotos vervielfältigt (§ 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 UrhG) und auch öffentlich zugänglich gemacht (§ 15 Abs. 2 Nr. 2, § 19a UrhG).

d) Die Nutzung erfolgte ohne Zustimmung des Klägers. Weder hat der Kläger der Beklagten direkt Nutzungsrechte eingeräumt, noch konnte die Beklagte von der Nebenintervenientin Nutzungsrechte erwerben, denn der Kläger hatte der Nebenintervenientin nicht das Recht zur Übertragung entsprechender Nutzungsrechte eingeräumt. Zur Begründung wird auf die ausführlichen Ausführungen des Senats im Urteil vom 17.12.2015, Az. 29 U 2324/15 (juris und Anlagenkonvolut 1) Bezug genommen (vgl. auch OLG Hamm GRUR-RR 2016, 188; OLG Hamburg Urteil vom 03.03.2016, Az. 5 U 48/13, BeckRS 2016, 07416; OLG Köln Urteil vom 28.10.2016, 6 U 206/15, Anlage N 29).

e) Die Beklagte handelte schuldhaft. Sie hätte überprüfen müssen, ob die Nebenintervenientin ihr überhaupt Nutzungsrechte an den Bildern einräumen konnte. Hätte sie dies auch nur versucht, hätten sich ernsthafte Zweifel hinsichtlich der Rechteinräumung aufgedrängt.

f) Der Anspruch ist teilweise verjährt, worauf sich die Beklagte ausdrücklich berufen hat. Die Verjährungsfrist beträgt gemäß § 102 Satz 1 UrhG, § 195 BGB drei Jahre und beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat. Wie sich aus der Abmahnung vom 26.03.2012 (Anlage K 7) ergibt, war dem Kläger schon im Jahr 2012 bekannt, dass die Beklagte die Fotos nutzt. Da der Schadensersatzfeststellungsantrag erst im Jahre 2016 rechtshängig geworden ist, ist der uneingeschränkte Schadensersatzanspruch hinsichtlich der bis zum 31.12.2012 erfolgten Nutzungen verjährt.

Gemäß § 102 Satz 2 UrhG, § 852 Satz 1 BGB bleibt der Verpflichtete jedoch auch nach Eintritt der Verjährung hinsichtlich dessen, was er durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten erlangt hat, zur Herausgabe nach den Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet (sog. Restschadensersatzanspruch). Dieser Anspruch verjährt gemäß § 852 Satz 2 BGB erst in 10 Jahren ab seiner Entstehung. Die Beklagte hat sich den Gebrauch der Nutzungsrechte an den Bildern ohne rechtlichen Grund verschafft. Da die Herausgabe des Erlangten wegen seiner Beschaffenheit nicht möglich ist, weil der Gebrauch eines Rechts seiner Natur nach nicht herausgegeben werden kann, ist gemäß § 818 Abs. 2 BGB der Wert zu ersetzen. Der objektive Gegenwert für den Gebrauch eines Immaterialgüterrechts besteht in der angemessenen Lizenzgebühr (BGH GRUR 2016, 1280 Tz. 96 – *Everytime we touch* m.w.N.). Der Verletzergewinn spiegelt dagegen den objektiven Gegenwert für den Gebrauch eines Immaterialgüterrechts nicht wider, sondern hängt von verschiedensten Faktoren ab und kann daher im Rahmen

des Restschadensersatzanspruchs nicht geltend gemacht werden (BGH GRUR 1982, 301, 303 und 2. Leitsatz – *Kunststoffhohlprofil II*; offen gelassen in BGH MMR 2015, 680 Tz. 34 – *Motortradteile*), so dass die Berufung der Beklagten insofern begründet ist.

2. Dem Kläger steht gemäß § 242 BGB auch ein Auskunftsanspruch gegen die Beklagte zu, allerdings nicht im geltend gemachten und vom Landgericht zugesprochenen Umfang. Da der Verletzte seinen Schadensersatzanspruch nur dann durchsetzen kann, wenn er die Tatsachen kennt, die seine Klage schlüssig machen, kann der Verletzte zur Vorbereitung eines bezifferten Schadensersatzanspruchs vom Verletzter Auskunft und Rechnungslegung verlangen (sog. akzessorischer Auskunftsanspruch, vgl. *Dreier/Schulze, UrhG*, 4. Aufl. § 97 Rn. 78 m.w.N.).

a) Hinsichtlich der drei Fotografien entsprechend Seite 7 des klägerischen Schriftsatzes vom 18.07.2017 steht dem Kläger der nach der übereinstimmenden Teilerledigterklärung noch geltend gemachte Auskunftsanspruch teilweise, nämlich bezüglich der Häufigkeit der Benutzung zu. Der Klägerevertreter hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 28.06.2018 erläutert, dass der Antrag dahingehend zu verstehen sei, dass Auskunft darüber verlangt werde, ob das jeweilige Lichtbild auf der Website zeitgleich nur einmal oder mehrfach zu sehen war. Der Kläger benötigt diese Auskunft zur Bezifferung seines Schadens im Wege der Lizenzanalogie und die Beklagte hat diese Auskunft noch nicht erteilt.

b) Hinsichtlich der noch begehrten Auskunft zu der verwendeten Auflösung und den Motivgrößen war der Anspruch abzuweisen, weil die Beklagte sich dazu bereits in der Auskunft vom 26.06.2018 erklärt hat, wenn auch dahingehend, dass sie hierzu nicht in der Lage ist, Angaben zu machen. Der Auskunftsanspruch besteht nur insoweit, als der Verletzer unschwer und in zumutbarer Weise Auskunft erteilen kann.

c) Da der Kläger gemäß § 97 Abs. 2 Satz 2 UrhG seinen Schaden auch anhand des Verletzergewinns beziffern kann, schuldet die Beklagte auch Auskunft zu Umsatz und Gewinn aus den Verkäufen der mit den streitgegenständlichen Bildern beworbenen Produkte. Dass die Beklagte möglicherweise auch ohne die Bildnutzung in der Lage gewesen wäre, einen ähnlichen Umsatz und/oder Gewinn zu erzielen, steht dem Auskunftsanspruch nicht entgegen.

Ebenso ist es ohne Belang, ob der Kläger gegenüber der Nebenintervenientin zur Nachlizenzierung verpflichtet gewesen wäre. Da eine Nachlizenzierung nicht erfolgt ist, kann der Kläger

seinen Schaden gemäß § 97 Abs. 2 Satz 2 UrhG nach seiner Wahl auch auf der Grundlage des Verletzergewinns berechnen. Eine Deckelung auf den Lizenzschaden ist in § 97 Abs. 2 UrhG gerade nicht normiert.

Der hinsichtlich Umsatz und Gewinn erst 2017 rechtshängig gemachte Auskunftsanspruch ist allerdings für den Zeitraum bis 31.12.2013 verjährt gemäß § 195, § 199 Abs. 1 BGB, so dass der zugesprochene Auskunftsanspruch hinsichtlich des erzielten Umsatzes und Gewinns insoweit zu beschränken war.

d) Nicht begründet ist der vom Landgericht zugesprochene Auskunftsanspruch hinsichtlich der IPTC-Daten. Soweit der Kläger Auskunft darüber begehrt, mit welchen IPTC-Daten die Beklagte die Fotos genutzt hat, ist der Anspruch schon deshalb unbegründet, weil der Kläger diese Auskunft nicht benötigt, da er über die entsprechenden Kenntnisse bereits verfügt. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Beklagte die Fotografien ohne IPTC-Daten genutzt hat (vgl. die nicht angegriffenen Feststellungen auf S. 3 des landgerichtlichen Urteils).

Auch soweit der Kläger Auskunft darüber verlangt, mit welchen IPTC-Daten die Beklagte die Fotografien von der Nebenintervenientin erhalten hat, steht ihm ein entsprechender Anspruch nicht zu.

Bei den IPTC-Daten handelt es sich um Informationen für die Rechtswahrnehmung im Sinne von § 95c UrhG. Die Entfernung der Daten kann gemäß § 97 UrhG Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche auslösen, sie ist aber nicht entscheidend für die Höhe eines für eine unberechtigte Nutzung der Fotografien im Wege der Lizenzanalogie zu bemessenden Schadens (vgl. OLG Köln, Urteil vom 20.01.2017, Az. 6 U 105/16, juris, dort Tz. 48), so dass der Anspruch nicht zur Bezifferung dieses Schadens gemäß § 242 BGB besteht.

Der Kläger benötigt die Auskunft, um in Erfahrung zu bringen, ob die IPTC-Daten seitens der Beklagten oder seitens der Nebenintervenientin gelöscht wurden, somit ob ihm diesbezügliche Ansprüche gegen die Beklagte oder aber gegen die Nebenintervenientin zustehen. In Übereinstimmung mit dem prozessualen Ausforschungsverbot kann der Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB nicht dazu benutzt werden, erst in Erfahrung zu bringen, ob es sich bei dem in Anspruch Genommenen überhaupt um einen Verletzer handelt. Vielmehr muss bereits feststehen, dass der in Anspruch Genommene tatsächlich eine Rechtsverletzung begangen hat (*Drei-*



er/Schulze a.a.O. § 97 Rn. 78). Dies steht aber im Hinblick auf die Beklagte bezüglich der Entfernung der IPTC-Daten gerade nicht fest.

Der Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht aus § 101 UrhG. Name und Anschrift der Lieferantin sind dem Kläger sehr wohl bekannt.

3. Der Vertragsstrafenanspruch hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung des Bildes besteht, allerdings nur in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe, so dass insoweit sowohl die Anschlussberufung des Klägers als auch die Berufung der Beklagten unbegründet sind.

a) Die Beklagte hat die Fotografie auch noch nach Abgabe der Unterlassungserklärung (Anlage K 8) öffentlich zugänglich gemacht (vgl. Ausdruck vom 10.04.2013, Anlage K 11) und dadurch den Vertragsstrafenanspruch begründet. Die Beklagte handelte schuldhaft. Sie hatte dafür Sorge zu tragen, dass sie der von ihr übernommenen Verpflichtung nachkommt und sie die von der Unterlassungsverpflichtung umfassten Bilder nicht mehr öffentlich zugänglich macht. Die Auffassung der Beklagten, sie treffe in Anbetracht der Vielzahl der betroffenen Bilder kein Verschulden, ist fernliegend.

b) Der Höhe nach hat das Landgericht die von dem Kläger geforderte Vertragsstrafe von 5.000,00 € gemäß § 315 Abs. 3 BGB zutreffend auf 1.500,00 € reduziert. Die Höhe der Vertragsstrafe hängt von der Art und Größe des Unternehmens ab, vom Umsatz und möglichen Gewinn, von der Schwere und dem Ausmaß der Zuwiderhandlung, von deren Gefährlichkeit für den Gläubiger, vom Verschulden des Verletzers, von dessen Interesse an weiteren gleichartigen Begehungshandlungen, aber auch von dem im Zusammenhang mit dem Verstoß auch nachträglich gezeigten Verhalten des Verletzers (Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. § 12 Rn. 1.207 m.w.N.). Insbesondere unter Berücksichtigung der Gefährlichkeit der Zuwiderhandlung für den Gläubiger ist die Vertragsstrafe vorliegend mit 1.500,00 € ausreichend bemessen. Der Kläger selbst hat in der Klage den Streitwert für den Unterlassungsantrag mit 2.500,00 € beziffert, d. h. er selbst hat sein Interesse daran, dass derartige Verletzungen in Zukunft generell unterbleiben, nur mit 2.500,00 € bewertet. Schon aufgrund vom Kläger selbst als gering eingeschätzten Gefährlichkeit der Verletzungen kann ein einzelner Verstoß nicht mit mehr als 1.500,00 € zu ahnden sein.

c) Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 286 Abs. 1, § 288 Abs. 1 BGB.

4. Auch hinsichtlich der Verurteilung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist die Berufung der Beklagten nicht begründet. Es besteht Grund zur Sorge, dass die Beklagte die Auskunft vom 12.07.2017 (Anlage K 61) nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt hat. Obwohl sich die Auskunft auf die Bilder gemäß der Anlage 2 der Abmahnung vom 26.03.2012 (Anlage K.7) bezog, waren in der Auskunft drei der vom Kläger gefertigten, von der Beklagten genutzten und unstreitig in der Anlage 2 enthaltenen Bilder in der Auskunft nicht enthalten, so dass die Auskunft insofern unvollständig war.

5. Hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen, so dass die Anschlussberufung des Klägers auch insoweit keinen Erfolg haben konnte. Die Anlage 2 zur Abmahnung vom 26.03.2012 (Anlage K 7) wurde nicht vorgelegt. Die Abmahnung bezog sich unstreitig auch auf Fotografien, die gar nicht vom Kläger gefertigt wurden und war insoweit unberechtigt. Es war weder dem erstinstanzlichen Gericht noch ist dem Senat möglich, zu prüfen, in welchem Umfang die Abmahnung berechtigt war und insofern – anteilig – ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten besteht. Hierzu wäre seitens des Klägers auszuführen gewesen. Da dies trotz entsprechenden Hinweises des Landgerichts nicht erfolgt ist, war die Klage hinsichtlich der Abmahnkosten insgesamt abzuweisen.

### III. Nebenentscheidungen:

a) Die Entscheidungen über die Kosten beruhen auf § 92 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO, § 91a ZPO.

Die erhebliche Änderung der Kostenentscheidung erster Instanz ist darauf zurückzuführen, dass das Landgericht den Streitwert des zunächst noch geltend gemachten Unterlassungsantrags unzutreffend mit 20.000,00 € bemessen hat. Der Streitwert des Unterlassungsantrags war entsprechend der auch objektiv angemessenen Bewertung des Klägers zu Beginn des Verfahrens auf 2.500,00 € festzusetzen, so dass auch die Kostenverteilung entsprechend zu ändern war.

Soweit der Auskunftsanspruch in der Berufungsinstanz teilweise für erledigt erklärt wurde, waren die Kosten gemäß § 91a ZPO überwiegend der Beklagten aufzuerlegen, weil der für erledigt erklärte Teil des Auskunftsverlangens mit Ausnahme der mit Spiegelstrich

- wann, woher, von wem und in welcher Form sie die Fotografien erhalten hat

verlangten Auskunft bis zur Erledigterklärung gemäß § 242 BGB zulässig und begründet war. Der Kläger benötigte diese Daten zur Bezifferung seines Schadens im Wege der Lizenzanalogie.

Soweit der Kläger allerdings von der Beklagten Auskunft darüber verlangt hat,

- wann, woher, von wem und in welcher Form sie die Fotografien erhalten hat

war das Auskunftsverlangen nicht begründet. Diesbezüglich trägt der Kläger selbst nicht vor, dass er diese Auskünfte brauchte, um seinen Schadensersatzanspruch gegenüber der Beklagten zu beziffern. Er stellt vielmehr in der Berufungserwiderung klar, dass er die Angaben benötigte, um Rechtsverstöße gegenüber der Nebenintervenientin weiterzuverfolgen. Um die Angaben der Nebenintervenientin widerlegen zu können, benötige er z. B. Auskunft darüber, von welcher Person (wem?) bei der Nebenintervenientin die Beklagte die Fotografien erhalten habe und über welche konkrete URL (woher?). Der akzessorische Auskunftsanspruch gegen den Verletzer besteht aber nur, soweit die Auskunft benötigt wird, die Schadensersatzansprüche gegenüber diesem zu beziffern; nicht aber, um die Richtigkeit von von Dritten gegebenen Auskünften überprüfen zu können.

Um Ansprüche gegen Dritte durchsetzen zu können, ist gemäß § 101 UrhG lediglich unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Auskunft über Namen und Anschrift des Lieferanten und die Menge der Vervielfältigungsstücke gegeben (vgl. § 101 Abs. 1 UrhG). Ein Anspruch auf Erteilung der vom Kläger zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen die Nebenintervenientin verlangten Auskünfte besteht nicht.

b) Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

c) Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor.

Müller  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Cassardt  
Richter  
am Oberlandesgericht

Dr. Holzinger  
Richterin  
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift mit der Urschrift  
München, den 18.07.2018  
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

Herrmann, Justizangestellte  
Urku ndsbeamtin der Geschäftsstelle  
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt  
- ohne Unterschrift gültig -