

Volltext zu MIR Dok.: 257-2008
Veröffentlicht in: MIR 08/2008
Gericht: LG München I
Aktenzeichen: 21 O 10753/07
Entscheidungsdatum: 21.05.2008
Vorinstanz(en):

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1725

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

LANDGERICHT MÜNCHEN I Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

erlässt das Landgericht München I, 21. Zivilkammer, durch Richter am Landgericht X als Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.03.2008 am 21.05.2008 folgendes

Endurteil

- I. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von € 5,00 bis zu € 250.000,00, an dessen Stelle – im Falle der Uneinbringlichkeit – eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen bei der Beklagten zu 1) am jeweiligen Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin, für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gemäß § 890 ZPO zu unterlassen, folgende Fotografien im Internet öffentlich zugänglich zu machen und/oder zugänglich machen zu lassen, insbesondere wie unter „www.tde“ geschehen:
- II. Die Widerklage und die Hilfswiderklage werden abgewiesen.
- III. Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen die Beklagte zu 1) 69 % und der Beklagte zu 2) 31 %. Die Beklagten tragen ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.
- IV. Das Urteil ist für den Kläger in Ziffer I. gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 5.000,00 € vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch den Kläger in Ziffer III. jeweils durch Sicher-

heitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

sowie folgenden

Beschluss

Der Streitwert der Klage wird auf 20.000,00 €, der Streitwert der Widerklage auf 10.000,00 € und der Streitwert der Hilfswiderklage auf 2.726,18 € festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagten im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens zu einem vor dem Landgericht Berlin durchgeführten einstweiligen Verfügungsverfahren auf Unterlassung des öffentlichen Zugänglichmachens von bestimmten Fotos in Anspruch, während die Beklagte zu 1) mittels Widerklage u.a. die Feststellung begehrt, dass der Kläger nicht Urheber näher bezeichneter Fotos ist; hilfsweise macht sie den Ersatz des Schadens geltend, der ihr durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung entstanden sei.

Der Kläger ist freischaffender Fotograf und beschäftigt sich insbesondere mit Landschaftsfotografie. Die Beklagte zu 1) betreibt eine Golfanlage in E. und ist Inhaberin einer Homepage unter der Domain www.t....de, mit welcher sie sich bundesweit an interessierte Golfspieler wendet. Der Beklagte zu 2) ist Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten zu 1) und außerdem der administrative Ansprechpartner für die gerade genannte Domain.

Der Kläger erwirkte unter dem 12.10.2006 beim Landgericht Berlin gegen die Beklagten eine einstweilige Verfügung (Az. 16 O 905/06; Anlage K 4), mit der ihnen die künftige öffentliche Wiedergabe von insgesamt elf Fotografien (Anlage K 1) untersagt wurde, welche nach Vortrag des Klägers durch diesen angefertigt worden seien und welche die Beklagte zu 1) ohne Zustimmung des Klägers auf der Startseite („Home“) sowie den Unterseiten (Rubriken „Resort“, „Platz“, „Akademie“, „Sport“, „Termine & Turniere“ und „Download“) ihrer Homepage verwendet hatte (vgl. Screenshots Anlage K 7).

Die streitgegenständliche Homepage wurde zum damaligen Zeitpunkt automatisch mit den elf streitgegenständlichen Fotos sowie mit ca. fünf bis sechs weiteren Fotos dergestalt bebildert, dass bei jedem neuen Seitenaufruf (sei es dieselbe Seite, sei es eine neue Seite z.B. in einer anderen Rubrik) nach einem bestimmten Algorithmus ein Foto einer Bilddatenbank vom Server abgerufen und auf den hierfür vorgesehenen, gleichbleibenden Platz auf den Seiten (vgl. Screenshots in Anlage K 7) eingespeist wurde; wollte also ein Homepagebesucher ein bestimmtes Foto sehen, musste er entweder immer wieder dieselbe Seite neu oder aber neue Seiten aufrufen, bis dieses Foto (wieder) erschien.

Die Beklagten legten gegen die einstweilige Verfügung, die ihrem Prozessbevollmächtigten am 20.10.2006 zugestellt wurde, Widerspruch ein. Nachdem der Kläger seinen Verfügungsantrag hinsichtlich sieben Fotografien (Anlage WK 1 bis WK 7) teilweise zurücknahm, den Verbotsantrag im Umfang von vier der ursprünglich geltend gemachten elf Fotografien aufrecht erhielt und die Beklagten die Urheberschaft des Klägers an diesen vier Fotografien in ihrem Widerspruchsschriftsatz vom 02.11.2006 (Anlage K 16) unstreitig gestellt hatten, bestätigte das Landgericht Berlin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30.01.2007 mit Urteil vom gleichen Tage (Anlage K 5) die einstweilige Verfügung im Umfang des durch den Kläger aufrecht erhaltenen Verfügungsantrags. Die vier Fotografien, deren öffentliches Zugänglichmachen durch die Beklagten weiterhin verboten wurde, sind im folgenden abgebildet (Anlage K I 1 bis K I 4): ...

In Reaktion auf die einstweilige Verfügung vom 12.10.2006 ließen die Beklagten die von der einstweiligen Verfügung erfassten Fotos (bis auf eine Abbildung in einem pdf-Dokument, so dass das LG Berlin auf Antrag des Klägers am 12.02.2007 einen Bestrafungsbeschluss i.H.v. 250 € erließ, vgl. Anlage K 12) von ihrer Homepage entfernen.

Die Beklagten sind im Besitz einer CD mit der nicht vom Kläger stammenden Aufschrift „A. B. 15/11/04 Landschaften T. Golf“, auf welcher sich die Bilddateien gemäß Anlagen K I 1 und K I 3 mit jeweiligem Abspeicherungsdatum 15.11.2004 befinden, sowie einer CD mit der Aufschrift „pix V. f. C. Golf Cup 16/10/04“, auf welcher sich die Bilddateien gemäß Anlagen K I 2 und K I 4 mit jeweiligem Abspeicherungsdatum 17.10.2004 befinden. Im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens trugen die Beklagten in ihrem Widerspruchsschriftsatz vom 02.11.2006 (Anlage K 16) vor, dass der Kläger dem Beklagten zu 2) einige Tage nach dem Golfturnier „v. f. c.“ auf der Anlage der Beklagten zu 1) vom 16.10.2004, spätestens aber bis Ende Oktober 2004, zwei CDs mit Fotomaterial, welches er am Turniertag gefertigt habe, übergeben habe.

Weiterhin trugen die Beklagten dort vor, dass der Kläger, nachdem der Beklagte zu 2) nach weiteren Landschaftsaufnahmen fragte, da solche auf den zunächst übergebenen zwei CDs fehlen würden, wiederum einige Tage später – mutmaßlich Anfang bis Mitte November 2004 – eine weitere CD mit Fotomaterial, welches er ebenfalls am Turniertag gefertigt habe, übergeben habe. Ferner legte der Beklagte zu 2) im einstweiligen Verfügungsverfahren eine eigene eidesstattliche Erklärung vom 31.10.2006 (Anlage K 17) vor, wonach die vom Kläger übergebenen CDs von seiner damaligen Mitarbeiterin Frau M. R., geb. J. beschriftet worden seien. Diese bestätigte gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 14.12.2006 (Anlage K 9), dass sie (lediglich) die CD „pix V. f. C. Golf Cup 16/10/04“ eigenhändig beschriftet habe. Der Kläger legte im Hauptsacheverfahren außerdem in Anlagenkonvolut K 26/1 bis K26/4 sowie in Anlagenkonvolut K 27 Screenshots einiger Fotos samt Metadaten einer Fotoserie vor, darunter für die Fotos gemäß Anlage K I 2 (Dateiname: _MG_0134.jpg) und K I 3 (Dateiname: _MG_0160.jpg).

Mit außergerichtlichem Schreiben vom 31.01.2007 (Anlage K 11) erklärte der Prozessbevollmächtigte des Klägers gegenüber den Beklagten, dass der Kläger – ohne seinen bisherigen Standpunkt aufzugeben und ohne Anerkenntnis einer diesbezüglichen Rechtspflicht sowie ohne jedes Präjudiz für die Sach- und Rechtslage – seine Ansprüche im Hinblick auf die Fotografien im Umfang der teilweisen Rücknahme seines Verfügungsantrages nicht weiterverfolge.

Nachdem der Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit Schreiben vom 07.02.2007 (Anlage K 20) in Reaktion auf das Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 31.01.2007 darauf hinwies, dass „davon auszugehen [sei], dass Ihr Mandant sich weiterhin einer Urheberschaft und der damit verbundenen Rechte an den in Ihrem Schreiben genannten Fotografien geriert“ und die Beklagten „deswegen ein besonderes Interesse an einer Feststellung der tatsächlichen Urheberschaft an diesen Bilddateien“ hätten, und zwar „unabhängig davon, ob Ihr Mandant aus seinen vermeintlichen Rechten Ansprüche geltend macht oder nicht“, stellte der Kläger mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 09.02.2007 (Anlage K 21) klar, dass es sich bei seinem Schreiben vom 31.01.2007 um „ernsthafte Erklärungen“ gehandelt habe.

Mit Schriftsatz vom 23.04.2007 (Anlage K 6) beantragten die Beklagten beim Landgericht Berlin, dem Kläger die Erhebung der Hauptsacheklage aufzugeben.

Der Kläger behauptet, dass er Urheber der elf in Anlage K 1 vorgelegten und ursprünglich auf der Homepage der Beklagten zu 1) veröffentlichten Fotografien ist; diese seien Bestandteil mehrerer Serien von Landschaftsfotografien sowie von Fotografien von Golfplätzen und Golfspielszenen, die er ohne Auftrag durch Dritte bzw. durch die Beklagten in den Jahren 2003/2004 hergestellt habe. Die in Anlage K 1 abgebildeten Fotografien habe er dem Beklagten zu 2) in Form von Dias bzw. als auf CD abgespeicherte Dateien im Jahr 2004 übergeben, verbunden mit der Anfrage, ob die Beklagten Interesse an einer Nutzung hätten. Das Foto in Anlage K I 1 habe er am 17.11.2004, in Anlage K I 2 am 15.11.2004, in Anlage K I 3 am 17.11.2004 und in Anlage K I 4 am 16.10.2004 mit seiner Digitalkamera aufgenommen; dies ergebe sich hinsichtlich der Fotos Anlage K I 2 und K I 3 bereits aus den dazugehörigen, nicht fälschbaren Metadaten (Anlagen K 18 und K 19 bzw. Anlage K 26/1 und K 26/2) sowie aus den jeweiligen sog. „Hot Pixel“ als individueller „Fingerabdruck“ eines jeden Fotos, durch die eine eindeutige Zuordnung zur Kamera des Klägers hergestellt werden könne. Die Fotografie in Anlage K I 4 habe er ohne jeden Auftrag durch die Beklagten angefertigt und ihnen hieran keinerlei Rechte eingeräumt sowie hierfür keinerlei Zahlung erhalten.

Zu dem Tag des Golf-Turniers „v. f. c.“ am 16.10.2004 auf der Anlage der Beklagten zu 1) habe der Kläger vom Beklagten zu 2) lediglich den Auftrag entgegengenommen, ausschließlich die abendliche Preisverleihung und somit nur die an der Preisverleihung teilnehmenden Personen zu fotografieren; hierfür habe er 100 € erhalten. Über die Herstellung von Landschaftsfotografien oder von Fotografien der Personen auf dem Golfplatz am 16.10.2004 habe der Kläger dagegen mit dem Beklagten zu 2) niemals verhandelt.

Die CD mit der Aufschrift „A. B. 15/11/04 Landschaften T. Golf“ sei am oder nach dem 17.11.2004, die CD mit der Aufschrift „pix V. f. C. Golf Cup 16/10/04“ sei am oder nach dem 15.11.2004 gebrannt worden.

Der Kläger ist der Ansicht, dass mangels Nutzungsrechtseinräumung aufgrund der öffentlichen Zugänglichkeit der vier klagegegenständlichen Fotos auf der Homepage der Beklagten zu 1) ein Unterlassungsanspruch gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG besteht. Das einfache Bestreiten seiner Urheberschaft durch die Beklagten sei insbesondere im Hinblick auf ihren Vortrag im einstweiligen Verfügungsverfahren unbeachtlich. Ob und wann der Kläger die vier klagegegenständlichen Fotos an den Beklagten zu 2) übergeben hatte, könne dahinstehen. Gleiches gelte für den genauen Zeitpunkt der Herstellung der Fotos; maßgeblich sei lediglich, dass er sie hergestellt habe.

Der Kläger beantragt

Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von € 5,00 bis zu € 250.000,00, an dessen Stelle – im Falle der Uneinbringlichkeit – eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen bei der Beklagten zu 1) am jeweiligen Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin, für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gemäß § 890 ZPO zu unterlassen, die in Anlage K I wiedergegebenen Fotografien im Internet öffentlich zugänglich zu machen und/oder zugänglich machen zu lassen, insbesondere wie unter „www.t....de“ geschehen.

Die Beklagten beantragen

Klageabweisung

sowie die Beklagte zu 1) im Rahmen einer Widerklage:

Es wird festgestellt, dass der Kläger die als Anlagen WK 1 bis WK 7 beigefügten Fotografien weder selbst gefertigt, noch diese in Form von Dias, Abzügen, in Dateiform oder in sonstiger Weise dem Beklagten zu 2) übergeben hat.

hilfsweise:

Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte zu 1) einen Betrag in Höhe von 2.726,18 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus ab Zustellung der Widerklage zu zahlen.

Der Kläger beantragt

(Hilfs-)Widerklageabweisung.

Die Beklagten behaupten, dass das Unstreitigstellen der Urheberschaft des Klägers an den vier streitgegenständlichen Fotografien im einstweiligen Verfügungsverfahren irrtümlich erfolgt ist, weil sie zunächst davon ausgegangen seien, dass sämtliche Fotos anlässlich des Golf-Turniers „v. f. c.“ auf ihrer Anlage am 16.10.2004 angefertigt worden seien; da der Kläger erst im Schriftsatz vom 24.01.2007 vorgetragen habe, dass die Fotos in den Anlagen K I 2 und K I 3 erst später gemacht worden seien, hätten die Beklagten bis zum Verhandlungstermin am 30.01.2007 vor dem Landgericht Berlin nicht mehr sachgerecht reagieren können.

Weiterhin könne der Kläger die Fotos in Anlage K I 1 bis K I 3 nicht am 15.11.2004 bzw. am 17.11.2004 gemacht haben, weil nach mündlicher Auskunft des Deutschen Wetterdienstes an diesen beiden Tagen jeweils trübes Regenwetter ohne Sonnenschein geherrscht habe; nach Auskunft der Wetterberatung „Lacunososa“ (Anlage WK 9) habe außerdem am 17.11.2004 für den Raum S., zu welchem das Gut T. gehört, eine geschlossene Wolkendecke mit vereinzelt Regen geherrscht. Es dränge sich daher die Vermutung auf, dass es sich bei den streitgegenständlichen Fotos ausschließlich um solche handele, die aus dem Archiv bzw. Bilderpool der Beklagten stammten und möglicherweise von der Homepage der Beklagten heruntergeladen worden seien. Die Beklagten hätten die Bilddateien Anlagen K I 1 und K I 3 schon am 15.11.2004 in Besitz gehabt. Bei dem Foto in Anlage K I 2 handele es sich um eine Aufnahme, die am 16.10.2004 anlässlich des Turniers „v. f. c.“ erstellt worden sei, und die die Beklagten schon seit 17.10.2004 im Besitz gehabt hätten. Das Foto in Anlage K I 4 sei tatsächlich am 16.10.2004 anlässlich des genannten Turniers gemacht worden und zeige Turnierteilnehmer; es sei aber davon auszugehen, dass sich dieses Foto im Fundus der Beklagten befunden habe, nachdem bei jedem Turnier Mitarbeiter der Beklagten selbst Fotos fertigen und auf den entsprechenden Festplatten der Beklagten abspeichern würden. Dass das Foto K I 2 nicht, wie der Kläger behauptet, am 15.11.2004 aufgenommen worden sein kann, zeige auch das Foto mit gleichem Datum aus der vom Kläger vorgelegten Fotoserie in Anlagenkonvolut K 27 mit dem Dateinamen _MG_0136.jpg, auf welchem ein Werbeträger mit der Aufschrift „GOLFCOM“ zu sehen sei; dieser sei nur anlässlich des Turniers am 16.10.2004 aufgestellt und am selben Abend wieder entfernt worden. Die angeblichen Aufnahmedaten 15.11.2004 und 17.11.2004 kämen auch deswegen nicht in Frage, weil an diesen Tagen die sog. „Sommer-Grüns“ nicht mehr bespielbar, sondern ohne Löcher und Fahnen aufgrund von Absperrungen nicht mehr betretbar gewesen seien; die Fotos Anlagen K I 1 bis K I 3 würden aber eben solche noch betret- und bespielbaren „Sommer-Grüns“ zeigen.

Als das Turnier vom 16.10.2004 anstand, habe der Beklagte zu 2) mit dem Kläger Verhandlungen geführt über Fotografierarbeiten; der Kläger habe ursprünglich 350 € als Honorar für die Tätigkeit nebst anschließender Einräumung aller Nutzungsrechte an den Bildern gefordert, sei aber vom Beklagten zu 2) auf ein Honorar i.H.v. 100 € – wie sich aus der Turnierabrechnung (Anlage WK 12) ergebe – heruntergehandelt worden. Gegen Zahlung dieses Betrags sei vereinbart worden, dass der Kläger am Turniertag Fotos von der Golfanlage, den Turnierteilnehmern und dem Personal der Beklagten zu 1) fertige und diese Fotos anschließend zur Nutzung überlasse; zusätzlich habe der Kläger an der Abendveranstaltung mit reichhaltiger Bewirtung gratis teilnehmen können. Nachdem der Kläger vereinbarungsgemäß am 16.10.2004 auf der Golfanlage fotografiert habe, sei er einige Tage später im Büro des Beklagten zu 2) erschienen und habe dort Fotomaterial, darunter das in Anlage K I 4 vorgelegte und am Turniertag angefertigte Foto, übergeben. Bei der Übergabe habe der Kläger erklärt, dass er die darauf befindlichen Dateien der Beklagten zu 1) zur freien Verfügung, insbesondere zur werblichen Nutzung, überlasse.

Aufgrund der einstweiligen Verfügung sei die Beklagte zu 1) gezwungen gewesen, sämtliche Geschäftsunterlagen einzuziehen und alle Hinweistafeln, Werbeschilde etc. auf der Golfanlage zu entfernen, auf denen die elf von der einstweiligen Verfügung erfassten Fotos abgebildet waren. Ferner hätten deswegen neue Materialien wie Briefpapier, Visitenkarten, Flyer, Mitgliedsanträge, Abschlagtafeln, Wegweiser etc. neu erstellt werden müssen, so dass hierfür ein Aufwand i.H.v. mindestens ca. 18.000,00 € entstanden sei.

Hinsichtlich der Widerklage behauptet die Beklagte zu 1), dass die Fotos in den Anlagen WK 1 bis WK 4 von Herrn G. B., in den Anlagen WK 5 und WK 6 von Herrn M. L. und in Anlage WK 7 von Herrn R. L. gefertigt wurden, wobei der Beklagten zu 1) an allen Fotografien sämtliche Nutzungsrechte übertragen worden seien. Im Rahmen der Hilfswiderklage behauptet die Beklagte zu 1), dass die von der einstweiligen Verfügung vom 12.10.2006 umfassten elf Bilder der Homepage – die sich nicht auf einem Server der Beklagten zu 1), sondern auf dem Server der Fa. K. befunden hätten – von der Agentur m. gegen elf neue Bilder (Anlage WK 15) ausgetauscht worden seien. Zuvor habe Herr L. von der Agentur L., welche zum damaligen Zeitpunkt die Homepage betreut habe, die Seiten, auf welchen die gegenständlichen Bilder der einstweiligen Verfügung zu sehen waren, gesperrt, da ein Löschen der Fotos auch für Fachleute kurzfristig nicht umsetzbar gewesen sei; hierdurch habe die Homepage nur bruchstückhaft aufgerufen werden können und sei zeitweilig überhaupt nicht erreichbar gewesen, so dass sich ein „schäbiges“, unprofessionelles Erscheinungsbild der Homepage ergeben habe. Änderungen auf der Homepage hätten aufgrund ihrer Beschaffenheit nur durch speziell qualifizierte EDV-Fachleute durchgeführt werden können. Für Abwicklung und Handling, Sichtung und Retusche sowie Archivierung und Upload der neuen elf Bilder habe die Agentur m. der Beklagten zu 1) am 19.03.2007 (Anlage WK 13) einen angemessenen, ortsüblichen und von der Beklagten zu 1) auch beglichenen Betrag i.H.v. 4.284,00 € brutto berechnet, welcher (entsprechend der Anzahl der Fotos, hinsichtlich derer der Kläger den Verfügungsantrag zurücknahm) in Höhe von $7/11 = 2.726,18$ € den ersatzfähigen Vollstreckungsschaden darstelle. Hinsichtlich der behaupteten konkreten Tätigkeiten der Agentur sowie der Zusammensetzung der einzelnen in Rechnung gestellten Beträge wird auf die Ausführungen der Beklagten zu 1) in ihrem Schriftsatz vom 15.04.2008 sowie das Schreiben der Geschäftsführerin der Agentur m., Frau E., vom 14.04.2008 (Anlage WK 14) Bezug genommen.

Die Beklagten sind der Auffassung, dass Metadaten und Screenshots keine tauglichen Beweismittel sind, da diese Daten frei manipulierbar seien. Dagegen handele es sich bei den beiden von ihr vorgelegten CDs um Datenträger, welche im Nachhinein nicht manipuliert werden könnten; der Kläger könne daher nicht Urheber der streitgegenständlichen Fotos Anlage K I 1 bis K I 3 sein, da die jeweiligen Abspeicherungsdaten zeitlich vor den angeblichen Aufnahmezeitpunkten lägen.

Die Beklagte zu 1) ist hinsichtlich der Widerklage der Ansicht, dass sich das Feststellungsinteresse aus dem fortwährenden Berühmen der Urheberschaft an den Fotos WK 1 bis WK 7 durch den Kläger und damit aus der gegenwärtigen Gefahr ergibt, dass der Kläger weiterhin gegen die Beklagten vorgehe und in einem separaten Verfahren z.B. Schadensersatz wegen der Verwertung der Bilder durch die Beklagten geltend mache oder z.B. an diesen Fotografien Dritten Rechte einräume, die ihm überhaupt nicht zustünden und diese Dritte wiederum die Beklagten in Anspruch nehmen könnten. Diese Gefahr werde auch nicht durch die Schreiben des Klägers vom 31.01.2007 und 09.02.2007 beseitigt, so dass die Beklagte zu 1) die Fotos in Anlage WK 1 bis WK 7 nichts rechtssicher nutzen könnte. Außerdem sei feststellungsfähiges Rechtsverhältnis die Frage, ob die einstweilige Verfügung vom 12.10.2006 hinsichtlich der sieben Fotos, die Gegenstand der Widerklage sind, gerechtfertigt war, denn hierdurch würde geklärt werden, ob eine Basis für Schadensersatzansprüche der Beklagten zu 1) wegen des Aufwands für den Austausch der Materialien, die die streitgegenständlichen Bilder enthielten, besteht. Durch die Widerklage, durch die zumindest über den Schuldgrund mitentschieden werden würde, würde somit ein weiterer Rechtsstreit vermieden werden, denn ansonsten müsste die Durchsetzung der Schadensersatzforderungen isoliert erfolgen. Die Beklagte zu 1) auf eine Leistungsklage zu verweisen, sei unverhältnismäßig und damit unzumutbar, zumal sie den letztendlich ent-

standenen Schaden erst dann abschließend beziffern könne, wenn das gegenständliche Klageverfahren abgeschlossen sei.

Die Schadensersatzpflicht des Klägers hinsichtlich des mit der Hilfswiderklage geltend gemachten Betrags ergebe sich aus § 945 ZPO, da der Kläger nicht Urheber der Fotografien in Anlage WK 1 bis WK 7 und damit die einstweilige Verfügung zu Unrecht ergangen sei. Ferner sei auch ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung gegeben.

Der Kläger entgegnet der Widerklage, dass bereits das notwendige besondere Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 ZPO fehle, da sich der Kläger ausweislich seiner Schreiben vom 31.01.2007 und 09.02.2007 keinerlei Rechte berühme, welche sich auf die Rechtsstellung der Beklagten auswirken würden, sondern darin auf sämtliche Rechte aus den in den Anlagen WK 1 bis WK 7 verzichtet habe.

Hinsichtlich der Hilfswiderklage behauptet der Kläger, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Fotos in Anlage WK 1 bis WK 7 nur aufgrund eines entsprechenden Hinweises der hierüber entscheidenden Kammer des Landgerichts Berlin, welche insoweit aufgrund der im Verfügungsverfahren begrenzten Möglichkeiten der Wahrheitsfindung die Zurückweisung des Verfügungsantrags erwogen habe, sowie aus Beweisnotgründen zurückgenommen zu haben, weil er aufgrund eines technischen Defekts seiner externen Festplatte, auf der u.a. die Fotos in Anlage WK 1 bis WK 7 abgespeichert gewesen seien, nicht mehr darauf habe zugreifen können.

Ferner ist der Kläger im Rahmen der Hilfswiderklage der Ansicht, dass die Beklagte zu 1) den Bilderaustausch im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht kostenfrei selbst – etwa durch ihre hierfür zuständige Mitarbeiterin Frau D. – unter Verwendung von Fotos aus dem eigenen Bilderpool hätte vornehmen können und müssen. Der von der Agentur m. in Rechnung gestellte Betrag, so er tatsächlich für die von der Beklagten zu 1) behaupteten Arbeiten und Bilder angefallen wäre, sei völlig unverhältnismäßig hoch und keinesfalls ortsüblich. Im übrigen träfe die Beklagte zu 1) ein anspruchsausschließendes Mitverschulden, sofern ihr ein Schaden entstanden sei.

Mit Schriftsatz vom 15.04.2008 hat die Beklagte zu 1) ihren Hilfswiderklageantrag i.H.v. 435,27 € zurückgenommen (Bl. 171). Der Schriftsatz vom 15.04.2008 wurde dem Kläger ohne Zustellung und ohne Hinweis i.S.v. § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO übermittelt und ist ihm gemäß seiner Mitteilung im Schriftsatz vom 25.04.2008 am 22.04.2008 zugegangen.

Am 22.10.2007 (Bl. 47/48) erließ das Gericht eine Hinweisverfügung sowie am 15.02.2008 einen Hinweis- und Beweisbeschluss (Bl. 128-130), auf die jeweils ergänzend verwiesen wird. Ferner hat das Gericht Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugin D. und des Klägers als Partei sowie durch Inaugenscheinnahme der von den Beklagten vorgelegten CDs mit der Aufschrift „pix V. f. C. Golf Cup 16/10/04“ und „A. B. 15/11/04 Landschaften T. Golf“ samt der jeweils auf diesen CDs vorhandenen Bilddateien. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme sowie zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 21.12.2007 (Bl. 93-99) und 19.03.2008 (Bl. 152-157) sowie auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet, da dem Kläger als Urheber der streitgegenständlichen Fotografien in Anlage K I 1 bis K I 4 gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG ein Unterlassungsanspruch zusteht (A.).

Die Widerklage ist teilweise mangels eines feststellungsfähiges Rechtsverhältnisses sowie mangels Feststellungsinteresses i.S.v. § 256 ZPO unzulässig (B.).

Die Hilfswiderklage ist unbegründet, weil der geltend gemachte Schaden kein Vollziehungsschaden i.S.v. § 945 ZPO und damit nicht erstattungsfähig ist, eine Schadensersatzpflicht außerdem am Verstoß der Beklagten zu 1) gegen ihre Schadensminderungspflicht scheitern würde und auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ausscheidet (C.).

A.

Der Kläger kann als Hersteller der nicht nur bereits als Lichtbilder i.S.v. § 72 Abs. 1 UrhG, sondern aufgrund ihres individuellen Charakters auch als Lichtbildwerke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhG leistungsschutzsowie urheberrechtlich geschützten Fotos in Anlage K I 1 bis K I 4 gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG Unterlassung von beiden Beklagten verlangen.

I. Die Beklagte zu 1) hat (über die von ihr hierzu beauftragten Personen) die klagegegenständlichen Fotos auf ihrer Homepage gem. § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht, ohne dass der Kläger als Urheber der Fotos ihr ein Nutzungsrecht eingeräumt hat, so dass sie gem. §§ 100, 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG auf Unterlassung haftet.

1. Das Gericht ist gem. § 286 Abs. 1 ZPO aufgrund folgender Umstände davon überzeugt, dass der Kläger Urheber der Fotos in Anlage K I 1 bis K I 4 ist:

a. Erstes und wesentliches Anzeichen hierfür ist der Umstand, dass die Beklagten im einstweiligen Verfügungsverfahren – in dem, wie im Hauptsacheverfahren, die Wahrheitspflicht gem. § 138 Abs. 1 ZPO gilt – unstreitig gestellt haben, dass der Kläger Urheber dieser Fotos sei: Er habe kurz nach dem Turnier vom 16.10.2004, spätestens aber Ende Oktober 2004, zwei CDs mit Fotomaterial übergeben, sowie kurze Zeit später, also Anfang bis Mitte November 2004, eine weitere CD mit Landschaftsfotografien; auf zwei dieser CDs, nämlich diejenigen mit der Beschriftung „A. B. 15/11/04 Landschaften T. Golf“ sowie „pix V. f. C. Golf Cup 16/10/04“, hätten sich die streitgegenständlichen Fotos befunden.

Die Beklagten können in diesem Zusammenhang auch nicht damit gehört werden, dass ihr Vortrag im einstweiligen Verfügungsverfahren irrtümlich erfolgt sei, weil sie zunächst davon ausgegangen seien, dass sämtliche Fotos anlässlich des Golf-Turniers am 16.10.2004 angefertigt worden seien und der Kläger erst im Schriftsatz vom 24.01.2007 vorgetragen habe, dass die Fotos in den Anlagen K I 2 und K I 3 erst später gemacht worden seien, so dass die Beklagten bis zum Verhandlungstermin am 30.01.2007 vor dem Landgericht Berlin nicht mehr sachgerecht hätten reagieren können: Zum einen wäre es den Beklagten entweder durch vorbereitenden Schriftsatz noch vor dem Verhandlungstermin, oder aber durch Erklärung zu Protokoll im Verhandlungstermin ohne weiteres möglich gewesen, einen etwaigen Irrtum aufzudecken und den Sachvortrag klarzustellen bzw. zu ändern. Zum anderen würde der angebliche Irrtum über das Erstellungsdatum der Fotos nichts am Vortrag der Beklagten ändern, dass der Kläger mehrere CDs übergeben habe und sich auf zwei dieser CDs die klagegegenständlichen Fotos befunden hätten.

War der Kläger aber im Besitz der Fotodateien und hat er sie auf CDs gespeichert dem Beklagten zu 2) übergeben, spricht ein erster Anschein dafür, dass er diese Fotos auch hergestellt hat.

b. Die Inaugenscheinnahme der beiden gerade genannten CDs im Termin vom 19.03.2008 hat außerdem bestätigt, dass sich darauf tatsächlich sämtliche vier streitgegenständlichen Fotodateien befanden. Unstreitig ist zudem, dass die ehemalige Mitarbeiterin der Beklagten zu 1, Frau ..., eine vom Kläger übergebene CD beschriftet hat, nämlich diejenige mit der Aufschrift „pix V. f. C. Golf Cup 16/10/04“. Auf dieser CD befindet sich gemäß der Inaugenscheinnahme das Foto in Anlage K I 4 sowie vom Kläger unbestritten (und vom Gericht nachkontrolliert) das Foto in Anlage K I 2. Auch die Zeugin D. hat in ihrer Einvernahme (wenn auch nicht mit hundertprozentiger Sicherheit) bestätigt, dass diese Fotos auf der vom Kläger kurz nach dem Turnier übergebenen CD gespeichert waren.

c. Ein weiteres Anzeichen für die Urheberschaft des Klägers ergibt sich aus der konkreten Beschriftung der (nach Aussage der Zeugin D. bei der Übergabe noch unbeschrifteten) weiteren CD „A. B. 15/11/04 Landschaften T. Golf“ gerade mit seinem Namen: Es liegt nahe, dass durch die Nennung eines Namens auf einer CD gerade diejenige Person bezeichnet werden soll, von der die darauf enthaltenen Dateien stammen.

d. Schließlich spricht für die Urheberschaft des Klägers auch der Besitz und die Vorlage von Screenshots einzelner Fotos samt dazugehöriger Fotodateien auf einer CD in Anlagenkonvolut K 27, welches – wie sich aus den ähnlichen Motiven, den jeweiligen Lichtverhältnissen und der fortlaufenden Dateibenennung ergibt – neben den beiden streitgegenständlichen Fotos K I 2 und K I 3 weitere Fotos einer zusammengehörigen Fotoserie enthält. Kann ein Fotograf eine ganze Serie von zusammenhängenden Fotos vorlegen, spricht ebenfalls ein erster Anschein dafür, dass sämtliche Fotos dieser Fotoserie von ihm stammen.

Die Behauptung des Klägers in diesem Zusammenhang, dass er nicht sämtliche Fotos dieser Fotoserie habe vorlegen können, weil er unbrauchbare oder nicht gelungene Fotos gelöscht habe, ist durchaus nachvollziehbar. Entscheidend ist jedenfalls, dass die vorgelegten Fotos als Teil einer Fotoserie erkannt werden können.

e. Demgegenüber haben die Beklagten keine Angaben darüber machen können, wer anstelle des Klägers der Urheber der klagegegenständlichen Fotografien gewesen sein soll. Sie beschränkten sich vielmehr lediglich auf die „sich aufdrängende Vermutung“, dass die Fotos aus dem Bilderpool der Beklagten zu 1) stammen.

Wie dann aber die Fotodateien in den Besitz des Klägers gekommen sein sollen, haben die Beklagten nicht plausibel darlegen können; angesichts der Maßänderung (die Fotos auf der Homepage der Beklagten sind im Unterschied zu den auf den CDs enthaltenen Fotodateien entsprechend dem hierfür vorgesehenen Platz auf den Seiten allesamt länglich, vgl. Screenshots in Anlage K 7) und der zur vernünftigen Handhabbarkeit notwendigen Dateikomprimierung für Fotos auf Internetseiten (die auf den CDs enthaltenen Fotodateien haben dagegen allesamt eine Dateigröße von mehreren Megabyte) ist hierfür jedenfalls die von den Beklagten ins Feld geführte bloße „Möglichkeit“, dass die Bilder von ihrer Homepage geladen wurden, ungenügend.

f. Die Annahme der Urheberschaft des Klägers wird auch nicht dadurch erschüttert, dass möglicherweise die vom Kläger angegebenen nicht mit den tatsächlichen Aufnahmedaten der Fotos übereinstimmen bzw. die angeblichen Aufnahmedaten nicht zu den jeweiligen Bildabspeicherungsdaten auf den beiden genannten CDs zusammenpassen.

aa. Es stellt eine gerichtsbekannte Tatsache dar, dass entgegen der Behauptung des Klägers die für eine Fotodatei gespeicherten Meta- bzw. EXIF-Daten im Feld „Datum Uhrzeit des Originals“ (abgesehen davon, dass diese ohne weiteres gerichtsbekannt mit entsprechender Software, z.B. mit der im Internet kostenlos erhältlichen Software „Exifer“, nachträglich verändert werden könnten) nicht zwingend den tatsächlichen Aufnahmezeitpunkt wiedergeben müssen: Durchaus denkbar ist nämlich, dass die interne Datumseinstellung der Digitalkamera – z.B. aufgrund falscher manueller Datumseinstellung, aufgrund zeitweiligen Herausnehmens der internen Pufferbatterie bzw. aufgrund deren Entladung oder aber aufgrund Aufspielens einer neuen Firmware – nicht mit dem tatsächlichen Datum übereinstimmt.

bb. Gleiches gilt für das Abspeicherungsdatum einer Datei auf einer CD, da dieses Datum lediglich den Brennzeitpunkt gemäß dem Rechnerdatum darstellt, dieses aber – wiederum z.B. aufgrund einer falschen manuellen Einstellung – nicht zwingend mit dem wahren Datum übereinstimmen muss.

cc. Die konkreten Datumsangaben des Klägers, wann er die vier klagegegenständlichen Fotos gemacht haben will, schließt er außerdem offensichtlich aus den entsprechenden, ihm vorliegenden Metadaten und nicht aus seiner Erinnerung oder sonstigen Umständen. Die Metadaten sind aber eben kein zuverlässiger Anhaltspunkt für das Erstellungsdatum. In seiner Vernehmung gab er außerdem nachvollziehbar an, dass er nicht genau sagen könne, wann er die Bilder aufgenommen habe; er wüsste lediglich, dass es bei drei verschiedenen Gelegenheiten im Herbst 2004 gewesen sei.

dd. Entscheidend für die Frage der Urheberschaft ist der Umstand, dass der Kläger die Fotos angefertigt hat und nicht der Zeitpunkt, wann genau dies war. Für die Tatsache, dass der Kläger die Fotos aufgenommen hat, spricht aber sein vorheriger Besitz und die Übergabe der Fotodateien an den Beklagten zu 2) (s.o. Ziff. A. I. 1. a. bis d.).

ee. Damit bestand für das Gericht keine Veranlassung, den vom Kläger angebotenen Zeugen P. zu hören, da dieser lediglich hätte bezeugen sollen, dass ihm der Kläger im November 2004 die Fotografien gemäß Anlagen K I 1 bis K I 3 gezeigt habe. Hierdurch könnte also lediglich der Beweis geführt werden, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt im Besitz dieser Fotos gewesen ist; dieser Umstand ist aber bereits dem Vortrag der Beklagten zu entnehmen (s.o. Ziff. A. I. 1. a.).

Weil es darüber hinaus, wie ausgeführt, nicht auf den exakten Zeitpunkt der Fotoaufnahmen ankommt und die Metadaten hierfür auch keine hinreichenden Anhaltspunkte bieten, war das von den Beklagten eingeholte Wettergutachten ebenso unerheblich wie ihre Beweisangebote hinsichtlich des Zeitraums der Aufstellung des auf dem Foto mit dem Dateinamen _MG_0136.jpg im Anlagenkonvolut K 27 zu sehenden Werbeträgers mit der Aufschrift „GOLFCOM“ sowie hinsichtlich der Beispiel- und Betretbarkeit des Golfplatzes der Beklagten zu 1) am 15./17.11.2004.

g. Verbleibende Restzweifel an der Urheberschaft des Klägers wurden durch seine Vernehmung als Partei von Amts wegen gem. § 448 ZPO ausgeräumt.

aa. Zum Zeitpunkt seiner Vernehmung im Termin vom 19.03.2008 bestand – wie sich aus den Ausführungen unter Ziff. A. I. 1. a. bis f. entnehmen lässt – für die zu beweisende Tatsache seiner Urheberschaft eine gewisse Anfangswahrscheinlichkeit (vgl. BGH NJW-RR 1992, 920, 921; NJW 1998, 814, 815; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 448 Rn. 2; Greger in Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 448 Rn. 4).

bb. Ferner ist die weitere Voraussetzung der Parteieinvernahme von Amts wegen, dass die Vernehmung erst nach Erhebung aller angebotenen, zulässigen und erheblichen Beweise erfolgen kann (vgl. BGH VersR 1984, 665, 666; Greger, a.a.O., § 448 Rn. 3; Huber in Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 448 Rn. 2), erfüllt.

Während das Beweisangebot zur Einvernahme des Zeugen ... unerheblich war (s.o. Ziff. A. I. 1. a. ee.), war das Beweisangebot des Klägers, hinsichtlich der „Hot Pixel“ als Fingerabdruck seiner Digitalkamera ein Sachverständigengutachten einzuholen, als sog. Ausforschungsbeweis unzulässig und damit unbeachtlich (vgl. Greger, a.a.O., Vor § 284 Rn. 5): Wie der Kläger selbst vortrug und was auch gerichtsbekannt ist (vgl. insofern den Eintrag bei Wikipedia unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Hotpixel>), können diese Hot Pixel durch einen Beschnitt der Fotografie oder „sonstige Manipulation“ (also durch entsprechende Software oder aber bereits durch kamerainterne, automatische Korrekturen) entfernt werden; darüber hinaus enthält nicht jede Fotodatei zwingend solche Hot Pixel. Es ist also nicht gesagt – und diese Möglichkeit räumt auch der Kläger im Rahmen seines Beweisantrags ein –, dass die auf den beiden CDs enthaltenen streitgegenständlichen Fotodateien überhaupt solche Hot Pixel enthalten, so dass der Vortrag des Klägers „ins Blaue hinein“ erfolgte bzw. sich auf eine bloß vermutete Tatsache ohne greifbare Anhaltspunkte (vgl. BGH NJW 1995, 2111, 2112) bezog.

cc. Der Kläger hat in seiner Vernehmung glaubhaft erläutert, dass er die klagegegenständlichen vier Fotografien selbst erstellt hat. So konnte er sich noch an Einzelheiten wie den Föhneinbruch an zwei Tagen gegen Abend, die tiefstehende Sonne beim Erstellen des Fotos in Anlage K I 2 sowie seine Absicht, das Foto in Anlage K I 3 bei einem Wettbewerb einzureichen, erinnern; gleichzeitig räumte er aber auch nachvollziehbar ein, dass er die genauen Daten, an denen er die Fotos gemacht habe, nicht mehr wisse, dass es aber zu drei verschiedenen Anlässen und im Herbst 2004 gewesen sei. Bei seiner Einvernahme hinterließ er einen ruhigen, sicheren Eindruck und machte seine Angaben, ohne in besonderem Maße sein naturgemäßes Interesse am entsprechenden Inhalt der Aussage erkennen zu lassen; er erschien dem Gericht daher auch glaubwürdig. Anhaltspunkte, dass er das Gericht mit der Unwahrheit bedient hat, waren nicht ersichtlich.

2. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagte zu 1) die vier klagegegenständlichen Fotos nutzen durfte. Die Einvernahme der Zeugin D. hat nämlich nicht zur Überzeugung des Gerichts ergeben, dass der Kläger mit dem Beklagten zu 2) im Vorfeld des Golfturniers vom 16.10.2004 eine Vereinbarung getroffen hat, derzufolge der Beklagten zu 1) gegen ein Honorar i.H.v. 100 € Nutzungsrechte zur freien Verfügung für sämtliche an diesem Tag angefertigten Fotos eingeräumt wurden und damit diese Nutzungsrechte auch das öffentliche Zugänglichmachen auf der Homepage der Beklagten zu 1) umfassten.

a. Dass die von den Beklagten behauptete, gerade genannte Vereinbarung tatsächlich so getroffen wurde, konnte die Zeugin D. nicht unmittelbar bestätigen, weil sie bei dem Gespräch zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) nicht anwesend gewesen sei; sie habe lediglich im Anschluss an das Gespräch durch den Beklagten zu 2) von dessen Inhalt erfahren. Der Beklagte zu 2) habe ihr auch gesagt, dass sie vom Kläger eine CD mit Bildern bekommen würden, die sie dann verwenden dürften, wobei sich die Zeugin nicht sicher war, ob der Beklagte zu 2) sagte, dass sie eine CD bekommen würden oder nur Bilder. Ebenso wenig konnte die Zeugin Aussagen über den genauen Umfang der angeblich eingeräumten Nutzungsrechte machen; sie könne sich nicht erinnern, ob der Kläger bei der Übergabe der CDs etwas hinsichtlich der Verwendung der Fotos gesagt habe.

b. Somit bestehen Zweifel, ob im Rahmen dieses Gesprächs tatsächlich die behauptete Nutzungsrechtsübertragung an sämtlichen am 16.10.2004 angefertigten Fotos erfolgte. Der Kläger trug nämlich vor, dass er zwar einen mit 100 € vergüteten Auftrag vom Beklagten zu 2) erhalten habe, dieser Auftrag aber ausschließlich das Fotografieren der abendlichen Preisverleihung und der hieran teilnehmenden Personen zum Inhalt gehabt habe, während man über die Herstellung von Landschaftsfotografien oder von Fotografien der Personen auf dem Golfplatz am 16.10.2004 niemals verhandelt habe. Was nun wirklich Gegenstand des Gesprächs gewesen ist, bleibt auch nach Vernehmung der Zeugin D. – welche lediglich Zeugin vom Hörensagen ist, so dass ihrer Aussage ein geringerer Beweiswert als bei unmittelbaren Wahrnehmungen zukommt – im Unklaren; es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Variante des Klägers zutrifft und z.B. der Beklagte zu 2) den Inhalt der Vereinbarung gegenüber der Zeugin D. falsch wiedergegeben oder diese das Gesagte missverstanden hat. Ebenso ist es nach der Einlassung der Zeugin möglich, dass sich die Aussage des Beklagten zu 1) ihr gegenüber lediglich auf die Bilder (ggf. auf einer CD) der Abendveranstaltung bezog. Weiterhin ist es mangels näherer Aussagen bzw. Erinnerungen der Zeugin denkbar, dass zwar tatsächlich eine Nutzungsrechtseinräumung vereinbart wurde, diese jedoch nicht die Veröffentlichung der Fotos auf der Homepage (sondern z.B. nur die Nutzung auf dem Golfplatzgelände) umfasste. Schließlich spricht auch das verhältnismäßig geringe Entgelt gegen die von der Beklagten zu 1) behauptete umfassende Nutzungsrechtseinräumung.

Verbleiben aber vernünftige Zweifel hinsichtlich der zu beweisenden Tatsache, gehen diese zulasten der Beklagten zu 1) als beweisbelasteten Partei.

c. Auch aus der als Anlage WK 12 vorgelegten Turnierabrechnung mit dem Posten „Fotograf Pauschal“ i.H.v. 100 € folgt nicht die behauptete Nutzungsrechtseinräumung, weil diesem Posten genauso gut die vom Kläger behauptete Einigung lediglich hinsichtlich der bei der Abendveranstaltung des Turniers gefertigten Fotos zugrunde liegen könnte.

d. Es kann daher dahinstehen, welche der streitgegenständlichen Fotos überhaupt unter die behauptete Nutzungsrechtseinräumung gefallen wären, bzw. ob sämtliche klagegegenständlichen Fotos tatsächlich am 16.10.2004 hergestellt wurden oder nur das Foto in Anlage K I 4.

3. Die für den Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr wird durch die vorangegangene Rechtsverletzung indiziert und wurde nicht durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung durch die Beklagte zu 1) ausgeräumt.

II. Der Beklagte zu 2) ist neben der Beklagten zu 1) als Betreiberin der streitgegenständlichen Homepage selbst als Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten zu 1) aufgrund der unter Ziff. A. I. genannten Vorschriften zur Unterlassung verpflichtet, weil er das öffentliche Zugänglichmachen der Fotos veranlasst hat oder jedenfalls das ihm bekannte öffentliche Zugänglichmachen hätte unterbinden können (vgl. zur Eigenhaftung des gesetzlichen Vertreters einer Gesellschaft BGH GRUR 1986, 248, 251 – Sporthosen; GRUR 2005, 1061, 1064 – Telefonische Gewinnauskunft). Es kann somit offenbleiben, ob bereits seine Eigenschaft als administrativer Ansprechpartner der Homepage zu einer Haftung führt.

B.

Die Widerklage ist unzulässig. Zum einen betrifft die von der Beklagten zu 1) begehrte Feststellung teilweise kein Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO, zum anderen besteht nicht das nach dieser Vorschrift notwendige Feststellungsinteresse.

I. Während für die begehrte Feststellung, dass der Kläger die als Anlagen WK 1 bis WK 7 vorgelegten Fotos nicht selbst gefertigt habe, mittels interessengerechter Auslegung die Frage seiner Urheberschaft als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO ermittelt werden kann, ist die Frage, ob der Kläger die als Anlagen WK 1 bis WK 7 vorgelegten Fotos in Form von Dias, Abzügen, in Dateiform oder in sonstiger Weise dem Beklagten zu 2) übergeben hat oder nicht, kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

1. „Rechtsverhältnis“ i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO ist die Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache, die ein mit materieller Rechtskraftwirkung feststellbares subjektives Recht enthält oder aus der solche Rechte entspringen können; bloße Tatfragen oder abstrakte Rechtsfragen können daher nicht Gegenstand von Feststellungsklagen sein (vgl. Greger, a.a.O., § 256 Rn. 3; Reichold, a.a.O., § 256 Rn. 5 f.).

Der BGH hat in diesem Zusammenhang entschieden (NJW 1979, 269, 270 f.), dass eine Klage auf Feststellung der Erfinderschaft nach § 256 ZPO zulässig ist, da es sich bei der Erfinderschaft nicht lediglich um das Ergebnis eines tatsächlichen Vorgangs handelt, sondern der Begriff der Erfinderschaft vielmehr auch rechtliche Beziehungen umfasst, deren Bestehen oder Nichtbestehen zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden können.

2. Für die Frage der Urheberschaft kann nichts anderes gelten; dieser Begriff umfasst wie bei dem der Erfindung nicht nur einen tatsächlichen Vorgang (nämlich den der Schöpfung des Werks), sondern auch rechtliche Beziehungen, etwa das Urheberpersönlichkeitsrecht, wonach der Urheber bestimmen kann, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist (vgl. § 12 Abs. 1 UrhG), oder z.B. das Recht des Urhebers, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten oder in unkörperlicher Form wiederzugeben (vgl. §§ 15 ff. UrhG).

3. Dagegen ist es eine reine und damit nicht i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO feststellungsfähige Tatfrage, ob der Kläger die als Anlagen WK 1 bis WK 7 vorgelegten Fotos in Form von Dias, Abzügen, in Dateiform oder in sonstiger Weise dem Beklagten zu 2) übergeben hat oder nicht.

II. Soweit die Beklagte zu 1) die Feststellung begehrt, dass der Kläger die als Anlagen WK 1 bis WK 7 vorgelegten Fotos nicht selbst gefertigt habe (bzw. nicht deren Urheber ist), fehlt es am notwendigen Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO.

1. Der Kläger muss ein schutzwürdiges Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses haben. Dieses Interesse besteht grundsätzlich nur, wenn dem subjektiven Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass der Beklagte es ernstlich bestreitet oder er sich eines Rechts gegen den Kläger berühmt, und wenn das erstrebte Urteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen; ist Klage auf Leistung möglich und zumutbar, fehlt regelmäßig im Interesse der

endgültigen Klärung des Streitstoffs in einem Prozess das abstrakte Feststellungsinteresse (vgl. Greger, a.a.O., § 256 Rn. 7 f.; Reichold, a.a.O., § 256 Rn. 13, 18).

2. Der Umstand allein, dass der Kläger behauptet, Urheber der Fotos gemäß Anlagen WK 1 bis WK 7 zu sein, ist angesichts seiner Erklärungen in Schreiben vom 31.01.2007 (Anlage K 11) und vom 09.02.2007 (Anlage K 21) nicht ausreichend, die für eine alsbaldige Feststellung des Rechtsverhältnisses notwendige gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit zu begründen.

a. Eine Gefahr der Unsicherheit besteht gerade nicht, da der Kläger in diesen Schreiben gegenüber der Beklagten zu 1) – wenn auch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – ernsthaft erklärte, „seine Ansprüche“ im Hinblick auf die genannten Fotos nicht mehr weiterzuverfolgen. Diese Erklärung ist als Angebot auf Abschluss eines Verzichtsvertrags i.S.v. § 397 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Geltendmachung sämtlicher Ansprüche in Bezug auf die Fotos – also vor allem Unterlassungs-, Schadensersatz-, Auskunfts- oder Feststellungsansprüche – auszulegen; für die Annahme dieses für die Beklagte zu 1) lediglich vorteilhaften Angebots reichte es gem. § 151 Satz 1 BGB aus, dass es ihr zuzuging und sie es nicht durch eine nach außen erkennbare Willensäußerung ablehnte (vgl. BGH NJW 2000, 276, 277). In der Antwort der Beklagten zu 1) im Schreiben vom 07.02.2007 (Anlage K 20) ist eine solche Ablehnung nicht zu sehen, da es ihr ausdrücklich (nur) auf die Feststellung der tatsächlichen Urheberschaft an den Fotos ankam, und zwar „unabhängig davon, ob [der Kläger] aus seinen vermeintlichen Rechten Ansprüche geltend macht oder nicht“. Somit wurde die Gefahr, dass sich der Kläger hinsichtlich der Fotos WK 1 bis WK 7 etwaiger Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) berührt, ausgeräumt. Die Feststellung, dass der Kläger nicht Urheber dieser Fotos ist, bringt der Beklagten zu 1) insoweit keine weitere Sicherheit für ihre Rechte, so dass das Feststellungsinteresse fehlt.

Selbst wenn man im übrigen das Zustandekommen eines Verzichtsvertrags ablehnte, bestünde keine Gefahr der Unsicherheit für die Beklagte zu 1): Beriefe sich der Kläger nämlich ihr gegenüber plötzlich doch auf Ansprüche in Bezug auf die genannten Fotos, würde er sich in Widerspruch zu seinen Erklärungen vom 31.01.2007 und 09.02.2007 setzen, so dass der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB („venire contra factum proprium“) begründet wäre.

b. Soweit die Beklagte zu 1) sich auf die Gefahr beruft, dass der Kläger etwaige Rechte in Bezug auf die Fotos in Anlage WK 1 bis WK 7 Dritten einräumen könnte und diese dann Ansprüche gegenüber der Beklagten zu 1) geltend machen könnten, ist eine gegenwärtige Gefahr, die eine Feststellung „alsbald“ i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO rechtfertigt, nicht ersichtlich: Abgesehen davon, dass bereits fraglich ist, ob die begehrte Feststellung der Beklagten zu 1) überhaupt die erstrebte Rechtssicherheit hinsichtlich der von ihr gesehenen Gefährdung durch Rechteeinräumung des Klägers an Dritte bieten kann, hat sie konkrete Tatsachen, die eine solche Rechteeinräumung samt darauffolgende Inanspruchnahme hinreichend wahrscheinlich erscheinen lassen (etwa entsprechende Ankündigungen durch den Kläger oder Rechteeinräumungen in der Vergangenheit), nicht vorgetragen (vgl. Foerste in Musielak, a.a.O., § 256 Rn. 10, 29, wonach künftige Schäden, obschon nach Art, Umfang oder Eintritt ungewiss, hinreichend wahrscheinlich sein müssen, sowie die Entscheidung des BGH in NJW 1977, 1637 ff., bei der – im Unterschied zur vorliegenden Konstellation – eine Forderung bereits abgetreten und im Rahmen einer Drittwiderklage die Feststellung gegenüber dem Zessionar begehrt wurde, dass die Forderung nicht bestehe). Die bloße hypothetische Möglichkeit ist jedenfalls nicht ausreichend.

c. Schließlich ist auch das Argument der Beklagten zu 1) unbehelflich, dass durch ihr Feststellungsbegehren die Basis für eigene Schadensersatzansprüche geschaffen werden könne, zumal diese noch nicht abschließend bezifferbar seien: In diesem Fall wäre es ihr nämlich – wie im übrigen auch ihre Hilfswiderklage zeigt – möglich und zumutbar gewesen, unmittelbar Leistungsklage zu erheben. Hätte sie dagegen ihren Schaden noch nicht oder nur teilweise beziffern können, wäre ihr die Möglichkeit einer Schadensersatzfeststellungsklage offen gestanden.

C.

Der hilfsweise für den Fall der Unzulässigkeit des Feststellungsbegehrens geltend gemachte Widerklageantrag ist unbegründet, da ein Erstattungsanspruch für den behaupteten Schaden bei der Beklagten zu 1) nicht gegeben ist.

I. Zwar besteht zugunsten der Beklagten zu 1) dem Grunde nach gem. § 945 ZPO ein – verschuldensunabhängiger – Schadensersatzanspruch, da sich die einstweilige Verfügung vom 12.10.2006 hinsichtlich der Fotos in Anlagen WK 1 bis WK 7 als von Anfang an unberechtigt erwies; die geltend gemachten Kosten

hinsichtlich der neu in die Homepage integrierten Bilder sind jedoch kein adäquat kausal verursachter, zurechenbarer Vollziehungsschaden im Sinne der genannten Vorschrift und damit nicht erstattungsfähig.

1. Die haftungsbegründende Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs gem. § 945 Alt. 1 ZPO, nämlich eine von Anfang unberechtigte einstweilige Verfügung, liegt vor.

a. Nachdem der Kläger seinen Verfügungsantrag hinsichtlich der widerklagegegenständlichen Fotos in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Berlin vom 30.01.2007 zurückgenommen hat, muss er als Gläubiger im einstweiligen Verfügungsverfahren und Beklagter im Schadensersatzprozess beweisen, dass sein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (in vollem Umfang) von Anfang an berechtigt war (vgl. BGH NJW-RR 1992, 998, 1001).

b. Der Kläger hätte also beweisen müssen, Urheber auch der sieben weiteren Fotos zu sein. Seinem (einzigen) Beweisangebot, nämlich seine Vernehmung als Partei, war jedoch nicht nachzugehen, da die Beklagte zu 1) nicht ausdrücklich ihr Einverständnis i.S.v. § 447 ZPO erklärt hat. Das Gericht war dabei nicht verpflichtet, auf eine ausdrückliche Erklärung der Beklagten zu 1) zum Antrag des Klägers hinzuwirken (vgl. Greger in Zöller, a.a.O., § 447 Rn. 2), zumal die Beklagten bereits in ihrer Klageerwiderung vom 30.07.2007 unter Ziff. A. II. 3. der Parteivernehmung des Klägers (dort im Hinblick auf seine Urheberschaft an den Fotos gem. Anlagen K I 1 bis K I 4) widersprochen haben. Eine Vernehmung des Klägers von Amts wegen gem. § 448 ZPO kam ebenfalls nicht in Betracht, da – im Gegensatz zur Frage seiner Urheberschaft hinsichtlich der Fotos gem. Anlagen K I 1 bis K I 4 (s.o. Ziff. A. I. 1. g. aa.) – keine gewisse Anfangswahrscheinlichkeit für die vom Kläger zu beweisende Behauptung seiner Urheberschaft besteht: Umstände, die für seine Urheberschaft an den Fotos in Anlagen WK 1 bis WK 7 sprechen, sind von ihm nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich.

2. Der von der Beklagten zu 1) behauptete Schaden i.H.v. 2.726,18 € durch die behauptete Beauftragung der Agentur m. ist jedoch kein adäquat kausal verursachter, zurechenbarer Vollziehungsschaden i.S.v. § 945 ZPO. Es kann daher offen bleiben, ob die Beklagte zu 1) – wie vom Kläger bestritten – tatsächlich die genannte Agentur beauftragt und diese die in Rechnung gestellten Arbeiten erbracht hat sowie ob die entsprechenden Rechnungsbeträge angemessen und ortsüblich waren.

a. Zu ersetzen ist der durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquat kausal verursachte, zurechenbare unmittelbare und mittelbare Vermögensschaden gem. §§ 249 ff. ZPO (vgl. Vollkommer in Zöller, a.a.O., § 945 Rn. 14). Vollzogen wurde die einstweilige Verfügung vom 12.10.2006 vorliegend durch Zustellung an die Beklagten am 20.10.2006.

b. Somit ist grundsätzlich ersatzfähig zunächst (nur) derjenige Schaden, der aus der erzwungenen Befolgung des Unterlassungstenors (also das Verbot des öffentlichen Zugänglichmachens der elf Fotos) entstanden ist.

Dies bedeutet, dass prinzipiell lediglich diejenigen Kosten erstattungsfähig waren, die der Beklagten zu 1) durch die (bloße) Herausnahme der streitgegenständlichen Fotos aus ihrer Homepage entstanden sind, denn bereits hierdurch hat sie dem Unterlassungstenor Genüge getan. Nach eigenem Vortrag sind der Beklagten zu 1) aber durch die Herausnahme der Fotos (bzw. die Sperrung der Seiten), ausgeführt durch den Betreuer der Homepage Herrn L., noch keine Kosten entstanden; zumindest hat sie solche nicht geltend gemacht.

c. Darüber hinaus wird man aber auch dann die von der Beklagten zu 1) geltend gemachten Kosten für einen Austausch der Fotos als vom Schutzzweck der Norm und damit als erstattungsfähigen mittelbaren Schaden ansehen müssen, wenn ohne einen solchen Austausch die Homepage eine fehlerhafte oder unprofessionelle Gestalt bekommen würde; in diesem Fall können die Austauschkosten als Aufwendungen verstanden werden, die aus verständiger Sicht erforderlich waren, um die Schadensfolgen der zu Unrecht erlassenen einstweiligen Verfügung (also vorliegend etwa den – wenngleich nur in einem geringen Umfang vorstellbaren – Imageschaden mit einhergehenden etwaigen Umsatzeinbußen durch die abschreckende Wirkung einer unprofessionellen Homepage) abzuwenden oder zu mindern.

Kommt der Geschädigte also seiner aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB zu entnehmenden Abwendungs- und Minderungspflicht nach, so sind die Aufwendungen hierfür adäquat kausal durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung verursacht und demgemäß zu ersetzen (vgl. BGH NJW 1993, 2685, 2687, wonach als erstattungsfähig Kosten von Werbemaßnahmen angesehen wurden, die notwendig geworden sind, um gewinnschmälernde Folgen des Verbots einer bestimmten, besonders attraktiven Werbung zu mindern).

d. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang jedoch vorliegend, dass unstreitig zum Zeitpunkt der einstweiligen Verfügung (und im übrigen auch heute noch – freilich mit anderen Fotos –, wie ein Test auf

ihrer Homepage unter www.t....de ergibt) sämtliche Seiten des Internetauftritts der Beklagten zu 1) mittels eines bestimmten Algorithmus' mit den elf streitgegenständlichen Fotos sowie ca. fünf bis sechs weiteren Fotos in alternierender Weise auf dem hierfür vorgesehenen, gleichbleibenden Platz bebildert wurden (vgl. die Screenshots in Anlage K 7). Bei jedem neuen Aufruf entweder derselben oder einer anderen Seite erschien also ein neues Foto, wobei die insgesamt ca. 16 bis 17 Fotos aufgrund der alternierenden Erscheinungsweise naturgemäß keinen zwingenden Sachzusammenhang zum jeweiligen Inhalt der Seiten aufwiesen (vgl. auch insofern die Screenshots in Anlage K 7).

Um nun aber eine funktionierende Bebilderung und damit eine professionelle Homepage aufrecht zu erhalten, wäre im Hinblick auf die Schadensminderungspflicht der Beklagten zu 1) nicht der Austausch sämtlicher streitgegenständlicher Fotos gegen neu auszuwählende, zu bearbeitende und in die Datenbank einzustellende Fotos notwendig gewesen, sondern bereits die bloße Herausnahme der von der einstweiligen Verfügung betroffenen Fotos aus der Datenbank, aus der heraus die Fotos in die jeweilige Internetseite eingespeist wurden, damit die Homepage nunmehr lediglich mit den verbleibenden ca. fünf bis sechs Fotos aus der Datenbank alternierend bebildert worden wäre. Notwendig wäre hierfür ggf. zusätzlich noch die entsprechende (geringfügige) Umprogrammierung der Befehlszeilen gewesen, die das automatische alternierende Einfügen der Bilddateien an den hierfür vorgesehenen Platz bewirken (etwa das Ändern der Parameter, dass nur noch fünf oder sechs der ursprünglich 16 oder 17 Bilder in der Datenbank enthalten sind, oder aber das Löschen der ggf. angeführten Dateinamen der nicht mehr vorhandenen Bilddateien).

Eine solche Vorgehensweise wäre für die Beklagte zu 1) auch zumutbar gewesen: Zum einen konnte sie den nicht übermäßig lang andauernden Zeitraum bis zur rechtskräftigen Klärung der Verwendungsmöglichkeit der Fotos im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens abwarten; zum anderen waren die herausgenommenen Fotos ebenso wie die nicht von der einstweiligen Verfügung betroffenen Fotos nicht zwingend bestimmten Seiten zugeordnet, sondern konnten auf sämtlichen Seiten erscheinen, so dass die Bebilderung in diesem überschaubaren Zeitraum auch durch die verbleibenden fünf bis sechs Fotos erfolgen hätte können, ohne dass dies entscheidend den professionellen Gesamteindruck der Homepage geschmälert hätte.

Nicht entscheidungserheblich ist daher der Vortrag der Beklagten zu 1), dass ein Löschen der gegenständlichen elf Fotos auch für Fachleute kurzfristig nicht umsetzbar gewesen sei und dass sich durch das komplette Sperren derjenigen Seiten, auf denen die gegenständlichen Bilder der einstweiligen Verfügung zu sehen waren, ein schäbiges, unprofessionelles Erscheinungsbild der Homepage ergeben habe: Abgesehen davon, dass gerichtsbekannt ein EDV-Fachmann einzelne Bilddateien ohne nennenswerten Aufwand aus einem Verzeichnis, aus dem heraus die Fotos in die jeweilige Internetseite eingespeist werden (vgl. etwa das Bilderverzeichnis unter www.t....de/2007/images/Fruehling/ auf der aktuellen Homepage der Beklagten zu 1)), löschen und die oben geschilderte Umprogrammierung der Befehlszeilen vornehmen kann, und abgesehen davon, dass bei alternierender Bebilderung sämtlicher Seiten einer Homepage nicht nachvollziehbar ist, wie einzelne Seiten mit bestimmten Bildern vorhanden sein sollen (ohne Herausnahme einzelner Bilder käme nur die Sperrung der kompletten Homepage in Betracht), hätte eben zur Wiederherstellung eines akzeptablen Erscheinungsbilds der Homepage aufgrund der alternierenden Bebilderung lediglich die Herausnahme der elf betroffenen Fotos genügt.

e. Im Ergebnis wären daher vorliegend lediglich diejenigen Kosten dem Kläger zurechenbar und damit erstattungsfähig gewesen, die für das Löschen der streitgegenständlichen Bilder sowie ggf. für das Umprogrammieren der Homepage angefallen wären. Solche Kosten hat die Beklagte zu 1) aber nicht vorgetragen; die angeblich durch die Beauftragung der Agentur m. angefallenen Kosten sollen nach dem Vortrag der Beklagten zu 1) sowie der Zusammenstellung der Agentur in ihrem Schreiben vom 14.04.2008 (Anlage WK 14) ausschließlich im Zusammenhang mit Auswahl, Bearbeitung und Upload der neuen Bilder entstanden sein und haben somit außer Betracht zu bleiben.

3. Zu dem gleichen Resultat käme man im übrigen, wenn man den Begriff des Vollziehungsschadens i.S.v. § 945 ZPO weiter fassen und vorliegend die adäquat kausale und zurechenbare Verursachung der von der Beklagten zu 1) geltend gemachten Kosten durch den Kläger bejahen würde. In diesem Fall müsste nämlich im Rahmen des haftungsausfüllenden Tatbestands die der Beklagten zu 1) obliegende Schadensminderungspflicht i.S.v. § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB (vgl. zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gem. § 945 ZPO z.B. BGH NJW 1993, 2685, 2687 m.w.N.; NJW 2006, 2557, 2559; Vollkommer, a.a.O., § 945 Rn. 13) berücksichtigt werden; diese Schadensminderungspflicht hat die Beklagte zu 1) vorliegend verletzt, so dass eine Erstattungspflicht des Klägers ausscheidet.

a. Aufgrund der Schadensminderungspflicht i.S.v. § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB wäre die Beklagte zu 1) gehalten gewesen, die von der einstweiligen Verfügung betroffenen Fotos nicht durch neu auszuwählende und zu bearbeitende Fotos auszutauschen, sondern lediglich aus der Homepage zu nehmen und die alternierende

Bebildung mit den verbleibenden Fotos zu bestreiten. Insofern ist auf die Ausführungen in Ziff. C. I. 2. d. zu verweisen.

b. Auch bei Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den Geschädigten hängt der Umfang der Ersatzpflicht von einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls ab, insbesondere vom Maß der beiderseitigen Verursachung und in zweiter Linie vom Maß des beiderseitigen Verschuldens (vgl. BGH NJW 2001, 3257, 3258; Heinrichs in Palandt, BGB, 66. Aufl., § 254 Rn. 59 f., 65).

Hier ist ausschlaggebend zu berücksichtigen, dass der von der Beklagten zu 1) geltend gemachte (Mehr-)Schaden ausschließlich auf ihre behauptete Beauftragung der Agentur m. zurückzuführen ist, so dass es angemessen ist, diesen Mehrschaden allein der Beklagten zu 1) aufzuerlegen (vgl. Heinrichs, a.a.O., § 254 Rn. 65 m.w.N.). Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des beiderseitigen Verschuldens, nachdem etwa ein grob fahrlässiges Verhalten des Klägers, welches eine Quotelung des behaupteten Schadens rechtfertigen könnte, nicht ersichtlich ist.

II. Ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB scheidet ebenfalls aus.

1. Vorliegend ist nicht das Eigentum der Beklagten zu 1), sondern ihr – von § 823 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht erfasstes – Vermögen betroffen.

2. Ein rechtswidriger Eingriff in den deliktisch geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Beklagten zu 1) ist gleichfalls abzulehnen.

a. Dieser Anspruch scheidet an der fehlenden unmittelbaren Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs als solchen und damit an der fehlenden Betriebsbezogenheit des Eingriffs: Letztere ist nämlich zu verneinen, sofern lediglich ein gesetzlich geregeltes Verfahren (wie hier das einstweilige Verfügungsverfahren gem. §§ 935 ff., 916 ff. ZPO) in Gang gesetzt und betrieben wird und die betreibende Person dabei einer fahrlässigen Fehleinschätzung der Sach- und Rechtslage unterliegt (vgl. BGH NJW 1979, 1351, 1352 für das Insolvenzverfahren; Sprau in Palandt, a.a.O., § 823 Rn. 128). Das Verfahrensrecht sieht dabei selbst genügende Korrekturen – vorliegend insbesondere den verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch gem. § 945 ZPO – vor, so dass es gerade keines Rückgriffs auf eine deliktische Haftung bedarf (vgl. BGH NJW 1979, 1351, 1352).

b. Die hiervon zu machende Ausnahme, nämlich eine sittenwidrige und vorsätzliche Schädigung – bei der freilich bereits der Schadensersatzanspruch gem. § 826 BGB eingreift –, ist vorliegend nicht gegeben; Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger in positiver Kenntnis seiner fehlenden Urheberschaft hinsichtlich der sieben Fotos, die Gegenstand der Widerklage sind, das einstweilige Verfügungsverfahren in verwerflicher Art und Weise angestrengt hat, sind nicht ersichtlich.

c. Im Übrigen würde der Verstoß der Beklagten zu 1) gegen ihre Schadensminderungspflicht (s.o. Ziff. C. I. 2. d., 3.) selbst bei Bejahung einer deliktischen Haftung dem Grunde nach zu einem Haftungsausschluss führen.

3. Somit musste nicht dem Beweisangebot der insofern beweisbelasteten Beklagten zu 1) nachgegangen werden, dass die von ihr benannten Personen Urheber der Fotos in den Anlagen WK 1 bis WK 7 sind.

III. Da der Hilfswiderklageantrag unbegründet ist, ist seine teilweise Rücknahme i.H.v. 435,27 € mit Schriftsatz der Beklagten zu 1) vom 15.04.2008 bzw. die Frage der Wirksamkeit der Teilrücknahme gem. § 269 Abs. 1 ZPO (an dieser Stelle) ohne Belang.

D.

I. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1 Nr. 1, 100 Abs. 1 ZPO.

Die Vorschrift des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO war nicht anzuwenden, da der Kläger nicht gem. § 269 Abs. 1 ZPO in die teilweise Hilfswiderklagerücknahme der Beklagten zu 1) eingewilligt hat. Die fehlende Zustellung gem. § 269 Abs. 2 Satz 4 ZPO des Teilrücknahmeschriftsatzes vom 15.04.2008 wurde gem. § 189 ZPO bzw. durch offenbare Zweckerreichung mit Zugang dieses Schriftsatzes beim Kläger am 22.04.2008 geheilt.

II. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 709 Satz 1 und Satz 2, 708 Nr. 11, 711 Satz 1 und 2, 108 Abs. 1 ZPO.

Die Höhe der Sicherheitsleistung orientierte sich dabei in Bezug auf den Unterlassungsanspruch an dem Sicherungsinteresse hinsichtlich etwaiger Vollstreckungsschäden i.S.v. § 717 Abs. 2 ZPO.

III. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 3, 39 Abs. 1, 45 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG, §§ 2, 3 ZPO.