



**HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES**

Geschäftszeichen:

7 U 90/06

324 O 868/05

Verkündet am:

22.12.2009

, Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin/ter der

Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwälte

g e g e n

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r: Rechtsanwalt.

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, **7. Zivilsenat**, durch den Senat

nach der am **8.12.2009** geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Geschäftsnummer 324 O 868/05, vom 9.6.2006 abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.510,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 18.11.2005 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Revision trägt der Kläger 80%, die Beklagte 20%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Gegenpartei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I. Der Kläger, ein Journalist und Fernsehmoderator, der insbesondere auch im Zusammenhang mit der von ihm moderierten, über Jahre hinweg mehrfach wöchentlich ausgestrahlten Fernsehsendung „W... w..... M.....?“ eine außergewöhnliche Bekanntheit erlangt hat, begehrt von der Beklagten Zahlung einer fiktiven Lizenz sowie Schadensersatz wegen der Verwendung seines Bildnisses auf dem Titelblatt der am 9.6.2005 erschienenen, von der Beklagten verlegten Rätselzeitschrift „S....., Sonderheft R..... u.. Q.....“. Dieses Bildnis zeigt den Kläger vor dem montierten Hintergrund eines Kreuzworträtsels, wobei sich am rechten unteren Rand unmittelbar unter seinem Abbild eine Bildunterschrift mit folgendem WoR...aut befindet: „G..... J..... zeigt mit „W... w..... M.....?“ , wie spannend Quiz sein kann.“

Der Innenteil des Heftes enthält verschiedene Rätsel und deren Auflösung, ein redaktioneller Beitrag über den Kläger befindet sich dort nicht. Eine Einwilligung zu der Abbildung hat der Kläger nicht erteilt.

Auf Aufforderung hat die Beklagte eine Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben. Das Landgericht hat die Klage durch Urteil vom 9.6.2006 abgewiesen, die dagegen gerichtete Berufung ist durch den Senat mit Urteil vom 5.12.2006 zurückgewiesen worden. Auf die Revision des Klägers hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts durch Urteil vom 11.3.2009 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (AZ.: I ZR 8/07). In seinem Urteil hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Veröffentlichung des Bildnisses rechtswidrig gewesen sei, weil die Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Klägers und der Pressefreiheit ergebe, dass dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Klägers der Vorrang zukomme. Der Informationswert der Bildunterschrift sei derart gering, dass ein schützenswerter Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung in Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Klägers insbesondere wegen der Ausnutzung seines Image- und Werbewerts nicht erkennbar sei.

Hierauf gestützt hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass dem Kläger ein Anspruch auf Leistung einer – fiktiven – üblichen Lizenzgebühr nach § 812 Abs.1 Satz 1 Fall2 BGB und nach § 823 Abs.1 BGB zusteht, ferner dass er gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch auf Erstattung vorge richtlicher Rechtsverfolgungskosten hat. Die Sache ist zur Bemessung der Höhe der geltend gemachten Ansprüche an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Bezüglich der Einzelheiten wird auf die Gründe des Urteils des Bundesgerichtshofs Bezug genommen.

Zur Höhe einer üblichen Lizenz in einem Fall wie dem vorliegenden hat der Kläger vorgetragen, der Kläger sei einer der beliebtesten, einflussreichsten, kompetentesten und seriösesten Fernsehmoderatoren mit dem wahrscheinlich höchsten Werbewert aller Prominenten und schließe Werbeverträge grundsätzlich nur über Mindestgarantiesummen im sechsstelligen Bereich ab. Mit einzelnen Werbeverträgen verdiene er Millionenbeträge. Er werde hier als „Testimonial“ für das Rätselheft eingesetzt, was sich aus dem gedanklichen Zusammenhang zwischen einer Quizsendung und Rätseln und aus der abgebildeten einladenden Handgeste ergebe. Maßgeblich für die Verbreitung des Heftes sei nicht die Anzahl der verkauften Exemplare (51.353) sondern die verbreitete Auflage von 168.000 Exemplaren. Relevant sei auch die Größe des Abbildes, das das Titelblatt dominiere. Er legt ferner verschiedene Urteile deutscher Gerichte vor, mit denen Lizenzbeträge dem Kläger und anderen Prominenten zugesprochen worden sind.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 102.111,78 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte meint, der Kläger verfüge bezüglich der veröffentlichten Abbildung nicht über sein Bildnisrecht, da das veröffentlichte Abbild aus dem Bildmaterial stamme, welches der Sender R... kostenfrei an Verlage herausgebe, wobei Voraussetzung für die Verwendung die redaktionelle Erwähnung der Sendung „W... w..... M.....“ sei. Die Beklagte habe daher nichts auf Kosten des Klägers erlangt.

Sie meint weiter, es müsse berücksichtigt werden, dass es sich nicht um eine klassische Werbeanzeige handele. Es sei üblich, dass auf Rätselzeitschriften abgebildete Prominente kein Honorar für die Veröffentlichung erhielten, so insbesondere die auf den als Anlage BB 3 überreichten Titelblättern Abgebildeten.

Maßgeblich für die Reichweite des Heftes seien allein die verkauften 51.343 Exemplare, nicht die verbreitete Auflage von 168.000. Es handele sich um eine Zweitverwertung, nachdem das Erstvermarktungsrecht bei R... liege, so dass der Lizenzwert geringer sei. Die Beklagte weist weiter auf Ent-

scheidungen verschiedener deutscher Gerichte hin, mit denen Lizenzbeträge in unterschiedlicher Höhe zugesprochen wurden.

Zu den Ausführungen der Parteien im Einzelnen wird auf die in der Akte befindlichen Schriftsätze verwiesen.

II. Die zulässige Berufung des Klägers ist bezüglich des Anspruchs auf Zahlung einer Lizenz in Höhe von 20.000 €, hinsichtlich eines Anspruchs auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 510,28 € begründet.

1. Einem Anspruch auf Leistung einer Lizenzgebühr, der sich aus § 812 Abs.1 Satz 1 BGB und aus § 823 Abs.1 BGB ergibt, steht nicht entgegen, dass der Kläger etwa nicht Inhaber seines Bildnisrechts in Bezug auf dieses Abbild wäre. Selbst wenn das hier verwendete Bildnis des Klägers aus Fotomaterial stammt, das der Sender R... zur Bebilderung von redaktionellen Beiträgen über die Sendung „W... w..... M.....?“ Verlagen üblicherweise zur Verfügung stellt und auch der Beklagten zur Verfügung gestellt hat, folgt daraus nicht, dass der Kläger dem Sender alle Rechte an der Vermarktung dieses Abbildes eingeräumt hätte. Die genannte Zweckbestimmung schließt gerade eine Verwendung zu Werbezwecken für andere Produkte nicht ein.

Ferner folgt aus der Überlassung des Fotos durch den Sender nicht, dass der Kläger in jedwede Veröffentlichung eingewilligt hätte. Dies trägt die Beklagte auch selbst nicht vor. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bei einer Verwendung des Bildes, die dem vom Sender vorgegebenen – hier nicht verfolgten - Zweck entsprochen hätte, eine derartige Einwilligung nicht erforderlich gewesen wäre, weil es sich dann im Zusammenhang mit einer redaktionellen Wortberichterstattung über die genannte Sendung ohnehin um ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte im Sinne von § 23 Abs.1 Nr. 1 KUG gehandelt hätte.

2. Im Rahmen eines Bereicherungsanspruchs auf Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr ist der Vermögensvorteil herauszugeben, den der Verletzer auf Kosten des Abgebildeten erlangt hat. Zu leisten ist somit eine nachträgliche Vergütung in der Höhe, die auch hätte gezahlt werden müssen, wenn der Verletzer die Einwilligung vorher eingeholt hätte. Dabei muss sich der Verletzer an der von ihm geschaffenen Sachlage festhalten lassen (vgl. HH-Ko/MedienR/Wanckel, 44, Rn.41 m.w.N.). Zu ermitteln ist daher, welchen Betrag die Parteien mutmaßlich als angemessene Lizenz ausgehandelt hätten, wenn die Beklagte ordnungsgemäß um eine solche nachgesucht hätte. Als angemessen ist dabei eine Lizenzgebühr anzusehen, die verständige Vertragspartner in verständiger Weise vereinbart hätten (vgl. auch Schrickler, Urheberrecht, 3. Aufl. § 97 Rn. 61 m.w.N.). Dies gilt auch für einen auf § 823 Abs.1 BGB gestützten Schadensersatzanspruch.

Orientierungsmaßstab hierfür ist zunächst der Marktwert, den der Abgebildete in Bezug auf die werbliche Nutzung seines Bildes hat. Wie der Kläger vorträgt, schließt er Werbeverträge grundsätzlich nur

über Mindestgarantiesummen im sechsstelligen Bereich ab. Für seine Mitwirkung an Werbung für „K.....“ und „Q.....“ erzielt er Millionenbeträge.

Weiter ist die Art und Gestaltung der Werbung zu berücksichtigen, insbesondere die Tatsache, ob der Abgebildete so dargestellt wird, als empfehle er das Produkt. Ob dies hier der Fall ist, mag zweifelhaft sein. Für eine Verwendung als „Testimonial“ spricht freilich die abgebildete Gestik des Klägers, die den Eindruck vermitteln könnte, der Kläger wolle die Rätselzeitung dem Leser empfehlen. Auf der anderen Seite handelt es sich um eine dem Publikum bekannte Geste des Klägers, die dieser auch im Rahmen seiner Sendung jenseits von Empfehlungen gelegentlich zeigt. Der Durchschnittsleser, auf dessen Verständnishorizont auch insoweit abzustellen ist, wird die einladende Geste des Klägers daher nicht dahingehend interpretieren, dass sie sich speziell auf das Rätselheft bezieht. Auch der Text der Bildunterschrift und der übrige Text auf der Titelseite enthält keinerlei Hinweis darauf, dass der Kläger gerade auf dieses Heft hinweise. Vielmehr nimmt die Bildunterschrift gerade nicht auf den Inhalt der Zeitschrift Bezug, sondern allein auf die von der Sendung „W... w..... M.....?“ als Quiz ausgehende Spannung. Nach Auffassung des Senats dürfte daher eher nicht von einer Nutzung des Abbildes des Klägers als „Testimonial“ auszugehen sein.

Für die Bemessung einer angemessenen Lizenz ist ferner der Umfang der Verbreitung erheblich, so dass die einmalig erschienene Werbung auf einem Heft mit einer verkauften Auflage von rund 51.000 Exemplaren (bei einer gedruckten Auflage von rund 160.000 Exemplaren) einen erheblich geringeren Wert hat, als eine über einen bestimmten Zeitraum andauernde Werbekampagne in verschiedenen Presseerzeugnissen oder in der Fernsehwerbung. Auch wenn sich die Werbewirkung nicht auf die verkauften Zeitschriften beschränkt, weil das betreffende Titelblatt auch von anderen Personen, insbesondere am Kiosk wahrgenommen werden konnte, erreicht die Veröffentlichung nicht annähernd die Wirkung, die von einer länger anhaltenden Werbekampagne oder einem Fernsehspot ausgeht. Die dort vereinbarten Lizenzbeträge können daher nicht ohne weiteres auf eine Veröffentlichung wie die vorliegende übertragen werden.

Soweit der Kläger nunmehr im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 18.12.2009 vorträgt, das Bild sei auch zur Bewerbung des Rätselheftes in Werbeanzeigen, die in der Zeitschrift „S.....“ geschaltet worden seien, verwendet worden, handelt es sich um neuen Vortrag, der nicht mehr zu berücksichtigen ist (§ 296a ZPO).

Zu berücksichtigen ist ferner die Tatsache, dass die Veröffentlichung nur knapp die Qualität verfehlt, die sie zu einem als redaktionelle Berichterstattung presserechtlich geschützten Beitrag machen würde. Wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, ist der Informationswert der Bildunterschrift zwar äußerst gering, so dass ein schützenswerter Beitrag zur öffentlichen Meinung in Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Klägers insbesondere wegen der Ausnutzung seines Image- und Werbewertes nicht erkennbar ist, was zur Folge hat, dass dem Recht des Klägers am eigenen Bildnis hier der Vorrang vor dem Veröffentlichungsinteresse gebührt. Auch wenn die Veröffentlichung deshalb rechtswidrig war und einen Bereicherungsanspruch bzw. Schadensersatzanspruch auf Erstat-

tung einer fiktiven Lizenz auslöst, ist doch im konkreten Fall bei Bemessung der Höhe einer solchen Forderung zu beachten, dass die Veröffentlichung keine Werbeanzeige im eigentlichen Sinne darstellt, sondern das Titelbild eines Presseerzeugnisses, dessen Rechtmäßigkeit daran scheitert, dass sich im Innern des Heftes kein Bericht über den Kläger und die von ihm moderierte Sendung findet und dass die begleitende Berichterstattung auf dem Titelbild selbst zu inhaltsarm ist. Die Werbewirkung bezieht sich zudem nicht auf ein drittes Produkt, sondern auf die Zeitschrift, auf deren Titelblatt das Bild veröffentlicht worden ist. Hinzu kommt, dass das Abbild neben der Werbefunktion für das Rätselheft auch zugleich die Funktion hat, auf die von dem Kläger moderierte Sendung aufmerksam zu machen, indem ein innerer Zusammenhang zwischen der Rätselzeitung und der Sendung „W... w..... M.....?“ hergestellt wird. Auch wenn die Rätselzeitung ein im Verhältnis zum Kläger fremdes Produkt darstellte, war das Titelblatt jedenfalls auch geeignet, den Rezipienten auf den – einem Rätsel ähnlichen - Charakter der vom Kläger moderierten Sendung als Ratespiel hinzuweisen.

Insofern ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen mit den Sachverhalten, die den Urteilen des Landgerichts Berlin vom 15.4.2004 und des Landgerichts Köln vom 15.6.2005 (überreicht als Anlagen BB 5,6) zugrunde lagen. In jenen Fällen befanden sich in dem jeweiligen Presseprodukt von Dritten geschaltete Anzeigen, die ohne jeglichen Bezug zu einer Aussage des Presseorgans ausschließlich für die Produkte jener Dritten warben. Dies gilt auch für andere von den Parteien vorgetragene Entscheidungen zur Höhe einer Lizenzgebühr, da ein Fall wie der vorliegende, soweit ersichtlich, bislang nicht Gegenstand eines Ersatzanspruchs auf fiktive Lizenzgebühr gewesen ist. Auch der dem Urteil des Landgerichts Frankfurt vom 12.3.2009 (Anlage BK 9) zugrundeliegende Sachverhalt weicht insofern erheblich von dem hier vorliegenden ab, als dort mit dem Abbild eines Prominenten im Rahmen einer reinen Produktwerbung geworben worden war.

In Anbetracht der hier vorliegenden besonderen Umstände liegt es nahe, dass eine vereinbarte Lizenzgebühr nicht annähernd einen Betrag in sechsstelliger Höhe erreicht hätte. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Kläger für die Gestaltung der Titelseite der Rätselzeitschrift mit seinem Abbild unter Hervorhebung seiner Tätigkeit als Moderator von „W... w..... M.....?“ einen Betrag erzielt hätte, der – nach Schätzung des Senats gem. § 286 ZPO – lediglich 20.000 € erreicht hätte. Dabei hat der Senat abweichend von der in der mündlichen Verhandlung abgegebenen vorläufigen Einschätzung einen höheren Betrag aufgrund des überragenden Bekanntheitsgrades und des außerordentlichen Werbewertes des Klägers für angemessen gehalten.

Eine höhere Lizenzgebühr ist auch nicht gerechtfertigt, wenn bei der Schätzung der durch die Bildrechtsverletzung erlangte Gewinn (analog § 97 Abs.1 Satz 2 UrhG) berücksichtigt wird (vgl. dazu Schertz in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, § 12 Rn. 87). Der auf der Verletzung beruhende Gewinn dürfte ohnehin nur einen geringen Anteil des Gesamterlöses betragen, da anzunehmen ist, dass Käufer einer Rätselzeitung sich bei ihrer Kaufentscheidung nicht wesentlich von der Hoffnung auf einen Artikel über den auf der Titelseite abgebildeten Prominenten leiten lassen, sondern dass der Wunsch nach bestimmtem Räselmaterial im Vordergrund steht. Bei einem Einzelverkaufspreis von 1,50 € pro Heft beträgt der Umsatz, der für das Heft erzielt wurde, 76.500 €, so

dass die Zubilligung eines Lizenzbetrages, der über 20.000 € liegt, auch auf der Basis der Abschöpfung des erzielten Gewinnes nicht gerechtfertigt erscheint.

3. Die Beklagte ist ferner gem. § 823 Abs.1 BGB verpflichtet, vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren bezüglich des Lizenzanspruchs in Höhe von 0,65 Gebühren auf einen Wert von 20.000 € nebst einer Pauschale von 20 € sowie 16% Mehrwertsteuer (Stand 2005) zu ersetzen. Dies sind insgesamt 510,28 €.

Ein weiterer Schadensersatzanspruch wegen außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten bezüglich des Unterlassungsanspruchs steht dem Kläger nicht zu, nachdem die Beklagte auf der Basis eines Streitwertes von 20.000 € für diesen Anspruch Kosten erstattet hat. Der Senat sieht diesen Wertansatz als angemessen an.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Eine Zulassung der Revision ist nicht geboten, da es sich um die Entscheidung eines Einzelfalles handelt, die Sache daher keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes nicht erfordert (§ 543 Abs.2 ZPO).