



Felix Michl

M. Digitale Bilder – analoges Recht: Von den Untiefen des Bildrechts

→ Bildrechte, Urheberrecht, Urheberrechts-Wissensgesellschaftsgesetz, Reproduktionsfotografie, Fotografie, Lichtbildschutz

Der Beitrag beschäftigt sich mit den juristischen Problemen, welche sich insbesondere bei Verwendung von sogenannter **Reproduktionsfotografie** stellen. **Kunsthistorikerinnen und Kunsthistoriker bewegten sich hier bis vor kurzem in einer vermeintlichen rechtlichen Grauzone**, handelten jedoch tatsächlich häufig schlicht urheberrechtswidrig, selbst wenn sie eigentlich bereits gemeinfreie Kunstwerke mithilfe von durch Dritte aufgenommene Fotografien reproduzieren wollten. Mit den Änderungen des Urheberrechts-Wissensgesellschaftsgesetzes wurden die urheberrechtlichen Regelungen zugunsten der Kunstwissenschaft verbessert. Dafür stellen sich unter den neuen Regelungen zusätzliche Fragen, auf die der Beitrag eingeht.

M.1 Einführung

■ 01

Die Reiss-Engelhorn-Museen in Mannheim sind ein gemeindlicher Eigenbetrieb der Stadt Mannheim und insbesondere als gemeinnützige GmbH (rem gGmbH) organisiert. Die komplizierte rechtliche Struktur führte in den Prozessen zunächst zu der Frage, wer eigentlich Klägerin ist. Im Rubrum des Urteils des LG Berlin vom 31.05.2016, Az. 15 O 428/15 erscheint letztlich die Stadt Mannheim als Klägerin. Zur rechtlichen Struktur der Reiss-Engelhorn-Museen vgl. die Selbstdarstellung unter <http://www.rem-mannheim.de/wir-ueber-uns/organisationsstruktur/>.

■ 02

Beklagte war zum einen der in Deutschland registrierte Verein Wikimedia Deutschland – Gesellschaft zur Förderung Freien Wissens e. V., zum anderen die Wikimedia Foundation Inc. in den Vereinigten Staaten von Amerika. Die von den Reiss-Engelhorn-Museen gegenüber dem deutschen Verein erhobenen Ansprüche wurden im Urteil des LG Berlin vom 31.05.2016, Az. 15 O 428/15, BeckRS 2016, 11997 = GRUR-RR 2016, 318–324 vollumfänglich abgewiesen, da der Verein zwar die deutsche Wikipedia-Community maßgeblich organisiert und unterstützt sowie die Domain www.wikipedia.de registriert hat, jedoch keine der angegriffenen Wikipedia-Inhalte selbst im Internet zur Verfügung stellt (hostet). In einem weiteren Prozess vor dem LG Stuttgart wurde mit dessen Urteil vom 03.08.2016 (Az. 17 O 690/15) derjenige, der die Digitalisate in Wikipedia hochgeladen hatte, antragsgemäß zu Unterlassung und Ersatz außergerichtlicher Anwaltskosten verurteilt. Das Urteil ist im Internet unter: <http://www.mueller-roessner.net/wp-content/uploads/2016/10/Urteil-Landgericht-Stuttgart-17-O-690-15.pdf> abrufbar. Es wurde mittlerweile durch das OLG Stuttgart (Urteil v. 31.5.2017, 4 U 204/16, BeckRS 2017, 113915 = GRUR 2017, 905) umfänglich bestätigt. Eine Revision beim Bundesgerichtshof ist anhängig.

■ 03

Über den Fall wurde umfangreich im Internet, aber auch in der Tagespresse

Spätestens seit den verschiedenen Gerichtsprozessen, welche die Mannheimer Reiss-Engelhorn-Museen ⁰¹ seit dem Jahr 2015 insbesondere gegen Wikipedia ⁰², aber auch Einzelpersonen geführt haben, dürfte den meisten Kunsthistorikerinnen und Kunsthistorikern bewusst geworden sein, dass sie sich auf **vermintem Gelände** bewegen. ⁰³ Gegenstand der Prozesse war die Nutzung fotografischer Abbildungen von Kunstwerken, welche sich in den Sammlungen der Reiss-Engelhorn-Museen befinden. Die öffentliche Berichterstattung über die Prozesse führte dazu, dass sich viele erstmalig die Frage stellten, inwieweit sie sich selbst solchen Prozessen aussetzen, wenn sie im Internet oder aus Datenbanken abrufbare Digitalisate von Kunstwerken verwenden. Die unerfreuliche Situation kann darauf zugespitzt werden, dass die **rechtliche** Verfügbarkeit fotografischer Abbildungen von Kunstwerken nicht mit der **digitalen** Verfügbarkeit derselben mitgehalten hat und ein dringend reformbedürftiges urheberrechtliches Zitatrecht kunstwissenschaftlich Arbeitende unnötig in ihrer Tätigkeit einschränkt (bzw. eingeschränkt hat). Verschärft wird das Problem durch den Sparzwang, welcher öffentlichen Museen in der Regel auferlegt wird, häufig verbunden mit der Vorgabe, den Museumsbestand so umfassend wie möglich wirtschaftlich zu verwerten. ⁰⁴ Hier bietet es sich für die Museen an, die Erstellung von verwendbaren Digitalisaten zunächst durch auf das Hausrecht gestützte Fotografierverbote, die teilweise unter dem Vorwand konservatorischer Erfordernisse ausgesprochen werden, zu erschweren. In der Folge kann die Nachfrage nach Digitalisaten der Kunstwerke ausschließlich durch die eigenen Reproduktionsfotografien der Museen befriedigt werden. Diese werden in der Regel durch Bildagenturen ⁰⁵ professionell vermarktet. Wird dieser Vorgang an Werken vollzogen, deren urheberrechtlicher Schutz längst abgelaufen ist und die damit **gemeinfrei** sind, so kann man durchaus von einer **Remonopolisierung** ⁰⁶ dieser Werke durch die Museen sprechen. Dieser Vorgang sieht sich jedoch zunehmender Kritik ausgesetzt.

Für Kunstwissenschaftler ist es aber zunächst noch unabdingbar, die urheberrechtlichen Hintergründe in Grundzügen zu verstehen, um Urheberrechtsverletzungen und damit möglicherweise einhergehende, kostspielige Abmahnungen oder gar Verfahren zu vermeiden.

berichtet. Vgl. hierzu beispielhaft Stuttgarter Zeitung vom 11.07.2015, abrufbar unter <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.streit-zwischen-mannheimer-museum-und-wikipedia-museumschef-droht-mit-klage.2c2dca9c-2973-45ae-9a80-fc8a840816c0.html>.

■ 04

Vgl. hier zu umfassend und weiterführend Grischka Petri, *The Public Domain vs. the Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art*, in: *Journal of Conservation and Museum Studies*, 12 (1), p.Art. 8, URL <http://doi.org/10.5334/jcms.1021217>.

■ 05

Wie zum Beispiel die von der Stiftung Preußischer Kulturbesitz betriebene bpk-Bildagentur. Für nähere Informationen vgl. deren Internetpräsenz unter <http://www.bpk-images.de>.

■ 06

So Felix Laurin Stang, *Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, Tübingen 2011.

■ 07

Dieser Betrachtung liegt die derzeit offenbar von den meisten Gerichten bevorzugte Auffassung zugrunde, wonach museale Reproduktionsfotografie urheberrechtlich schutzfähig ist. Diese Auffassung wird später noch einer Kritik unterzogen werden.

■ 08

Denkbar ist auch, dass noch in andere dem Urheber vorbehaltene Verwertungsrechte (geregelt in den §§ 17 ff. UrhG) eingegriffen wird. Vorliegend ist das Beispiel des Eingriffes in das Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG gewählt, weil dieses in der Regel als erstes und am schnellsten verletzt wird.

M.2 Reproduktionsfotografie – ihre doppelte urheberrechtliche Relevanz

Hauptgrund für Konflikte im Zusammenhang mit der Abbildung von Kunstwerken und auch Anlass der Auseinandersetzungen zwischen den Reiss-Engelhorn-Museen und Wikipedia ist eine Verkennung der Rechtslage bei Fotografien, welche Kunstwerke abbilden. Erschöpft sich der Zweck einer solchen Fotografie in der Wiedergabe des Kunstwerks – im Unterschied zu Fotografien zum Beispiel im Rahmen der Bildberichterstattung über eine Galerieeröffnung, welche eine Ausstellungsansicht dokumentieren –, so soll im Folgenden von »(musealer) Reproduktionsfotografie« gesprochen werden.

An einer solchen Reproduktionsfotografie bestehen grundsätzlich zwei voneinander getrennt zu beurteilende, urheberrechtliche Verhältnisse. **07**

Zum einen ist das abgebildete Kunstwerk gemäß § 64 Urheberrechtsgesetz (UrhG) bis siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers urheberrechtlich geschützt. Danach erlischt der urheberrechtliche Schutz und das Werk wird gemeinfrei. Die Herstellung einer Fotografie, welche das Kunstwerk (beispielsweise ein Ölgemälde) wiedergibt, ist urheberrechtlich eine **Vervielfältigung** des geschützten Werks gemäß § 16 UrhG. **08** Der Abdruck einer solchen Fotografie, zum Beispiel in einer kunsthistorischen Arbeit, ist seinerseits eine

■ 09

Für alle Kroitzsch/Götting, in: Hartwig Ahlberg, Horst-Peter Götting (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 17. Edition, München 2017, § 16 Rn. 3. Die Definition findet sich so bereits in der Gesetzesbegründung und wird auch von der Rechtsprechung verwendet.

■ 10

Die Einräumung von Nutzungsrechten bezüglich urheberrechtlich geschützter Werke der bildenden Kunst erfolgt stellvertretend für den Urheber durch die VG Bild-Kunst (<http://www.bildkunst.de>), insoweit der Urheber mit der VG Bild-Kunst einen sogenannten Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen hat. Ob ein Urheber durch die VG Bild-Kunst vertreten wird, kann auf der genannten Internetseite recherchiert werden.

■ 11

Der Grund für die Differenzierung liegt im fehlenden individuellen Gestaltungsspielraum des Reproduktionsfotografen bei der Ablichtung eines zweidimensionalen Werks im Unterschied zu der eines dreidimensionalen Werks. Im letzteren Fall hat der Fotograf zum Beispiel die Wahl zwischen vielen möglichen Blickwinkeln, um das Werk fotografisch zu inszenieren, während er im ersteren in aller Regel auf eine exakt rechtwinklige Aufsicht beschränkt ist. Im Ergebnis kann sich bei der Reproduktion von zweidimensionalen Werken daher in der Fotografie keine Individualität des Fotografen und damit keine Urheberpersönlichkeit manifestieren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine gelungene Reproduktionsfotografie unabhängig vom Fotografen immer nahezu identisch aussehen wird. Vgl. auch die Ausführungen hierzu im Urteil des LG Berlin vom 31.05.2016, Az. 15 O 428/15 (Fn. 2) sowie bei Bullinger, in: Artur-Axel Wandtke, Winfried Bullinger (Hg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, München 2014, § 2 Rn. 119.

■ 12

Vgl. Lauber-Rönsberg, in: Ahlberg, Götting (Hg.) 2017, § 72 Rn. 2.

■ 13

Insgesamt kann ein Lichtbild damit für 100 Jahre geschützt sein, wenn es im 50. Jahr nach seiner Herstellung erstmalig öffentlich wiedergegeben

(weitere) Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG. Unter dem Begriff der »Vervielfältigung« des § 16 UrhG versteht man alle »körperliche[n] Festlegungen, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen«. ⁰⁹ Die Vervielfältigung des Werks ist eine Tätigkeit, die nach § 15 Abs. 1 UrhG ausschließlich dem Urheber vorbehalten ist. Andere Personen müssen sich, um das Werk vervielfältigen zu dürfen, entweder auf eine urheberrechtliche Schrankenregelung (geregelt in den §§ 44a ff. UrhG) wie zum Beispiel das Zitatrecht des § 51 UrhG berufen können oder sich vom Urheber ein Nutzungsrecht gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG einräumen lassen. ¹⁰ Andernfalls begeht der Nutzer eine Urheberrechtsverletzung, welche gemäß § 97 Abs. 2 UrhG (zivilrechtliche) Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche oder aber auch eine strafrechtliche Verfolgung gemäß § 106 UrhG nach sich ziehen kann.

Zum anderen besteht bei der Reproduktionsfotografie weiterhin eine urheberrechtliche Beziehung zum Schöpfer derjenigen Fotografie, welche das Kunstwerk abbildet. Insofern kann es sich entweder um ein sogenanntes Leistungsschutzrecht gemäß § 72 UrhG handeln, wenn die Fotografie als Lichtbild zu klassifizieren ist. Es kann sich jedoch auch um ein vollwertiges Urheberrecht handeln, wenn die Fotografie die Voraussetzungen an ein Lichtbildwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG erfüllt. Als Daumenregel gilt, dass die Reproduktion von zweidimensionalen Kunstwerken – wie zum Beispiel von einem Gemälde – in der Regel nur die Anforderungen an ein Lichtbild im Sinne des § 72 UrhG erfüllt, während es sich bei Fotografien von dreidimensionalen Kunstwerken, wie beispielsweise einer Skulptur, in der Regel um ein Lichtbildwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG handelt. ¹¹ Die praktischen Folgen aus dieser Unterscheidungen sind jedoch marginal, da das Leistungsschutzrecht des Lichtbildners gemäß § 72 UrhG im Laufe der Zeit dem Urheberrecht weitgehend angeglichen worden ist. ¹² Ein entscheidender Unterschied besteht noch in der Schutzdauer; Lichtbilder gemäß § 72 UrhG sind nach dessen Abs. 3 S. 1 nur für 50 Jahre ab ihrem erstmaligen Erscheinen beziehungsweise – wenn sie nicht veröffentlicht werden – für maximal 50 Jahre ab ihrer Herstellung geschützt. ¹³ Für die Museen heißt dies aber weiterhin, dass wenn sie zum Beispiel nach 25 Jahren neue Reproduktionsfotografien herstellen, ¹⁴ diese erneut einen 50-jährigen Schutz erhalten. Für einen erneuten Schutz müssen sich die neuen Reproduktionen allerdings nicht einmal von der ursprünglichen Reproduktion unterscheiden.

Die Tatsache, dass an einer Reproduktionsfotografie zumindest auch ein Leistungsschutzrecht (und gegebenenfalls sogar ein vollwertiges Urheberrecht) des Fotografen besteht, führt dazu, dass auch eine Fotografie, welche ein Kunstwerk zeigt, das gemeinfrei ist, nicht völlig ohne Rücksicht auf daran bestehende Rechte verwendet werden kann. Diese in Deutschland nach dem Gesetzeswortlaut recht eindeutige Rechtslage wurde selbst von Wikipedia erkannt, als Reproduktionsfotografien der Reiss-Engelhorn-Museen dort mit dem Hinweis bereitgestellt wurden, sie seien aufgrund der abgelaufenen urheberrechtlichen Schutzfrist der dort abgebildeten Werke frei von Rechten Dritter.

wird oder erscheint. Vgl. Thum; in: Wandtke, Bullinger (Hg.) 2014, § 72 Rn. 35.

■ 14
Beispielsweise um Schwarz-Weiß-Fotos durch Farbfotos zu ersetzen.

M.3 Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen und ihr bisheriges Versagen bei der Reproduktionsfotografie

Für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Kunst könnte die beschriebene Situation aufgrund des Zitatrechts des § 51 UrhG weitgehend unproblematisch sein. Wird ein urheberrechtlich geschütztes Werk in einem eigenständigen wissenschaftlichen Werk – also beispielsweise einem Aufsatz oder einer Dissertation – zum Zwecke der wissenschaftlichen Auseinandersetzung abgedruckt (und damit unter anderem vervielfältigt im Sinne des § 16 UrhG), so ordnet § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG an, dass das Urheberrecht insoweit beschränkt wird und der Urheber diese – normalerweise nur ihm erlaubte – Nutzungshandlung entschädigungslos dulden muss. Das UrhG greift hier in die Rechte des Urhebers und damit eine eigentumsähnliche Position ein, um einen gerechten Interessenausgleich zwischen individuellem Urheberrecht und der gesamtgesellschaftlich nützlichen wissenschaftlichen Betätigung herzustellen. Letztlich ergibt sich die Rechtmäßigkeit einer solchen Regelung aus Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz, wonach **Eigentum verpflichtet** und seine Gewährleistung auch dem **Wohle der Allgemeinheit dienen soll**.

Um die Rechte des Urhebers nicht über Gebühr zu beschneiden, ist die Schranke des § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG eng zu fassen. Die Vervielfältigung eines geschützten Werks ist daher nur dann erlaubt, wenn sie durch den Zitatzweck gerechtfertigt ist. Dies setzt insbesondere voraus, dass sich in der wissenschaftlichen Arbeit mit dem zitierten Werk auseinandergesetzt wird und die Abbildung der Erläuterung dieser wissenschaftlichen Auseinandersetzung dient und insoweit auch erforderlich ist. Das Zitat muss als »Belegstelle oder Erörterungsgrundlage für selbständige Ausführungen dienen«. ¹⁵ Der Bundesgerichtshof formuliert: »Das Sprachwerk [der wissenschaftliche Text] mu[ss] die Hauptsache, die Abbildung, auch wenn sie ansprechend wirken soll, die Nebensache bleiben.« ¹⁶ Hierzu darf sich das Zitat nur in einem entsprechenden »qualitativen und quantitativen Umfang bewegen«. ¹⁷ Dies ist zum Beispiel dann nicht mehr der Fall, wenn die Abbildung lediglich zur Ausschmückung oder als Blickfang (beispielsweise bei Verwendung für den Buchumschlag) aufgenommen wurde. ¹⁸ Auch dürfen nur »einzelne Werke« desselben Urhebers übernommen werden – ein vollständiger Werkkatalog mit allen Werken oder einem Großteil des Œuvres eines bestimmten Urhebers wäre von der Zitierfreiheit daher nicht mehr gedeckt. ¹⁹ Da § 51 UrhG keine allgemeinen Kriterien aufstellt, sondern nur davon spricht, dass das Zitat »durch [seinen] besonderen Zweck gerechtfertigt«

■ 15
Manfred Reh binder, Alexander Peukert, Urheberrecht, 17. Auflage, München 2015, Rn. 630.

■ 16
BGH, Urteil v. 30.06.1994, I ZR 32/92 Museumskatalog, GRUR 1994, 800 (803).

■ 17
Schulz, in: Ahlberg, Götting (Hg.) 2017, § 51 Rn. 14.

■ 18
Vgl. Lüft, in: Wandtke, Bullinger (Hg.) 2014, § 51 Rn. 3.

■ 19
Hierzu zum Beispiel Dreier, in: Thomas Dreier, Gernot Schulze (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 5. Auflage, 2015, § 51 Rn. 11.

sein muss, läuft die Anwendung der Norm in der Rechtsprechung auf eine schwierig zusammenfassende Kasuistik hinaus. Die Rechtsanwendung ist hierdurch für den kunsthistorisch Publizierenden durchaus eine Herausforderung und macht unter Umständen sogar eine rechtliche Beratung notwendig. Insgesamt ist aber als unproblematisch zu betrachten, wenn zum Beispiel in einem Aufsatz ein bestimmtes Kunstwerk einer zeitgenössischen Künstlerin beschrieben wird und hierzu ein – zum Beispiel in einer Ausstellung (erlaubt!) aufgenommenes – eigenes Foto dieses Kunstwerks zur Erläuterung mit abgedruckt wird.

Zu beachten sind aber auch bei berechtigter Inanspruchnahme der Zitierfreiheit des § 51 UrhG das Änderungsverbot des § 62 UrhG sowie ganz besonders das Gebot der Quellenangabe aus § 63 Abs. 1 und 2 UrhG. Verstöße gegen diese Vorschriften machen das Zitat nach bestrittener Ansicht zwar nicht unzulässig, können aber auf jeden Fall Unterlassungsansprüche und (bei Vorliegen eines Schadens) auch Schadensersatzansprüche begründen. ²⁰ Im Rahmen einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung sollte die Offenlegung der Quellen aber ohnehin als Teil einer sorgfältigen wissenschaftlichen Arbeitsweise selbstverständlich sein.

Die an sich großzügige Schranke des § 51 UrhG versagte jedoch bislang – nach nicht unbestrittener, aber von vielen Gerichten geteilter Ansicht – im Fall der Reproduktionsfotografie in Bezug auf diejenigen Rechte, welche dem Reproduktionsfotografen zustehen. Wurde beispielsweise eine der streitgegenständlichen Reproduktionsfotografien des Reiss-Engelhorn-Museums von einem gemeinfreien Werk in einer kunsthistorischen Arbeit zur Erläuterung deren Inhalts verwendet, so war die Vervielfältigung des auf der Fotografie abgebildeten Werks zunächst in zweifacher Hinsicht unproblematisch: Zum einen bestand schon an dem abgebildeten Kunstwerk kein urheberrechtlicher Schutz mehr. Zum anderen galt, dass selbst wenn er noch bestünde, sich der Verwender auf das Zitatrecht des § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG berufen könnte. Anders verhielt es sich jedoch in Bezug auf die Reproduktionsfotografie und die an dieser Fotografie selbst bestehenden Rechte (Lichtbildschutz oder Urheberrecht). Hier herrschte in der Rechtsprechung die Auffassung vor, dass mit dieser Fotografie gar keine wissenschaftliche Auseinandersetzung stattfindet – sie diene ja auch nur dazu, das Kunstwerk abzubilden! – und daher § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG schon von vornherein nicht erfüllt sein konnte. Tatsache ist, dass sich mit der Reproduktionsfotografie eines zweidimensionalen Kunstwerks auch gar nicht inhaltlich auseinandergesetzt werden kann, weil sich diese Fotografie ja in der naturgetreuen Wiedergabe des abgebildeten Werks erschöpft. ²¹ Es trat damit die paradoxe Situation ein, dass ein schöpferisch viel höher stehendes, urheberrechtlich geschütztes Werk (nämlich das abgebildete Kunstwerk) rechtmäßig aufgrund des Zitatrechts des § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG vervielfältigt werden durfte, während die nur durch ein Leistungsschutzrecht geschützte Abbildung desselben der urheberrechtlichen Schrankenregelung des § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG nicht unterworfen war.

Bislang musste daher im Bereich der wissenschaftlichen Arbeit auch bei Bildziten gemäß § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG darauf geachtet werden, dass die Rechte für die Nutzung der das Kunstwerk abbildenden Fotografie eingeholt wurden. Für Reproduktionen, auf die man im Internet stößt oder die man beispielsweise

■ 20

Hierzu ausführlicher bei Dreier, in: Dreier, Schulze (Hg.) 2015, § 51 Rn. 26.

■ 21

Thum; in: Wandtke, Bullinger (Hg.) 2014, § 72 Rn. 30 mit Nachweisen zur Kritik an dieser Auffassung.

■ 22

Auch wenn es dem Inhaber dieser Rechte im Einzelfall schwerfallen wird, zu beweisen, dass es sich bei den verwendeten Abbildungen um die von ihm erstellten handelt. Bei entsprechender Qualität der Digitalisate bzw. der Abbildung ist es jedoch möglich, zum Beispiel anhand kleinster Schmutzpartikel oder Fasern, die während des Scanvorgangs oder bei Aufnahme der Fotografie miterfasst wurden, einen solchen Nachweis zu führen.

aus Katalogen oder Kunstbüchern einscannst, bedeutete dies, dass man mit ihrer Verwendung im Zweifel eine Urheberrechtsverletzung beging. ²² Dass die verwendete Reproduktionsfotografie selbst bereits gemeinfrei ist, ist unwahrscheinlich, da mehr als 50 Jahre alte Fotografien in der Regel gar nicht die heute für Reproduktionen gewünschte Qualität aufweisen.

M.4 Lösungsansätze aus der juristischen Forschung

Die bisherige Situation war insbesondere für die Kunstwissenschaften in höchstem Maße unbefriedigend. Die rechtlichen Risiken verhinderten nicht zuletzt die Erstellung ansprechender Publikationen beziehungsweise machten ihre Veröffentlichung unerschwinglich. Dies alles angesichts der Tatsache, dass die meisten kunstwissenschaftlichen Veröffentlichungsprojekte ohnehin keine *cashcows*, sondern vielmehr Zuschussgeschäfte sind. Die Situation war vor allem auch deshalb unbefriedigend, weil es die moderne Technik in der Regel ermöglicht, schnell hochwertige Digitalisate (beispielsweise aus Katalogen oder auch aus dem Internet) zu erlangen und somit rein faktisch einer ansprechenden und hilfreichen Bebilderung von kunsthistorischen Publikationen eigentlich nichts entgegenstehen sollte. Hinzu kommt ein Trend der internationalen Museumslandschaft, welche die Möglichkeiten der Digitalisierung weder verdammt noch gegen sie juristisch zu Felde zieht. Vielmehr haben einige Institutionen den hohen Nutzen solcher Digitalisate für die Wissenschaft, aber auch den mit der Verbreitung von Abbildungen einhergehenden Werbeeffect für das jeweilige Haus erkannt und stellen aus diesen Gründen offensiv hochwertige Digitalisate (insbesondere für wissenschaftliche Projekte) kostenfrei und unkompliziert online zur Verfügung. ²³

■ 23

Besonders herausstechende Beispiele für eine solche Praxis sind das Getty Museum in Los Angeles, aber auch das Rijksmuseum in Amsterdam. In Deutschland verfolgt eine solche Praxis zum Beispiel das Hamburger Museum für Kunst und Gewerbe.

In der juristischen Literatur wird zur Lösung des Problems von einigen Autoren vorgeschlagen, dass der urheberrechtliche Schutz von Reproduktionsfotografie grundsätzlich infrage zu stellen sein soll. Jedenfalls für Fotografien von zweidimensionalen Werken solle es nicht einmal einen Lichtbildschutz nach § 72 UrhG geben, weil durch die oben beschriebene Praxis bei Abbildungen von gemeinfreien Werken die Idee der Gemeinfreiheit unterlaufen würde. ²⁴ Dieser Auffassung erteilen die Gerichte derzeit regelmäßig Absagen. ²⁵

■ 24

So insbesondere Felix Laurin Stang, *Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?*, ZGE 2009, S. 167 (212 ff.). Vertiefend: Stang, 2011 sowie Henrik Lehment, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, Göttingen 2008. Vgl. auch Thum; in: Wandtke, Bullinger (Hg.) 2014, § 72 Rn. 2, 11 mit weiteren Nachweisen.

■ 25

So bei den in Fn. 2 zitierten Entscheidungen. Anders bislang nur AG Nürnberg, Urteil vom 28.10.2015, Az. 32 C 4607/15; abrufbar unter: <https://openjur.de/u/864917.html>.

Eine weitere Auffassung in der juristischen Forschung plädierte dafür, zumindest das Zitatrecht des § 51 UrhG sinngemäß (**analog**) auch auf die Rechte an der Reproduktionsfotografie anzuwenden. In den Fällen, bei denen das abgebildete Werk gemäß § 51 UrhG erlaubt zitiert werden dürfte, sollte demnach auch die Verwendung der Reproduktionsfotografie unter § 51 UrhG

■ 26

Vgl. Thum, in: Wandtke, Bullinger (Hg.) 2014, § 72 Rn. 2, 30 mit weiteren Nachweisen.

fallen, selbst wenn sich mit der Reproduktionsfotografie an sich nicht wissenschaftlich auseinandergesetzt werden kann. ²⁶ Auch diese Auffassung war bislang von der Rechtsprechung nicht aufgegriffen worden. Die Verwendung von Abbildungen unter Berufung auf die genannten Lösungsansätze aus der juristischen Forschung ging daher mit einem erheblichen rechtlichen Risiko einher.

M.5 Neue Gesetzeslage ab 1. März 2018

■ 27

UrhWissG vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3346).

Die gute Nachricht für Kunsthistorikerinnen und Kunsthistoriker ist, dass der Gesetzgeber den bisherigen Missstand mit dem Beschluss des **Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG)** ²⁷ im Juli 2017 weitgehend beseitigt hat. Neben zahlreichen weiteren Änderungen im UrhG fügt Art. 1 Nr. 5 UrhWissG den Zitierfreiheiten des § 51 UrhG einen dritten Satz hinzu, der lautet:

»Von der Zitierbefugnis gemäß den Sätzen 1 und 2 umfasst ist die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des zitierten Werkes, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist.«

Damit ist nunmehr gesetzlich klargestellt, dass sich die Zitierfreiheit des § 51 UrhG nicht nur auf das zitierte urheberrechtliche Werk bezieht, sondern auch eine für das Zitat genutzte, urheberrechtlich geschützte Reproduktion des zitierten Werks erfasst.

Im Ergebnis hat der Gesetzgeber die **kleine** Lösung gewählt und nicht den urheberrechtlichen Schutz von Reproduktionsfotografie neu geregelt, sondern lediglich die Zitierfreiheiten des § 51 UrhG erweitert. Damit bleibt es aber auch dabei, dass Reproduktionen von urheberrechtlich geschützten Werken weiterhin nicht ohne Zustimmung des Urhebers dieser Reproduktionen verwendet werden können, wenn sich die Verwendung nicht im Rahmen von § 51 UrhG bewegt. Dies betrifft (wie oben erwähnt) z. B. die Coverabbildungen.

Eine interessante Frage stellt sich jedoch bei den eingangs geschilderten Fällen der Benutzung von Reproduktionen gemeinfreier Kunstwerke: Vom Wortlaut der neuen Regelung ist dieser Fall, nämlich dass ein abgebildetes Werk überhaupt keinen urheberrechtlichen Schutz mehr genießt, nicht erfasst. § 51 S. 3 UrhG n. F. setzt voraus, dass die Abbildung ein Werk zeigt, welches nach § 51 S. 1 und 2 UrhG zitiert werden darf. Die Schrankenregelungen des § 51 UrhG sind auf gemeinfreie Werke aber gar nicht anwendbar, da § 51 S. 1 und 2 UrhG ein (noch) urheberrechtlich geschütztes Werk voraussetzen. ²⁸ Zunächst scheint es naheliegend, im Wege eines **Erst Recht**-Schlusses bei der Auslegung des § 51 S. 3 UrhG n. F. davon auszugehen, dass eine Abbildung, welche ein urheberrechtlich gar nicht mehr geschütztes Werk zeigt, erst recht frei verwendet werden

■ 28

So die allgemeine Auffassung für Rechtsänderungen im Urheberrecht; vgl. Dreier, in: Dreier, Schulze (Hg.) 2015, § 51 Rn. 1; Schulz, in: Ahlberg, Götting (Hg.) 2017, § 51 Rn. 8.

dürfe, wenn dies doch schon für Reproduktionen urheberrechtlich geschützter Werke gelten soll. Es stellt sich dann aber die Frage, ob die Beschränkungen der Zitierfreiheit in § 51 S. 1 und 2 UrhG auf die dort vorgesehenen Zwecke analog auch auf die Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke angewendet werden sollten. Dies würde dazu führen, dass die Reproduktion eines gemeinfreien Werks beispielsweise nicht für eine Coverabbildung genutzt werden könnte, obwohl das gemeinfreie Werk als solches hierfür benutzt werden dürfte. Ohne eine solche analoge Anwendung von § 51 S. 1 und 2 UrhG würde der Schöpfer der Reproduktionsfotografie durch § 51 S. 3 UrhG n. F. bei gemeinfreien Werken nämlich weitaus stärker in seinen urheberrechtlichen Verwertungsrechten eingeschränkt als derjenige, der ein urheberrechtlich noch geschütztes Werk abfotografiert hat. Da der Gesetzgeber den urheberrechtlichen Schutz der Reproduktionsfotografie aber gerade nicht grundsätzlich einschränken wollte, spricht einiges dafür, im Fall von gemeinfreien Werken eine fiktive Prüfung von § 51 S. 1 und 2 UrhG in Bezug auf das eigentlich gemeinfreie Werk durchzuführen, um festzustellen, ob die Abbildung unter Berufung auf § 51 S. 3 n. F. UrhG genutzt werden darf. Im Ergebnis würden dadurch § 51 S. 1 und 2 UrhG im Fall von gemeinfreien Kunstwerken analog angewendet.

Die Neuerungen des UrhWissG traten am 1. März 2018 in Kraft (Art. 4 UrhWissG). Eine Übergangsregelung sieht das UrhWissG nicht vor. Verletzungshandlungen bis zum 1. März 2018 sind daher weiterhin an der alten Rechtslage zu messen. ²⁹

■ 29

Vgl. BGH, Urteil v. 05.03.1971, I ZR 94/69 *Petite Jacqueline*, GRUR 1971, 525; BGH, Urteil v. 14.07.1993, I ZR 47/91, *Buchhaltungsprogramm*, GRUR 1994, 39 sowie m. w. N. Lauber-Rönsberg, in: Ahlberg, Götting (Hg.) 2017, § 129 UrhG Rn. 5.1.

M.6 Ausblick

Auch nach Inkrafttreten des UrhWissG führt für den kunstwissenschaftlich Arbeitenden kein Weg daran vorbei, bei der Verwendung von Reproduktionsfotografien anhand des Einzelfalls genau zu prüfen, inwieweit sie oder er sich in rechtlich zulässigem Rahmen bewegt. Alles andere ist ein Vabanque-Spiel, bei welchem es gegebenenfalls um erhebliche finanzielle Beträge gehen kann. Noch gravierender für den Betroffenen kann es aber sein, wenn aufgrund eines Unterlassungsbegehrens beispielsweise eine bereits veröffentlichte Dissertation zurückgezogen werden müsste.

Einleuchten sollte in diesem Zusammenhang aber auch, dass diese Rechtslage bei der Auseinandersetzung mit gemeinfreien Werken mit grundlegenden urheberrechtlichen Wertungen nicht oder zumindest nur schwer zu vereinbaren ist.

Nachdem der Gesetzgeber mit dem UrhWissG einen Schritt in die richtige Richtung gegangen ist, muss man nun hoffen, dass dies nicht auch zugleich das Ende der rechtlichen Entwicklungen bezüglich der Reproduktionsfotografie im Konflikt mit der Gemeinfreiheit darstellt.

Als umfassenderen Schritt könnte sich der Gesetzgeber der Ansicht anschließen, wonach an Reproduktionsfotografien von gemeinfreien Kunstwerken überhaupt kein urheberrechtlicher Schutz des Fotografen begründet werden kann. In diesem Zusammenhang muss der Gesetzgeber jedoch abwägen. Dabei

steht auf der einen Seite die Möglichkeit, Reproduktionsfotografien von gemeinfreien Kunstwerken stets frei verwenden zu können. Auf der anderen Seite ist aber auch die naheliegende Gefahr zu sehen, dass ohne den Anreiz, urheberrechtlich und damit in ihrer wirtschaftlichen Verwertung geschützte Abbildungen schaffen zu können, künftig gemeinfreie Werke vielleicht sehr viel weniger oder überhaupt nicht mehr mit zeitgemäßen Techniken reproduziert würden. Dies würde insbesondere dann gelten, wenn Museen aus den genannten Gründen zukünftig eine solche Investition scheuen würden. Ob es hier bereits aufgrund des UrhWissG zu Änderungen in der Museumspraxis kommen wird und ob Privatinitiativen wie das **Google Arts & Culture** (früher **Google Art Project**)³⁰ hier Abhilfe schaffen können, wird in den nächsten Jahren durch die Wissenschaft kritisch zu beobachten sein.

■ 30

Im Rahmen des Projekts stellt die US-amerikanische Firma Google Equipment zur Reproduktion von Kunstwerken zur Verfügung und macht die hochwertigen Digitalisate online unter www.googleartproject.com zugänglich; vgl. die Homepage des Projekts unter <https://www.google.com/culturalinstitute/about/artproject/>.