

eigenen Worten ein Urteil zu der Frage, inwieweit die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG auch auf unveröffentlichte Werke, die unter Verletzung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Offenbarungs- und Entschließungsfreiheit der Klägerin vervielfältigt worden sind, noch nicht existiert und somit ein Interesse an der grundsätzlichen Klärung dieser Frage besteht, zumal in der einschlägigen Fachliteratur unterschiedliche Auffassungen bestehen, wie schriftsätzlich bereits vorgetragen.

b.

Der Senat hat seine Erörterungspflicht und seine Fragepflicht im Sinne von § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO in ungenügender Weise ausgeübt.

In rechtlicher Hinsicht ist es nicht zur Erörterung der schriftsätzlich angeregten teleologischen Reduktion des § 53 Abs. 1 UrhG im Sinne der dazu zitierten Rechtsprechung des BGH bereits aus dem Jahr 1955 gekommen.

In tatsächlicher Hinsicht hat sich der Senat im Rahmen seines Fragerechts keine hinreichende Kenntnis des Streitgegenstandes verschafft. Er hat in der Person der Frau Vorsitzenden und der Person der Berichterstatterin jedenfalls keine Unterscheidung dazu zum Ausdruck gebracht, wo die vom Beklagten-Vertreter in Bezug genommene Standard-Fotografie hingehört und wo die Künstlerbilder der Klägerin hingehören. Es ist nicht ersichtlich geworden, dass der Senat sich darüber bewußt ist, dass der vom Beklagten-Vertreter angeführte Sachverhalt eines Fototermins in einem Fotogeschäft der künstlerischen Arbeit der Klägerin weder nahe noch vergleichbar ist. Die von der Frau Vorsitzenden benutzten Termini zeigen vielmehr falsche Einstufungen. Denn sie hat davon gesprochen, dass die Klägerin ihre Paintings erstellt hat. Tatsächlich hat die Klägerin ihre Paintings jedoch erschaffen. Das ist ein fundamentaler Unterschied.

Was der Beklagten-Vertreter gemeint hat, ist ein Verhältnis von Abgebildetem und Fotograf, in dem der Abgebildete mit eigenen Bildvorstellungen dominieren möchte und der Fotograf diese Bildvorstellungen erfüllen soll. Dieses Verhältnis ist typischerweise ein Verhältnis von Auftraggeber und Auftragnehmer. Die Funktion des Auftraggebers ist die Kontrolle über den Auftragnehmer. Der Auftragnehmer soll nach Maßgabe der Bildvorstellungen des Auftraggebers arbeiten. Je nach dem Ergebnis gibt es eine Erfüllung oder Nichterfüllung der Maßgaben des Auftraggebers. Die Arbeit des Auftragnehmers unterliegt folglich normierten Standards, einer ISO-Norm. Die Norm bestätigt die Bild- und Wertvorstellung des Auftraggebers. Damit ist die Indienstnahme des Fotografen durch den Auftraggeber erfüllt.

Ganz anders die Kreationen der Klägerin. In der Kreativität des künstlerischen Tuns kann es keinen Auftrag geben, weder inhaltlich noch formal. Künstlerbilder sind qua definitione sogar des Urheberrechtsgesetzes dynamisch hinsichtlich des Prozesses des Erschaffens und hinsichtlich der Wirkung. Niemals bestätigen sie bereits Bild- und Wertvorstellungen.

Die Zielsetzung eines Iso-Standards wie eines Knipsbildes ist eine vollständig andere als diejenige eines kreativen Aktes.

Warum?

Weil Kreativität immer hochsubjektiv, intuitiv und dynamisch ist. Kreativität lässt sich niemals beauftragen. Phantasie lässt sich nicht beauftragen. Ästhetik lässt sich nicht beauftragen. Vorgegebene Bild- und Wertvorstellungen, wie vom Beklagten-Vertreter geltend gemacht, stehen dem Ausdruck einer Dynamik und Kreativität immer diametral entgegen. Sie sind ihrem Wesen nach statisch. Ein Auftraggeber ist niemals ein Kreativer. Sonst könnte er das selber erschaffen.

Die Erklärung der Frau Vorsitzenden gegenüber dem Beklagten-Vertreter: das ist ja nicht gerade die feine Art, in der sich der Beklagte bedient hat, ist folglich in einem völlig anderen Licht zu sehen.

Die moralische Übergriffigkeit der Frau Vorsitzenden ist in den Kontext der Kunstfreiheit zu stellen. In diesem Kontext tut geschichtliches Denken not. Was haben Künstler, deren Werke heute so angesehen sind und in Museen hängen, in der Vergangenheit erschaffen? In welcher Weise trifft sich das Schaffen der Klägerin mit dem solcher Künstler?

In der Erinnerung an Gemälde der ästhetischen Moderne, aber etwa auch der älteren niederländischen Meister wird deutlich, dass künstlerisches Werkzeug immer intimste und privateste Szenen dargestellt hat. Man denke nur an Gemälde von Badeanstalten oder Wirtshäusern, in denen immer unfrisierte, unstilisierte Menschen in einem völlig privaten oder gar intimen Rahmen dargestellt worden sind. Es ist allein diese Darstellung, die dazu geführt hat, dass solche Werke heute in Museen hängen und dort bewundert werden. Die Bildvorstellungen eines Auftraggebers wiedergebende Machart gehört zur Kategorie des ausführenden Handwerks gleich dem Bau eines Tisches oder einer Treppe. Kultur- und kunstwissenschaftlich ist eine solche Machart kein Kunstwerk.

c.

Die Klägerin hat keinen Verzicht hinsichtlich der Einhaltung der vorgenannten Verfahrensvorschriften erklärt (vgl. dazu B/L/A/H, ZPO, § 295, Rn 9). Sie hat sich insofern auch nicht rügelos eingelassen, da im Anschluss an den vom Senat angeregten, von der Klägerin aber abgelehnten Vergleich keine Verhandlung mehr stattfand, sondern nur noch der Termin zur Verkündung einer Entscheidung erörtert und bestimmt wurde.

2.

Die Richterinnen Dr. Mockel und Dr. Fehn-Böer sind von dem weiteren Verfahren und der Entscheidung in dem Verfahren auszuschließen. Es liegen Gründe vor, die geeignet sind, in der Person der Klägerin Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der Richterinnen zu rechtfertigen.

Diese Gründe haben sich im Laufe der mündlichen Verhandlung und im Anschluss an die mündliche Verhandlung am 4. Dezember 2012 in einer Weise potenziert, dass die Anbringung des Ablehnungsgesuchs unmittelbar nach der

mündlichen Verhandlung gerechtfertigt ist. Die Klägerin hat ihr Ablehnungsrecht nicht durch eine rügelose Einlassung verloren.

Bei Einzug des Senats haben sich die Mitglieder des Senats in einer Weise durch ein zur Schau getragenes Dauerlächeln gegenüber der Klägerin und der Unterzeichnerin hervorgetan, das aus der Sicht eines objektiven Beobachters misstrauisch machen musste. Dieser Mimikry folgte eine Summe von körpersprachlichen und verbalen Äußerungen, die in völligem Widerspruch dazu einseitig die Interessen des Beklagten bestätigt haben. Als Porträtkünstlerin beruft sich die Klägerin insoweit auf ihre jahrzehntelange Erfahrung Mimik und Körpersprache genauestens zu deuten und in Verbindung mit den Verbalaussagen zu bringen.

- Die Frau Vorsitzende hat nicht gerügt, dass der Beklagten-Vertreter zum Zeitpunkt des Einzugs des Senats über eine halbe Stunde nach der eigentlichen Terminsstunde weder seinen Platz eingenommen noch seine Robe angelegt hatte und dadurch von Anbeginn der Verhandlung seine Missachtung des Senats zum Ausdruck gebracht hat.
- Die Frau Vorsitzende hat dem ausgebliebenen Beklagten keine Frist zur Vorlage eines Attestes zur Entschuldigung seines Fernbleibens auferlegt, obgleich nicht auszuschließen war, dass der Beklagten-Vertreter seinem Mandanten das Fernbleiben im Sinne seiner Verteidigungsstrategie angeraten hatte. Das Erscheinen des Beklagten hätte nämlich deutlich gemacht, dass der Beklagte in dem Painting der Klägerin, wie es vor den Augen des Senats stand, idealisiert worden ist, und keineswegs zerrupft und zerzaust dargestellt worden ist, wie der Beklagten-Vertreter den Senat zum Ende der Verhandlung hin glauben machen wollte. Darauf war klageseitig bereits schriftsätzlich hingewiesen worden.
- Indem die Frau Vorsitzende in ihrer Einführung in den Sach- und Streitstand die hoch-differenziert schriftsätzlich ausgearbeiteten rechtlichen Argumente der Klägerin nicht einmal summarisch angesprochen hat, hat die Frau Vorsitzende deutlich gemacht, dass sie und die Berichterstatterin aufgrund ihrer Voreingenommenheiten nicht bereit sind, einer differenzierten rechtlichen Argumentation die gebührende Wachsamkeit zu widmen.
- Mit der Bemerkung, der Gesetzgeber wird sich schon etwas bei der Schaffung von § 53 Abs. 1 UrhG gedacht haben, hat die Frau Vorsitzende vorgegeben, nichts von der in der Fachöffentlichkeit immer wieder angesprochenen Notwendigkeit der Reform des Urheberrechtsgesetzes zugunsten der bildenden Künstler und nichts davon zu wissen, dass das Urheberrechtsgesetz noch ein junges Gesetz in der Entwicklung ist. Sie hat unter Außerachtlassung der Geschichte des § 53 Abs. 1 und des § 53 Abs. 4 UrhG und des Beteiligungsgrundsatzes aus §§ 11 S. 2, 32, 32a UrhG, Art. 14 GG, wie er vom BGH immer wieder zur Richtschnur der Auslegung von Gesetzen gemacht worden ist, vorgegeben, dass ihre juristische Arbeit wie diejenige der Berichterstatterin von Gesetzeswegen nicht den

juristischen Denkgesetzen zu folgen habe, sondern bloßem blindem Glauben und Vertrauen in den Gesetzgeber.

- Die Frau Vorsitzende hat der Klägerin darüber hinaus weiß machen wollen, dass eine Herausgabe der Mappe durch die Zeugin Rudolph an den Beklagten zu einem rechtmäßigen Besitz des Beklagten geführt haben soll, obgleich die Zeugin Rudolph „nicht so berechnete Besitzerin“ war und der Beklagte folglich nach den Regeln des Sachenrechts bei dem Fremdbesitzerexzess der Zeugin Rudolph, wie er aufgrund des Tatbestandes des Ersturteils anzunehmen ist, niemals zum rechtmäßigen Besitzer werden konnte.
- Die Frau Vorsitzende hat im Einklang mit der ihr fortwährend eifrig beipflichtenden Berichterstatterin vorgegeben, dass eine teleologische Reduktion von § 53 Abs. 1 UrhG im Sinne von § 53 Abs. 4 UrhG eine Regelungslücke voraussetze, und damit die juristischen Denkgesetze, wie sie vom BGH praktiziert werden, gegenüber der Klägerin für ungültig zu erklären sind.
- Die Frau Vorsitzende hat mitgeteilt, böswillig pflichtwidrig § 60 Abs. 1 S. 2 UrhG und seinen Normwiderspruch zu § 53 Abs. 1 UrhG erstmals in der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis genommen zu haben, obgleich dazu bereits umfassend schriftsätzlich vorgetragen worden war. O-Ton: Zu § 60 UrhG habe ich noch nicht alle Facetten durchleuchtet.
- Auf den Vortrag des Beklagten-Vertreters dazu, dass er sich bei seiner Frau, einer Fotografin, erkundigt habe, und erfahren habe, dass es sich nicht gehöre, dass eine Person unvorbereitet fotografiert würde und diese Aufnahmen dann verwertet würden, hat die Frau Vorsitzende die Gleichstellung von Künstlerbildern und ISO-Standards nicht als völlig neben der Sache zurückgewiesen. Sie hat damit deutlich gemacht, dass sie, wie die ihr beistehende Berichterstatterin, nicht bereit ist, den umfangreichen schriftsätzlichen Sachvortrag der Klägerin zur Bedeutung von Fotoentwürfen für Werke der bildenden Kunst inhaltlich zu rezipieren. In dieser Haltung der Nichtachtung der Realität des bildkünstlerischen Schaffens hat sie außerdem deutlich gemacht, dass sie – im Einklang mit der Berichterstatterin – **dem Schutz authentischen bildnerischen Werkschaffens keinerlei rechtlichen Stellenwert beimisst**. Sie hat damit deutlich gemacht, dass die unzutreffende Einstufung der Künstlerbilder der Klägerin für sie der beste Weg ist die Urheberrechte der Künstlerin abzuerkennen.
- Die Frau Vorsitzende hat mit ihrer unzutreffenden Einstufung der Künstlerbilder der Klägerin deutlich gemacht, dass sie der Klägerin keine Schutz- und Freiheitsrechte für ihr politisches Anliegen am demokratischen Prozess teilzunehmen zugestehen will. Es wird dazu darauf hingewiesen, dass die Klägerin seit ihrem 30. Lebensjahr die Rabenpolitik in ihrem Namen trägt (s. www.rabenpolitikisol.de).
- Auf den Vortrag der Unterzeichnerin, dass die Zurückweisung der

Berufung ein weiteres Dokument dafür ergebe, dass bildende Künstler/innen und besonders auch ein/e Portraitkünstler/in in diesem Staat keinerlei Schutz- und Freiheitsrechte aus Artt. 5 Abs. 3 und 1 sowie Art. 14 GG hat, senkte die Frau Vorsitzende sofort ihren Kopf, so dass man ihr Gesicht kaum noch sah. Das ist eine typische Angst- und Abwehrhaltung. Instinktiv wird die eigene Kehle verdeckt. Körpersprachlich machte sie damit deutlich, dass sie eine Entscheidung zu treffen beabsichtigt, von der sie weiß, dass sie falsch ist.

- Indem die Frau Vorsitzende die Klägerin in übergriffiger moralisierender Manier, so als wüßte die Klägerin dies nicht selbst, darüber belehrte, dass nicht jede Verletzung Rechtsschutz hervorrufen könne, die „unfeine Art“ des Beklagten von ihr also hinzunehmen sei, hat sie sowohl der Klägerin als auch der Unterzeichnerin in anmaßender Weise jede intellektuelle Durchdringung des rechtlich und politisch relevanten Sachverhalts abgesprochen, obgleich sich die Klägerin seit ihrem 30. Lebensjahr und die Unterzeichnerin seit ihrem 19. Lebensjahr mit dem Verfassungsrecht, Urheberrecht und Strafrecht befassen.
- Indem die Frau Vorsitzende die Verhandlung geschlossen hat ohne auf die Stellung der Anträge hinzuwirken, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie sich durch den Widerspruch zwischen richtiger und beabsichtigte falscher Entscheidung in einer solchen inneren Spannung befand, dass sie die normativen Verfahrensregeln vergaß.
- Durch die Rückgabe der Bildmappe im Anschluss an die Verhandlung hat die Frau Vorsitzende unter Außerachtlassung der Rechtskraft einer Entscheidung des Senats frühestens nach Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde oder einer Revision durch den BGH das Ende des Verfahrens vorzeitig heraufzubeschwören gesucht. Die Mappe war zur Rückgabe erst mit dem Ende des Verfahrens erbeten worden. Das hat die Klägerin sehr verwundert.
- Selbst auf die wiederholten Hinweise der Unterzeichnerin im Anschluss an die mündliche Verhandlung, dass der Senat unbedingt das Verfassungsrecht zu beachten habe, hat die Frau Vorsitzende genauso wenig wie während der Verhandlung ein Anzeichen dafür gegeben, dass die politische Dimension der Verfassung für sie irgendeine Relevanz haben könnte.

Während der gesamten Verhandlung hat die Berichterstatterin der Frau Vorsitzenden eifrig beigepllichtet und eifrig sekundiert.

Vor diesem Hintergrund haben sowohl Frau Dr. Mockel als auch Frau Dr. Fehn-Böer entgegen der zur Schau gestellten Fassade zu Beginn der Verhandlung der Klägerin gegenüber die tiefste Nichtachtung zum Ausdruck gebracht, die von einem Richter einem/r Bürger/in gegenüber überhaupt zum Ausdruck gebracht werden kann.

Anstatt Achtung für den großen Einsatz hinter ihrer Klage, haben die beiden Richterinnen zum Ausdruck gebracht, dass sie in ihrer amtlichen Stellung nicht

bereit sind, die hoch-differenzierten rechtlichen Erwägungen der Klägerin und der Unterzeichnerin überhaupt zur Kenntnis zu nehmen, geschweige denn sachgerecht zu bearbeiten. Die Klägerin musste daraus überdeutlich den Eindruck erhalten, dass ihr insgesamt jedes verfassungsrechtlich und politisch gewollte rechtliche Gehör versagt werden soll.

Glaubhaftmachung: Dienstliche Erklärungen der abgelehnten Richterinnen;
Anwaltliche Versicherung des vorstehenden Sachverhalts
durch nachstehende Unterschrift.

Vor diesem Hintergrund kann die Klägerin keinerlei Vertrauen in eine Entscheidung der beiden Richterinnen haben. Diese sind deshalb unter Anlegung eines parteiobjektiven Maßstabs wegen größter Besorgnis der Befangenheit abzulehnen.

Dr. Helga Müller
Rechtsanwältin