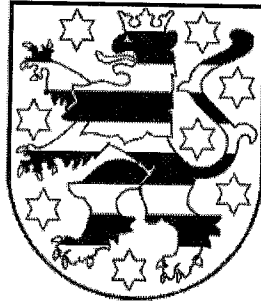


Thüringer Oberlandesgericht

Az.: 2 U 361/16

3 O 1365/14 LG Erfurt



IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

Stiftung Leuchtenburg, vertreten durch d. Vorstand Herrn Sven-Erik Hitzer, Auf der Leuchtenburg, 07768 Seitenroda
- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Riekert & Schmidtke**, Am Schießhaus 1, 01067 Dresden, Gz.: 10091/16

gegen

Dr. phil. Wolfgang B. **Geißler**, Obergrunstedter Straße 9, 99428 Weimar
- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Marko **Pietruck**, Danziger Straße 6, 10435 Berlin

hat der 2. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena durch
die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Orth,
den Richter am Oberlandesgericht Grüneberg und
den Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Schlingloff
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18.01.2017

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 28.04.2016, Az. 3 O 1365/14, wird zurückgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Erfurt ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung im Hinblick auf Ziff. 1 des Tenors durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 25.000,00 abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Beklagte kann die Vollstreckung im Hinblick auf Ziff. 2 des Tenors und wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.
6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf € 22.000,00 festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger macht einen auf Urheberrecht, hilfsweise auf Lauterkeitsrecht gestützten Unterlassungsanspruch gegenüber der Beklagten geltend und begehrt Ersatz von Abmahnkosten.

Der Kläger ist Psychologe und ehemaliger Ortsbürgermeister von Weimar-Obergrunstedt. Die Beklagte betreibt auf der in der Nähe von Jena gelegenen Höhenburg Leuchtenburg u.a. einen Ausstellungsbereich unter der Bezeichnung „Porzellanwelten“, an den ein aus der Burganlage herausragender sog. „Skywalk“ angrenzt.

Der Kläger hat vorgetragen, er habe im Jahre 2000 eine „soziale Plastik“ mit dem Titel „Berg der Wünsche“ erdacht, die aus drei Grundelementen bestehe: Die Teilnehmer dieser sozialen Plastik sollen Porzellan zerschlagen und sich dabei etwas für sich selber wünschen. Dazu wird eine Abwurfplattform errichtet, von der aus das Porzellan heruntergeworfen werden kann. Die Scherben, die dadurch entstehen, sollen nicht weggeräumt werden, sondern zu einem Berg, einer symbolischen Skulptur anwachsen. Der Kläger hat vorgetragen, dieses Werk im Jahre 2000 im Rahmen seiner Internetpräsenz beschrieben und visualisiert zu haben (vgl. Anlage K 1). An den skizzenhaften Zeichnungen besitze er ausschließliche Nutzungsrechte, die ihm durch den Zeugen Klöver eingeräumt worden seien.

Am 16.9.2000 habe er das Werk außerdem, insoweit nicht bestritten, in Weimar zum ersten Male realisiert, worüber auch in der Presse berichtet worden sei (vgl. Anlage K 2). Dabei sei - vorübergehend - auf einer Wiese eine Abwurfplattform errichtet worden. Das von Teilnehmern herabgeworfene und zerschlagene Porzellan habe sich zu einem kleinen Berg angehäuft. Auf der Suche nach einem geeigneten Ort für eine dauerhafte Installation habe er im Herbst 2007 seinen „Berg der Wünsche“ der Antragsgegnerin vorgestellt und ihr dabei auch die als Anlagen K 3 und K 4 vorgelegten Beschreibungen des Projekts bzw. seiner Auswertungsmöglichkeiten übergeben. Trotz anfänglichen Interesses der Beklagten sei es nicht zu einer Umsetzung gekommen.

Er habe aber festgestellt, dass die Beklagte seinen „Berg der Wünsche“ wie aus den Anlagen K 5 bis 7 ersichtlich nachbildet. So heiße es in dem Text des Videos: „(...) auf diese luftige Aussicht zu gehen, den Porzellanteller oder Porzellangegegenstand, was es ist, nach unten zu werfen - ganz aktiv - und ihn dann auf dem „Berg der Wünsche“ zerbrechen zu lassen (...).“ Der von der Beklagten so genannte „Steg der Wünsche“ und der darunter sich befindende „Berg der Wünsche“ seien integraler Bestandteil eines Museumsbesuchs bei der Beklagten. Die Beklagte habe das Werk des Klägers bereits in allen Elementen nachgebildet, indem Sie den Besuchern der Leuchtenburg ermögliche und diese dazu auffordere, Porzellanteile, auf die persönliche Wünsche geschrieben sind, vom „Sky-Walk der Wünsche“ hinab zu werfen und auf dem Untergrund zerschellen zu lassen, wo die Porzellanscherben sich zu einem kleinen Berg anhäufen. Dies werde durch die in Anlage K 10 eingereichte Fotografie belegt. Die Beklagte habe ein Plateau geschaffen, auf dem sich die herab geworfen Porzellanscherben sammeln. Er hat bestritten, dass die Scherben regelmäßig weggeräumt würden.

Der Unterlassungsanspruch werde auf Wiederholungsgefahr gestützt, da die Realisierung des

Werks auf der Leuchtenburg bereits erfolgt sei.

Im Übrigen bestehe der Unterlassungsanspruch auch nach §§ 8 Abs. 1, 4 Nr. 3 UWG.

Der Kläger habe einen Anteil der Abmahnkosten in Höhe von € 1000,00 bereits bezahlt. Im übrigen habe die Beklagte die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, so dass er nicht auf einen Freistellungsanspruch beschränkt sei.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen am Vorsitzenden, zu unterlassen,

das Werk „Berg der Wünsche“ des Klägers nachzubilden, indem

- die Besucher der Leuchtenburg dazu aufgefordert werden und es ihnen ermöglicht wird, auf einen in das Tal ragenden Steg mit einem Stück Porzellan zu gehen, auf dem ein persönlicher Wunsch geschrieben ist;
- die Besucher der Leuchtenburg dazu aufgefordert werden und es ihnen ermöglicht wird, das Porzellan von dem Steg hinunter zu werfen und es unten zerbrechen zu lassen;
- die so entstandenen Porzellanscherben unter dem Steg belassen werden, damit diese sich zu einem Berg häufen;

wenn dies geschieht wie in dem in Anlage 5 befindlichen Video „Porzellanwelten Leuchtenburg“ und auf den in Anlage 6 und 7 abgebildeten Schildern beschrieben.

2.

ihm die Kosten der außergerichtlichen Abmahnung in Höhe von 1.171,67 € zu erstatten.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Im übrigen hat sie (widerklagend) beantragt, den Kläger zu verurteilen, an sie 984,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.07.2015 zu zahlen.

Sie hat bestritten, dass der Kläger Idee und Konstruktion des „Berg der Wünsche“ im Jahre 2000 erfunden habe bzw. dass ihm ausschließliche Nutzungsrechte an der Gestaltung im Rahmen seiner Internetpräsenz eingeräumt worden seien. Es handele sich zudem um eine abstrakte Idee, die dem Urheberschutz nicht zugänglich sei. Eine urheberrechtlich relevante Gestaltung sei noch nicht erfolgt. Die insoweit bestrittene Realisierung im Jahre 2000 in Weimar sei nur eine punktuelle Aktion gewesen, die nicht zu einem bleibenden Berg der Wünsche geführt habe. Auch bei seiner Präsentation bei der Antragsgegnerin habe der Antragsteller lediglich eine Idee geschildert, nicht jedoch ein Werk vorgestellt, da eine Gestaltungsform gar nicht vorhanden gewesen sei. Eine wahrnehmbare, formgebende Umsetzung werde bestritten, insbesondere auch, dass der Antragsteller die Skizzen im Rahmen seiner Internetpräsenz selbst gefertigt habe oder Inhaber entsprechender Nutzungsrechte sei. Die vorgelegte Skizze unterscheide sich zudem erheblich von der von der Antragsgegnerin im Rahmen der „Porzellanwelten Thüringen“ errichteten Konstruktion, die sie als „Steg der Wünsche“ bezeichne. Dieser diene auch dazu, entweder nur die Aussicht zu genießen oder auch nach dem alten Sprichwort „Scherben bringen Glück“ Porzellan zu zerschlagen. Deshalb liege auch keine Nachbildung vor.

Ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch scheidet schon deshalb aus, weil zwischen den Parteien kein Wettbewerbsverhältnis bestehe. Zudem fehle es dem vermeintlichen Werk des Antragstellers an der erforderlichen wettbewerblichen Eigenart. Der angekündigte Unterlassungsantrag sei zudem zu unbestimmt.

Die geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten der Beklagten resultierten aus einer berechtigten Abmahnung vom 28.04.2015 (Anlage K5 der Beiakte)

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen Pietruck.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Beklagte verurteilt, es bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel zu unterlassen, das Werk „Berg der Wünsche“ des Klägers nachzubilden, indem

- die Besucher der Leuchtenburg dazu aufgefordert werden und es ihnen ermöglicht wird, auf einen in das Tal ragenden Steg mit einem Stück Porzellan zu gehen, auf dem ein persönlicher Wunsch geschrieben ist;

- die Besucher der Leuchtenburg dazu aufgefordert werden und es ihnen ermöglicht wird, das Porzellan von dem Steg hinunter zu werfen und es unten zerbrechen zu lassen;
- die so entstandenen Porzellanscherben unter dem Steg belassen werden, damit diese sich zu einem Berg häufen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Die Beklagte macht geltend, das Landgericht habe dem Kläger mehr zugesprochen als dieser beantragt habe, weil die Bezugnahme auf die konkreten Verletzungsformen, wie vom Kläger beantragt, im Urteilstenor fehle. Daher sei das Unterlassungsgebot weiter gehend als beantragt.

Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen zur fehlenden Bestimmtheit des Antrages und zum mangelnden Urheberrechtsschutz. Das schutzfähige Werk werde aus dem Antrag nicht erkennbar. Es handele sich auch nur um eine Idee, einen Plan oder eine Handlungsanweisung, die noch nicht konkret gestaltet worden sei. Zudem liege auch - Urheberrechtsschutz unterstellt - keine Verletzung klägerischer Rechte vor. Die Scherben würden regelmäßig weggeräumt. Das Landgericht habe insoweit auch die Beweisaufnahme fehlerhaft gewürdigt.

Der Kläger habe nach Verkündung des landgerichtlichen Urteils gegenüber der Öffentlichkeit behauptet, ihm stünden nun umfassende Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu. Deshalb habe sie ein berechtigtes Interesse daran, feststellen zu lassen, dass solche Ansprüche nicht bestehen.

Die Beklagte beantragt,

das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen

sowie (widerklagend) festzustellen, dass dem Kläger keine Ansprüche auf Schadenersatz gegen die Beklagte wegen einer Urheberrechtsverletzung, nämlich einer unerlaubten Nachbildung eines „Bergs der Wünsche“ zustehen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die Widerklage abzuweisen.

Er verteidigt die landgerichtliche Entscheidung.

Der Kläger habe sich des Bestehens von Schadenersatzansprüchen gegenüber der Beklagten nicht berührt.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

1.

Die Beklagte kann sich nicht auf einen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO berufen.

Nach § 308 Abs. 1 ZPO ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat. Im vorliegenden Falle bezog sich der Unterlassungsantrag des Klägers vor dem Landgericht auf drei konkrete Verletzungsformen. Dass eine Bezugnahme auf konkrete Verletzungsformen vorliegt, ergibt sich aus dem Antrag in der Klageschrift vom 12.10.2015, der die Formulierung "wenn dies geschieht wie" verwendet.

Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird grundsätzlich durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger begehrte Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger diese Rechtsfolge herleitet. Auch bei einem urheberrechtlichen Unterlassungsantrag besteht die begehrte Rechtsfolge in dem Verbot gerade der bestimmten, als rechtswidrig angegriffenen Verhaltensweise (Verletzungsform), die der Kläger in seinem Antrag und der zur Antragsauslegung heranzuziehenden Klagebegründung festgelegt hat. Die so umschriebene Verletzungsform bestimmt und begrenzt den Inhalt des Klagebegehrens (so zum Lauterkeitsrecht OLG Köln, Urteil vom 06. Juni 2012 – 6 U 60/11 –, juris).

Ein Unterlassungsantrag der auf die Unterlassung von konkreten Verletzungsformen beschränkt ist, ist enger als ein Unterlassungsantrag, der auf keinerlei konkrete Verletzungsform Bezug

nimmt. Mit einer Verurteilung, die nicht auf konkrete Verletzungsformen Bezug nimmt, hat das Landgericht dem Kläger also an sich mehr zugesprochen als dieser beantragt hat. Denn die Antragstellung des Klägers konnte nicht dahingehend ausgelegt werden, dass er nicht mehr auf die konkreten Verletzungsformen Bezug nimmt. Die erstinstanzliche Klarstellung seitens des Klägers, dass der Unterlassungsanspruch nicht mehr auf Begehungsgefahr, sondern auf Wiederholungsgefahr gestützt werde, genügt nicht, um die Antragstellung dahingehend auszulegen, dass nicht mehr lediglich drei konkrete Verletzungsformen angegriffen werden. Dies hätte der Kläger bei seiner Antragstellung ausdrücklich geltend machen müssen. Auch die Auffassung des Landgerichts, dass dann, wenn der Kläger sich nicht mehr auf Erstbegehungsgefahr beruft, es einer Aufnahme der Anlagen in den Tenor nicht mehr bedürfe, ist so nicht zutreffend. Denn die Anlagen bewirkten gerade, dass sich der Unterlassungsantrag gegen eine konkrete Verletzungsform richtete.

Allerdings ist der Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO in der Berufungsinstanz dadurch geheilt worden, dass der Kläger und Berufungsbeklagte sich im Rahmen seines Zurückweisungsantrags die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils jedenfalls hilfsweise zu eigen macht und sein Klagebegehren entsprechend erweitert. Dann ist eine Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils von seinem Berufungsantrag gedeckt (BGH NJW 1999, 61; BAG NJW 2015, 1548). Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger eine entsprechende Erklärung abgegeben.

2.

Der Unterlassungsantrag des Klägers ist auch unter Berücksichtigung des gerade beschriebenen Umstandes, dass es im Berufungsverfahren - in zulässiger Art und Weise - nicht mehr (nur) um die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs geht, der konkrete Verletzungsformen betrifft, nicht zu unbestimmt und auch nicht in sich widersprüchlich.

Der Einwand der Beklagten ist nicht durchgreifend, dass aus dem Antrag nicht hervorgehe, welche konkreten Merkmale das angebliche Werk „Berg der Wünsche“ des Klägers habe. Ein Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt, wenn er die zu untersagende Handlung eindeutig beschreibt und der dem Antrag folgende Tenor des Urteils eine geeignete Grundlage für das Vollstreckungsverfahren bildet. Es muss also genau feststehen, was der Beklagte zu unterlassen hat. Dies hat der Kläger im Rahmen seines Unterlassungsantrages ausreichend beachtet. Es wird in kumulativer Form aufgezählt, welche Handlungen der Beklagten untersagt sind. Im Rah-

men des Vollstreckungsverfahrens bestehen im Lichte dieses Antrags bzw. Tenors keine Unwägbarkeiten dahingehend, dass nicht genau ermittelt werden könnte, was der Beklagten untersagt ist. Entscheidend ist also, dass ausreichend konkret beschrieben ist, was zu einem Verstoß führt. Nicht entscheidend ist demgegenüber, dass die Merkmale, die die Urheberrechtsschutzfähigkeit des Werkes des Klägers begründen, bereits im Urteilstenor ausreichend zum Ausdruck kommen. Dies gilt selbst dann, wenn, wie hier, das Werk „Berg der Wünsche“ im Urteilstenor genannt ist.

Soweit in dem Berufungszurückweisungsantrag des Klägers eine Klageänderung im Sinne einer Klageerweiterung zu sehen ist (vgl. oben), ist dies im Berufungsverfahren zulässig. Die Voraussetzungen nach § 533 ZPO liegen vor, da der Senat Sachdienlichkeit bejaht und sämtliche Tatsachen bereits erstinstanzlich vorgetragen wurden und der Berufungsentscheidung ohnehin zugrunde zu legen waren.

3.

Der Unterlassungsanspruch des Klägers folgt aus § 97 Abs. 1 UrhG. Bei dem „Berg der Wünsche“ handelt es sich um ein urheberrechtsschutzfähiges Werk.

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei dem - unzweifelhaft allein vom Kläger geschaffenen - Kunstprojekt „Berg der Wünsche“ nicht um eine bloße Idee, die noch nicht ausreichend wahrnehmbar gemacht wurde, sondern um ein dem Urheberschutz zugängliches Werk. Auf die Zuordnung zu einer in § 2 Abs. 1 UrhG nur beispielhaft genannten Werkart kommt es in Bezug auf die Schutzfähigkeit nicht entscheidend an (vgl. BGH GRUR 1985, 529 Rn. 7 - Happening; Dreier/Schulze, UrhG, § 2 Rn. 78). Allerdings liegt es nahe, das Kunstprojekt des Antragstellers in seinem - wie noch darzulegen ist - schutzfähigen Kern als ein unter Mitwirkung Vieler entstehendes, sich gleichzeitig ständig veränderndes Werk der bildenden Kunst im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG zu werten (vgl. auch Fromm/Nordemann/Axel Nordemann, Urheberrecht, § 2 Rn. 169), auch wenn es daneben auch Elemente eines choreographischen Werkes enthält, weil es auf den Ausdruck von Gedanken und Empfindungen durch Bewegungsabläufe abzielt. Grundsätzlich sind auch Kunstformen wie „Environments“ als Werke dem Urheberschutz zugänglich, die sich dadurch auszeichnen, dass sie zeitlich offen sind und die Anzahl der Aufführenden nicht begrenzt ist, die aber räumlich auf einen bestimmten, gestalteten Ort bezogen sind, wie das bei dem Projekt des Antragstellers der Fall ist. Ein vergleichbares Beispiel beschreibt Jacobs in seiner Anmerkung zu BGH GRUR 1985, 529 - Happening, nämlich das elektroakustische Happening

von Wolf Vostell aus dem Jahre 1969, bei dem mit Hilfe von losen Pflastersteinen und alten Fensterscheiben das Publikum zur eigenen Lärmerzeugung aufgefordert und entsprechend provoziert werden sollte.

Bei dem Kunstprojekt des Klägers handelt es sich um eine persönliche Schöpfung, die einen geistigen Gehalt aufweist, eine wahrnehmbare Formgestaltung gefunden hat und in der die Individualität des Urhebers in ausreichendem Maße zum Ausdruck kommt (§ 2 Abs. 2 UrhG).

a) Unzweifelhaft handelt es sich bei dem Projekt „Berg der Wünsche“ um eine persönliche Schöpfung, weil sie Ausdruck einer menschlichen Gestaltung ist. Das gilt insbesondere auch für den aus Porzellanscherben entstehenden „Berg“, auch wenn an dessen Entstehen mehrere Menschen teilhaben und seine äußere Gestalt sich im Verlaufe der Zeit verändert. Denn jedenfalls geht die Gestaltung nicht von einer Maschine oder einem Zufallsgenerator aus und es handelt sich auch nicht um ein unverändertes vorgefundenes Werk (vgl. zu alledem Schrickner/Loewenheim, UrhG, § 2 Rn. 12, 14, 16).

b) Das Kunstprojekt hat unzweifelhaft auch einen geistigen Gehalt, weil es einen vom Kläger stammenden Gedanken- bzw. Gefühlsinhalt enthält und widerspiegelt, der die Teilnehmer und Beobachter des Projektes ästhetisch anspricht bzw. anregt (vgl. Dreier/Schulze, UrhG, § 2 Rn. 12).

c) Das Werk ist in der erforderlichen Art und Weise wahrnehmbar gemacht worden. Eine - zumal dauerhafte - körperliche Festlegung ist dazu nicht erforderlich (BGH GRUR 1962, 531, 533 - Bad auf der Tenne II; KG GRUR 1984, 507, 508; Schrickner/Loewenheim, UrhG, § 2 Rn. 20; Wandtke/Bullinger, UrhR, § 2 Rn. 20). Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass gerade die geistig-ästhetische Wirkung, die durch das Werk zum Ausdruck kommt, in irgendeiner Form wahrnehmbar gemacht wurde. Dabei kann auch bereits ein Entwurf ausreichend sein, solange bereits die erforderliche Individualität der geistigen Gestaltung durch sie zum Ausdruck kommt.

Im vorliegenden Falle hat der Kläger - allerdings im Hinblick darauf streitig, ob ihm an der Zeichnung ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt wurden - vorgetragen, dass er sein Projekt im Rahmen seiner Internetpräsenz bereits im Jahre 2000 vorgestellt hat und dies durch den als Anlage K 1 vorgelegten Screenshot belegt. Dabei hat er das von ihm ersonnene Projekt (genannt: „Ritual“) dahingehend beschrieben, dass Besucher (eine Treppe) hoch steigen, um einem persönlichen Wunsch durch Zerschlagen von Porzellan Ausdruck zu geben, wodurch im Verlaufe der Zeit als „Gesamtkunstwerk“ von Vielen ein fortwährend weiter wachsender Berg aus Porzellan entstehe, den der Kläger als „Berg der Wünsche“ bezeichnet. Dies soll die Träume und Wün-

sche der Menschen und der Menschheit in besonderer Weise würdigen und - wie der Kläger später öffentlich erklärt hat (vgl. Anlage K 2) - dokumentieren, dass man nicht allein ist mit seinen unerfüllten Wünschen. Diese schriftliche Fixierung beschreibt den wesentlichen geistig-ästhetischen Gehalt in ausreichender Weise. Eine solche Beschreibung der wesentlichen geistig-ästhetischen Wirkung des Werkes genügt zur erforderlichen Wahrnehmbarmachung, auch wenn noch nicht alle Gestaltungselemente genau festgelegt sind, z.B. die Abwurfplattform nicht genau beschrieben oder sonst Raum für Improvisation besteht. Denn es geht, wie noch auszuführen sein wird, nicht in erster Linie um die Abwurfplattform als Bauwerk oder die Handlungsanweisung als genau unabänderliche Choreographie. Vielmehr handelt es sich um eine freie Kunstform mit improvisatorischen Elementen. Auf die Inhaberschaft an Nutzungsrechten bezüglich der (nur beispielhaft) beigefügten Zeichnung kommt es nicht entscheidend an, weil die Beschreibung bzw. schriftliche Fixierung für die Wahrnehmbarmachung ausreichend ist.

Hinzu kommt, dass nach dem im Berufungsverfahren unstreitigen Vortrag des Klägers dieser Handlungsablauf in seinen wesentlichen Elementen bei einer auch in der Presse (vgl. Anlage K 2) bekannt gemachten Realisation zumindest vorübergehend wahrnehmbar gemacht wurde. Dabei haben Menschen in Weimar Porzellan von einer vorübergehend errichteten Abwurfplattform zu Boden geworfen, verbunden mit der Aufforderung, dabei Wünsche zu empfinden und einen (kleinen) „Berg“ aus Porzellanscherben entstehen zu lassen. Dies war eine den wesentlichen Kern des Projekts umfassende, über das Skizzenhafte hinausgehende Wahrnehmbarmachung. Dass nur ein kleiner Scherbenberg entstand, ist ohne entscheidende Bedeutung, da es dem vom Kläger ersonnenen Projekt entspricht, dass der „Berg der Wünsche“ aus kleinen Anfängen heraus entsteht und sich dann stets wandelt bzw. vergrößert. Auch dass die Realisation nur vorübergehend stattfand, ist unschädlich (vgl. Fromm/Nordemann/Axel Nordemann, Urheberrecht, § 2 Rn. 23). Das Kunstprojekt „Berg der Wünsche“ des Klägers ist also nicht bloß eine Idee, die noch keine wahrnehmbare Formgestaltung erfahren hätte.

Im Lichte dessen kann sich die Beklagte für einen fehlenden Urheberrechtsschutz nicht auf die „Sendeformat“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (GRUR 2003, 876) berufen. Zum einen ist bereits vom Sachverhalt her ein abstraktes Sendeformat einer Fernsehshow nicht mit dem konkreten Handlungsablauf des vom Kläger ersonnenen Projekts nicht vergleichbar. Der BGH hat in der „Sendeformat“-Entscheidung ausgeführt, dass ein Werk im Sinne des § 2 UrhG und damit Gegenstand des Urheberrechtsschutzes nur das Ergebnis der schöpferischen Formung eines bestimmten Stoffs sein könne. Daran fehle es bei einer vom Inhalt losgelösten bloßen Anleitung zur Formgestaltung gleichartiger anderer Stoffe, möge diese auch ein individuell erarbeitetes, ins einzelne gehendes und eigenartiges Leistungsergebnis sein. Im Lichte der verbalisierten Anlei-

tung im Rahmen der Internetpräsenz des Klägers und der konkreten Formgestaltung durch den „Versuchsaufbau“ in Weimar hat das Kunstprojekt des Klägers aber die ausreichende konkrete Formgestaltung gefunden. Denn dadurch wurde die Idee des Klägers bereits verwirklicht, was darin bestand die zuvor schriftlich niedergelegte Handlungsanweisung in eine andere konkrete Darstellungsform unter Verwendung neuer, eigener Ausdrucksmittel im Wesentlichen zu übertragen.

d) Das Werk des Klägers besitzt auch ausreichende Individualität und stellt sich als Ergebnis individuellen geistigen Schaffens des Urhebers dar. In seiner Entscheidung zur Schutzfähigkeit eines „Happenings“ hat der Bundesgerichtshof (GRUR 1985, 263 Rn. 7) in diesem Zusammenhang vorausgesetzt, dass es sich um eine Darstellungsform handeln muss, bei der eine bestimmte Idee unter Verwendung neuer und eigenartiger Symbole und Ausdrucksmittel verwirklicht wird. Auch hiervon ist beim Kunstprojekt des Klägers auszugehen.

Denn das Kunstprojekt des Klägers spielt sich in einem im Vergleich zur Alltagswelt grundsätzlich abgegrenzten, besonders arrangierten bzw. gestalteten Raum ab und beinhaltet den Einsatz von besonders ausgewählten Mitteln (vgl. dazu OLG Düsseldorf GRUR 2012, 173). Allerdings verwendet der Kläger bei seinem Projekt zweifellos auch Elemente, die nicht dem Bereich des individuellen Schaffens entstammen, sondern die bereits allgemein bekannten Ritualen entsprechen. So ist es sowohl in der jüdischen („masseltof“ - „viel Glück“) als auch in der christlich-abendländischen Tradition üblich, bei Hochzeiten oder Polterabenden durch Zerschlagen von Porzellan Scherben zu produzieren, um damit gute Wünsche zu verbinden. In diesem Zusammenhang existiert auch das allgemein bekannte, alte Sprichwort „Scherben bringen Glück“. Dass das Porzellan stets mit einer gewissen Kraft oder aus einer gewissen Höhe geworfen werden muss, damit Scherben entstehen, ist ebenfalls eine allgemein bekannte Selbstverständlichkeit.

Individuelle Züge erlangt das Kunstprojekt des Klägers aber dadurch, dass der Kläger - vergleichbar der Handlungsanweisung bei einem „Happening“ - eine Vielzahl von Menschen dazu auffordert, an einem bestimmten Platz dieses Ritual auch außerhalb einer Hochzeitsfeier oder eines Polterabends durchzuführen und dabei dann einen „Berg“ entstehen zu lassen, der für lange Zeit verbleibt und stets wächst und als „Berg der Wünsche“ deklariert wird. Denn allgemein üblich ist es demgegenüber, die entstandenen Scherben spätestens nach Abschluss des Hochzeitsfestes weg zu räumen.

Zumindest das Entstehenlassen eines „Bergs der Wünsche“ nach einer Handlungsanweisung an eine Vielzahl von Mitwirkenden über längere Zeit ist damit nicht Teil des Allgemein- oder Volksgu-

tes. Dies gilt erst recht in Zusammenhang mit der vom Kläger ersonnenen ästhetischen Bedeutung als „Berg der Wünsche“, in dem sich symbolisch die (unerfüllten) Wünsche einer unbekannt großen Vielzahl von Menschen, die untereinander nicht bekannt oder befreundet sind, zusammenfinden sollen. Die vorgegebene Handlungsanweisung ist dabei nicht bloße Beschreibung eines rein sachlichen Ablaufs ohne phantasiehafte Elemente. Insbesondere auch das entstehende Objekt („Berg der Wünsche“) ist damit auch kein rein physikalisch bedingter, ansonsten bedeutungsloser Vorgang. Denn auch wenn es sich um einen einfachen Berg aus Scherben handelt, verkörpert dessen Entstehen an der vorgegebenen Stelle eine durch die Handlungsanweisung vorgegebene ästhetische Bedeutung und besitzt damit als eine Ausdrucksform, die über den reinen „Scherbenhaufen“ hinausgeht, individuelle Züge, die das geistige Schaffen des Urhebers widerspiegeln. Diese individuellen Züge sind weder in der allgemeinen Tradition noch - bislang unbestritten - in vorbekannten Werken aufzufinden und unterscheiden sich deshalb von Vorbekanntem ausreichend. Da es nicht notwendig ist, dass etwas völlig Neues entsteht (vgl. dazu Fromm/Nordemann/Axel Nordemann, Urheberrecht, § 2 Rn. 28), ist dies ausreichend.

Urheberrechtsschutz erlangt das Projekt des Klägers deshalb in erster Linie dadurch, dass ein „Berg der Wünsche“ durch Anwachsen von Porzellanscherben aufgrund der Teilnahme vieler Mitwirkender über lange Zeit entsteht. Dazu kommt, dass eine bestimmte Auswahl und Anordnung von Gestaltungselementen in ihrer Gesamtheit die Individualität begründen, auch wenn Teile von ihnen dem Allgemeingut entstammen. Das Mindestmaß an zu fordernder Individualität im Sinne urheberrechtlicher Gestaltungshöhe (vgl. dazu Fromm/Nordemann/Axel Nordemann, Urheberrecht, § 2 Rn. 30) ist damit jedoch erreicht.

Das Unterlassungsbegehren des Klägers ist bei verständiger Würdigung und nach der ausdrücklichen Erklärung des Klägers zur Notwendigkeit des kumulativen Vorliegens der im Antrag genannten Elemente des Kunstprojekts auch gerade darauf gerichtet, Schutz für das Kunstprojekt in seinem Gesamttablauf geltend zu machen. Es ist nicht so zu verstehen, dass es sich gegen jedes der von ihm für wesentlich gehaltenen Elemente einzeln wendet („Porzellanstück nehmen und Wunsch äußern“, „Porzellanstück hinabwerfen und zerbrechen lassen“ und „Porzellanscherben am Ort belassen und zu einem Berg anhäufen lassen“). Denn unzweifelhaft kann der Kläger nicht z.B. den Vorgang des Porzellanwerfens allein für sich monopolisieren. Der Kläger hat seinen Unterlassungsantrag insoweit aber auch gerade nicht so formuliert, dass die Elemente durch ein „oder“ verknüpft wären.

4.

Der Kläger ist auch Inhaber dieses Urheberrechts. Es kommt nicht entscheidend darauf an, dass möglicherweise ein Dritter eine entsprechende Zeichnung erstellt hat, die im Rahmen der Internetpräsenz des Beklagten abgebildet ist. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Zeuge Klöver dem Kläger ausschließliche Nutzungsrechte an einer Zeichnung eingeräumt hat. Vielmehr ist entscheidend, dass diese Formgestaltung nach den Anweisungen des Klägers erfolgt ist und der Kläger diese Form auch bereits durch einen Versuchsaufbau in Weimar, dessen Durchführung im Berufungsverfahren nicht mehr im Streit steht, durch eine von ihm stammende Beschreibung konkretisiert und vorübergehend gestaltet hat, wobei unzweifelhaft niemand anders als er selbst als Urheber einer solchen Gestaltung in Betracht kommt.

5.

Die Beklagte hat das Urheberrecht des Klägers verletzt.

a) Die Beklagte hat gerade die aufgrund der Gesamtgestaltung entstandene Individualität und seinen prägenden Einzelbestandteil des anwachsenden „Berges der Wünsche“ übernommen (§ 16 UrhG). Sie hat diese individuellen Elemente des Kunstwerks des Klägers (identisch bzw. nahezu identisch) nachgebildet und selbst ausgeführt bzw. durch eine Vielzahl von Teilnehmern ausführen lassen (vgl. grundlegend BGH GRUR 2010, 628 Rn. 17 - Vorschaubilder I; Dreier/Schulze UrhG, § 16 Rn. 10, 11; Schricker/Loewenheim, UrhG, § 16 Rn. 7).

Selbst wenn man einige Abweichungen berücksichtigt, so liegt jedenfalls eine zur Veröffentlichung und Verwertung nach § 23 UrhG der Einwilligung des Urhebers bedürftige (andere) Umgestaltung vor, zumal die Beklagte das Kunstprojekt des Klägers, nachdem es ihr vorgestellt wurde, in seinen Einzelheiten genau kannte. Die Einwilligung liegt unzweifelhaft nicht vor.

Eigene Individualität der Beklagten kommt bei der Realisierung des Projektes durch die Beklagte nicht zum Ausdruck (vgl. dazu Fromm/Nordemann/Axel Nordemann, UrhG, §§ 23/24 UrhG Rn. 10). Aus dem Werbefilm der Anlage K 5 geht vielmehr hervor, dass den Besuchern der Leuchtenburg im Wesentlichen genau dieselben Handlungsanweisungen zum Nehmen, Wünschen, Werfen und Zerberstenlassen von Porzellan gegeben werden wie sie der Kläger bei seinem Projekt vorgesehen hat und dass - und dies ist entscheidend - ein (auch genau so bezeichneter) „Berg der Wünsche“ durch das von vielen Menschen geworfene Porzellan entstehen soll.

Keine entscheidende Rolle spielt, dass der „Skywalk“ der Leuchtenburg eine ganz besondere, von den Skizzen des Klägers abweichende Abwurfplattform ist und dass die Gäste der Leuchtenburg ihre Wünsche zusätzlich auf den Porzellanteller schreiben können. Die entscheidende Übernahme der Individualität des Klägers liegt nämlich nicht in der Gestaltung der Abwurfplattform oder des zu werfenden Gutes, sondern im Gesamtablauf, der in dem Entstehenlassen des „Berges der Wünsche“ mündet, ohne das Porzellan weg zu räumen. Die Beklagte hat dafür in ihrem Werbefilm sogar ausdrücklich die Bezeichnung „Berg der Wünsche“ verwendet. Deshalb ist es keine ausreichende Abweichung, wenn die Beklagte - trotz Übernahme der anderen wesentlichen Elemente des Gestaltungsablaufs - ihren „Skywalk“ als „Steg der Wünsche“ bezeichnet.

Ohne Bedeutung ist auch, dass die Beklagte Besuchern freistellt, Porzellan herabzuwerfen. Das Merkmal einer unbestimmten Vielzahl von Teilnehmern prägt gerade auch das Kunstprojekt des Klägers. Vorab festgelegter „Mitwirkender“ bedarf es deshalb gerade nicht.

b) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, bei ihr entstehe kein „Berg“ aus Porzellanscherben. Dass das Gegenteil der Fall ist, steht auch zur Überzeugung des Senats nach der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme fest. Die Beweismwürdigung durch das Landgericht ist nicht zu beanstanden. Die vorgelegten Lichtbilder (Anlage K 10) sowie die Aussage des Zeugen Pietruck ergeben, dass unterhalb des „Skywalks“ ein gesonderter Platz geschaffen wurde, auf dem sich die Scherben sammeln und auf dem ein „Berg“ der Wünsche entstehen kann. Ein solcher ist, wie die Lichtbilder und die Zeugenaussage belegen auch bereits entstanden gewesen, wobei es nicht entscheidend darauf ankommt ob ein solcher „Berg“ schon in einer bestimmten Höhe entstanden war. Vielmehr ist mit dem Landgericht davon auszugehen, dass die entsprechende klägerische Behauptung, dass eine - was ausreicht - Anhäufung entstanden sei, bewiesen ist.

6.

Der Kläger stützt seinen Anspruch ausdrücklich auf Wiederholungsgefahr. Die darin möglicherweise liegende Klageänderung war zulässig, weil sie sachdienlich war (§ 263 ZPO). Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Beklagte das Kunstprojekt realisiert hatte und so die Entscheidung der Entscheidung des gesamten Streits dient.

Die Wiederholungsgefahr ist gegeben, weil sie durch den, wie dargestellt, bewiesenen Verstoß

indiziert ist. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, die die Wiederholungsgefahr entfallen lassen könnte, hat die Beklagte nicht abgegeben. Keine Rolle spielt, ob eine zuvor bestehende Erstbegehungsgefahr gegebenenfalls durch eine nicht strafbewehrte ernsthafte gegenteilige Erklärung der Beklagten hätte ausgeräumt werden können. Denn auch dazu reichte das Verhalten der Beklagten nicht aus. Der zur Beseitigung der Erstbegehungsgefahr erforderliche „actus contrarius“ hätte mehr umfassen müssen als die bloße Erklärung in einem bei Gericht eingereichten Schriftsatz. Besucher des „Skywalks“ wurden nicht aufgeklärt; auch wurde rein tatsächlich für ein Wegräumen der Scherben gerade nicht Sorge getragen.

7.

Der Anspruch des Klägers auf Erstattung von Abmahnkosten folgt aus § 97a Abs. 3 Satz 1 UrhG.

a) Die Abmahnung des Klägers war nach dem Gesagten berechtigt. Die Beklagte hat die Zahlung von Abmahnkosten ernsthaft und endgültig verweigert. Deshalb ist der Kläger wegen der Abmahnkosten nicht auf die Geltendmachung eines Freistellungsanspruchs beschränkt, vielmehr hat sich der aus § 257 BGB folgende Freistellungsanspruch des Klägers entsprechend § 250 Satz 2 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt (OLG Köln, Urteil vom 06. Februar 2015 – I-6 U 209/13 –, juris). Im Übrigen ist es für die Entscheidung unerheblich, ob der Kläger nur einen Teil der unzweifelhaft angefallenen Abmahnkosten, die als vorgerichtliche Abmahnkosten nicht von der Prozesskostenhilfegewährung durch das staatliche Gericht erfasst sind, an seinen Prozessbevollmächtigten gezahlt hat.

8.

Die von der Beklagten im Berufungsverfahren erhobene Widerklage dahingehend, dass festgestellt wird, dass dem Kläger keine Schadensersatzansprüche zustehen, ist unbegründet.

a) Der Zulässigkeit der Widerklage steht nicht Ziff. 3 des landgerichtlichen Urteils entgegen, wodurch festgestellt wurde, dass sich die ursprünglich von der Beklagten erhobene Feststellungsklage erledigt hat. Zwar umfasste diese ursprüngliche negative Feststellungsklage auch das Begehren der Beklagten, festzustellen, dass ein Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der mit Abmahnung vom 18.8.2014 geltend gemachten Urheberrechtsverletzung nicht bestehe. Die Beklagte hat diese negative Feststellungsklage im Termin vor dem Landgericht am 17.3.2016 -

insgesamt - für erledigt erklärt. Die Feststellung der Erledigung, wie sie dann in Ziff. 3 des landgerichtlichen Urteils missverständlich erfolgte, entfaltete aber, wie auch die Entscheidungsgründe zeigen, keine Feststellungs- und Rechtskraftwirkung im Hinblick darauf, dass die ursprüngliche Feststellungsklage - auch wegen des Schadensersatzes - zulässig und begründet war, sondern beschränkte sich darauf festzustellen, dass die anhängig gewesene Hauptsache gegenstandslos geworden ist (vgl. Zöller/Vollkommer § 91a ZPO Rn. 46). Mit einer Abweisung des Feststellungsantrages nach einer einseitigen Erledigungserklärung ginge auch keine Abweisung des ursprünglich erhobenen prozessualen Anspruchs einher (OLG Nürnberg NJW-RR 1989, 444).

b) Die Widerklage konnte im Berufungsverfahren zulässig erhoben werden. Eine Widerklage ist nach § 533 ZPO dann zulässig, wenn, unbeschadet der Voraussetzungen nach Ziff. 1 dieser Norm, diese auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zu Grunde zu legen hat. Zu diesen Tatsachen gehören auch neue Tatsachen, deren Berücksichtigung zulässig ist. Dies ist hier der Fall, da das angebliche Berühren des Klägers im Hinblick auf Schadensersatzansprüche erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgte.

c) Die Widerklage ist aber unbegründet. Der Beklagten steht das erforderliche Feststellungsinteresse nicht zur Seite. Denn dadurch, dass in einem Zeitungsartikel von einem Journalisten berichtet wird, dass der Kläger eine angemessene Vergütung fordert, ist nicht dargelegt, dass sich der Kläger gegenüber der Beklagten, wie dies erforderlich wäre, irgendwelcher Schadensersatzansprüche wegen einer Urheberrechtsverletzung berührt hat. Eine sonstige Aufforderung im Hinblick auf Schadensersatzansprüche seitens des Klägers oder dessen Prozessbevollmächtigten gibt es ersichtlich nicht.

Etwas anderes gilt auch nicht, soweit der Kläger mit der Widerklageerwidern vorgetragen hat, ihm stünden Schadensersatzansprüche zu. Hierin liegt kein Berühren von Schadensersatzansprüchen, sondern es handelt sich bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Ausführungen lediglich um Rechtsausführungen im Rahmen einer zulässigen Rechtsverteidigung.

Daher war wie aus dem Urteilstenor ersichtlich zu entscheiden. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, weil ein gesetzlicher Grund dafür nicht vorliegt (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Entscheidung betrifft die Würdigung eines Einzelfalles auf der Grundlage anerkannter Rechtsgrundsätze, insbesondere der Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs. Auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder zur Fortbildung des Rechts ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erforderlich.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO. Da die Widerklage, wie ausgeführt, einen weiteren Streitgegenstand betrifft, war ihr - mit € 2.000,00 als angemessen bewerteter - Wert dem vom Kläger selbst mit € 20.000,00 bezifferten Wert für den Unterlassungsantrag hinzu zu addieren.

gez.

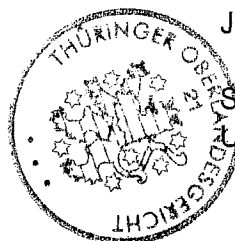
Orth
Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

Grüneberg
Richter
am Oberlandesgericht

Prof. Dr. Schlingloff
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 15.03.2017

Schnell, JOSin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beglaubigt
Jena, 16/03/2017

[Handwritten Signature]
Schnell, Justizobersekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle