

# Privileg und fotografische Freibeuterei

## Momentaufnahmen aus der Geschichte des Reproduktionsrechts an gemeinfreien Werken

Grischka Petri

**Abstract** Schon im 19. Jahrhundert war die urheberrechtliche Schutzwürdigkeit von Kunstreproduktionen heftig umstritten. Der Beitrag zeigt Kontinuitäten der juristischen Argumentationen bis heute auf, indem er prominente Rechtsstreitigkeiten untersucht: die Verfahren des Münchener Kunstverlags Piloty & Löhle gegen den in Sachsen ansässigen Verleger Payne in den 1850er und 1860er Jahren, eine zur gleichen Zeit im *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel* geführte Debatte um den urheberrechtlichen Status der Kunstfotografie sowie verschiedene vor dem BGH geführte Verfahren um den Lichtbildschutz bis zum 2018 entschiedenen Prozess der Reiss-Engelhorn-Museen gegen die Wikimedia-Stiftung und einen Uploader. Begleitend werden die einschlägigen Gesetzesreformen seit dem preußischen Urheberrechtsgesetz von 1837 bis zur jüngsten europäischen Richtlinie in den Blick genommen. Es zeigt sich, dass das Verhältnis von Eigentum und Urheberrecht als Legitimation monopolartiger Stellungen bis heute nicht abschließend geklärt ist und die Frage nach dem Eigenanteil des Reproduzenten im Verlauf des medientechnischen Fortschritts immer wieder neu zu stellen ist.

**Keywords** Bildrechte, Reproduktion, Fotografie, Druckgrafik, Rechtsgeschichte, Urheberrechtsgesetz, Gemeinfreiheit, Telefonkarte

Die Erfindung der Fotografie wurde von Anfang an mit der Reproduktion von Kunstwerken verknüpft. So beschrieb Henry Fox Talbot in *The Pencil of Nature* die Fotografie als Mittel, Druckgrafik zu faksimilieren. Auch „statues, busts and other specimens of sculpture, are generally well presented by the Photographic Art.“<sup>1</sup> Für Gemälde stellten sich die technischen Schwierigkeiten hingegen als vorläufig unüberwindlich dar, weil die Helligkeitswerte der Farben falsch abgebildet wurden. Im Extremfall konnte dies dazu führen, dass zunächst Grisaille-Gemäldekopien angefertigt wurden, die der Fotografie dann als Vorlage dienen konnten.<sup>2</sup> Ein dankbarer Gegenstand waren Kunstwerke aber schon deshalb, weil sie nicht blinzelten oder sich während längerer Belichtungszeiten anderweitig bewegten.

Am 20. Dezember 2018 urteilte der Bundesgerichtshof (BGH) in Karlsruhe, dass fotografische Reproduktionen gemeinfreier Kunstwerke unter den Lichtbildschutz nach § 72 UrhG fallen.<sup>3</sup> Die Frage war bis dahin in Deutschland nicht letztinstanzlich entschieden worden. Das Urteil steht am vorläufigen Ende einer über einhundertjährigen Rechtsgeschichte der fotografischen Kunstreproduktion in Deutschland, auf die an dieser Stelle ein Schlaglicht geworfen werden soll. Es ist hier nicht der Platz, eine vollständige Abhandlung für die Rechtsterritorien des Deutschen Bundes zu leisten. Auch der internationale Rechtsvergleich soll an dieser Stelle unterbleiben.<sup>4</sup> Stattdessen rückt zum Auftakt ein Rechtsstreit um druckgrafische Kunstreproduktionen aus der Mitte des 19. Jahrhunderts in den Mittelpunkt.

Danach wird eine Debatte über Reproduktionsfotografien aus dem Jahr 1865 zusammengefasst, bevor in weiteren Abschnitten die weitere Rechtsentwicklung im Deutschen Reich und der Bundesrepublik Deutschland bis zum jüngsten BGH-Urteil nachvollzogen wird. Abschließend werden sich hieraus Analogien ziehen lassen, welche die aktuelle rechtliche Behandlung von Reproduktionsfotografien in ein verändertes, rechtshistorisches Licht stellt.

### Ein Fall, zwei Verfahren: Lithografien und Stahlstiche aus Münchener Sammlungen

Der erste Streit um Kunstreproduktionen, um den es hier gehen soll, entfaltete sich Mitte des 19. Jahrhunderts. Für das Münchener Verlagshaus Piloty & Löhle fertigte der Stuttgarter Lithograf Johann Woelfle (1807–1893) Reproduktionen aus der Münchener Pinakothek und den privaten Sammlungen des bayerischen Königs Ludwig I. an, die aufwendig montiert von 1832 an in einer Reihe von Lieferungen publiziert wurden. Der Verlag der Englischen Kunstanstalt von Albert Henry Payne (Dresden/Leipzig) gab ab 1851 *Die Gallerien in München* heraus. Die Publikation enthielt neben einem erläuternden Text von Otto Banck illustrierende Stahlstiche. Die meisten dieser Blätter waren nach dem Vorbild der Woelfle'schen Lithografien gestochen. Die Münchener Kunsthandlung sah darin eine rechtswidrige Nachbildung und ging sowohl in Bayern als auch in Sachsen gerichtlich und polizeilich gegen Payne vor.<sup>5</sup> So ließen Piloty & Löhle in Leipzig Exemplare der Payne'schen Publikation provisorisch beschlagnahmen.<sup>6</sup>

In Sachsen obsiegte danach allerdings in allen gerichtlichen Instanzen die beklagte Partei, der Verlag von A. H. Payne. Das sächsische Nachdruckgesetz von 1844 schützte „Werke der Kunst“ gegen unbefugte Vervielfältigung. Das Handelsgericht Leipzig unterstrich in seinem Urteil von 1853, dass aus dem Eigentum eines Kunstwerkes keinerlei Urheberrechte abzuleiten oder übertragbar seien.<sup>7</sup> Es folgte darin der Abhandlung von Jolly zur Lehre vom Nachdruck.<sup>8</sup> Das Gericht befand außerdem, dass die als Stahlstich reproduzierten Lithografien keine „Werke der Kunst“ im Sinne des sächsischen Nachdruckgesetzes darstellten, sondern „selbst nur Copien der betreffenden Originalgemälde sind, nicht etwa neue, durch Umschaffung des vorhandenen Stoffes hergestellte Kunstprodukte, denen der Begriff und Rechtsschutz von selbstständigen Originalien zugewilligt werden könnte.“<sup>9</sup> Würde für die Lithografien die Originalität angenommen, so müsse dies für die Stahlstiche in Konsequenz gleichermaßen gelten.<sup>10</sup> Das Appellationsgericht Leipzig bestätigte im folgenden Jahr

die erstinstanzliche Entscheidung: Originale seien nur die vervielfältigten Gemälde, und von deren Urhebern hätten die Münchener Verleger keine Rechte übertragen bekommen.<sup>11</sup> Piloty & Löhle („Es gibt übrigens für alle civilisirten Staaten nur einen obersten Gerichtshof, die öffentliche Meinung“<sup>12</sup>) versuchten nun in der Presse ihren Standpunkt zu erläutern: „Der bayer. Staat ist als rechtmäßiger Besitzer jener alten Meisterwerke gewiß auch der factische Rechtsnachfolger der betreffenden Maler.“<sup>13</sup> Das letztinstanzliche Oberappellationsgericht Dresden bekräftigte indes das tragende Argument aus den Vorinstanzen: Das Recht, andere von der Reproduktion eines Kunstwerkes auszuschließen, komme ausschließlich dem Urheber zu. Vorliegend hätten Piloty & Löhle aber nicht von den Urhebern, sondern von den Eigentümern den Auftrag erhalten, die Werke lithografisch abzubilden. Aus dem Besitz ließen sich aber keine ausschließlichen Vervielfältigungsrechte (Urheberrechte) ableiten, auch nicht unter Berufung auf ein königliches Privileg. Ferner sei „zu unterscheiden zwischen solchen Lithographien, welche dazu bestimmt sind, eine selbstständige künstlerische Erfindung zur Anschauung zu bringen, und solchen, deren Zweck blos darin besteht, eine bereits in einem anderen Kunstwerke dargestellte fremde künstlerische Schöpfung wiederzugeben.“ Die bloße „Kunstfertigkeit ohne Selbstständigkeit der Schöpfung bedarf aber einerseits keines Rechtsschutzes, weil ein Anderer, welcher nicht dieselbe Geschicklichkeit besitzt, gar nicht concurriren kann, verdient aber auch andererseits einen solchen nicht, weil ihr der Werth der künstlerischen Erfindung abgeht.“<sup>14</sup>

Das Urteil blieb vor allem in Bayern nicht unwidersprochen. Adalbert Wilhelm Volkmann wies auf die Übersetzung hin, die ebenfalls abhängig von der Vorlage, aber doch eigenständig schützenswert sei. Lithografien gebühre hier eine entsprechende rechtliche Behandlung.<sup>15</sup> Wenn es außerdem keinen Urheber mehr gebe, von dem ein exklusives Vervielfältigungsrecht abgeleitet werden könne, sei es sehr wohl möglich, in der ersten Nachbildung ein schutzfähiges Original zu erkennen.<sup>16</sup> Volkmann schwieg freilich über die Konsequenz, dann auch dem Stahlstichwerk eine eigene Originalität zuerkennen zu müssen. Weniger prominent diskutiert, aber mit gleichem Ergebnis wie in Sachsen ging ein Verfahren des Münchener Verlags gegen einen Tübinger Fotografen aus.<sup>17</sup>

Andererseits bekamen in Bayern die Kläger – Babette Piloty und Peter Löhle – in allen Instanzen Recht. Die Kreisregierung von Oberbayern (2. Mai 1854) und der Staatsrat (25. Oktober 1854) entschieden für den Verlag aus München. Sachverständigengutachten u. a. von der Akademie der bildenden Künste (19. April 1854 und

8. April 1856) konnten für die Gerichte überzeugend beweisen, dass die Stahlstiche Paynes auf die Lithografien von Piloty und Löhle zurückzuführen waren. Zum Teil waren in den Stahlstichen selbst die Rahmeneinfassungen der Lithografien beibehalten (Abb. 1, 2).

Außerdem hatten die Pinakotheken keinem für den Leipziger Verlag tätigen Künstler eine notwendige Erlaubnis erteilt, Werke aus der Sammlung vor Ort kopieren zu dürfen.<sup>18</sup> Die Polizeidirektion München verhängte 1861 eine Geldstrafe gegen Payne und setzte eine Schadenersatzzahlung fest.<sup>19</sup> Die Beschwerden Paynes gegen den Verwaltungsentscheid blieben ohne Erfolg.<sup>20</sup> Nicht zuletzt beruhte die Entscheidung darauf, dass das königlich-bayerische Privileg für die Münchener Verleger als Rechtsgrund für das exklusive Vervielfältigungsrecht anerkannt wurde. In Sachsen hingegen galten Privilegien nicht mehr neben dem Urheberrecht.

Die bayerischen Gerichte sahen außerdem in den Lithografien, obgleich sie ihrerseits Abbildungen anderer Werke waren, „Erzeugnisse der Kunst“. Mit diesem allgemeinen Begriff definierte das bayerische Nachdruckgesetz von 1840 die gegen Nachdruck zu schützenden Werke. Demgegenüber stellten die Stahlstiche kein selbständiges Kunstprodukt dar, sondern seien nichts als Kopien. Ähnlich hatte bereits Carl Schnaase 1843 die Übertragung eines Kupferstichs in die Lithografie als ein „mehr handwerksmäßiges“ Verfahren angesehen.<sup>21</sup> Damit wird eine Hierarchie der Übersetzungen etabliert: Bei der Übertragung von Gemälden in die Druckgrafik entsteht nach dieser Ansicht ein neues Kunsterzeugnis, bei der Übertragung von einer grafischen Technik in die andere hingegen nicht.

Der Fall zeigt mithin ein komplexes Gefüge verschiedener Bildübertragungen auf, denen in unterschiedlichem Maße Kreativität und Originalität zugesprochen wird. Letztlich vermag hier keine Seite vollkommen zu überzeugen, da die jeweiligen Gegenargumente nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind. Zwischen der Kopie von einer druckgrafischen Technik in die andere und der erstmaligen druckgrafischen Reproduktion eines Gemäldes liegt ein wahrnehmbarer Unterschied.<sup>22</sup> Ob dieser Unterschied urheberrechtlich relevant sein soll, und inwiefern, hängt vor allem davon ab, ob den zur Reproduktion eingesetzten Techniken ein Mindestmaß an Apriori-Kreativität beigemessen wird, oder ob es unabhängig von der verwendeten Technik nur auf die Ähnlichkeit der Bilder ankommen soll. Diese mediale Kalibrierung ändert sich durch die Zeiten und mit den eingesetzten Medien sowie mit dem technischen Fortschritt.<sup>23</sup> Insbesondere der Einsatz der Fotografie als Reproduktionsmedium ist in dieser Hinsicht bis heute so folgenreich wie umstritten.



1



2

**Abb. 1** Johann Woelfle: *Jupiter und Antiope* nach Paolo Veronese (damals Tizian zugeschrieben), Lithografie, um 1837/42.

**Abb. 2** Albert Henry Payne: Stahlstich nach der Lithografie von Johann Woelfle: *Jupiter und Antiope* nach Paolo Veronese (damals Tizian zugeschrieben), um 1851.

## Das Recht der Reproduktionsfotografie: eine Debatte aus dem Jahr 1865

Die Streitfragen traten bereits früh zutage. Der Münchener Lithograf und Fotograf Franz Hanfstaengl hatte sich zu Anfang der 1860er Jahre verstärkt der Reproduktionsfotografie zugewandt. Zu seinen ersten größeren Projekten gehörten Fotografien aus den Dresdener und Münchener Gemäldesammlungen. Als Vorlage benutzte er freilich seine eigenen Lithografien.<sup>24</sup> Hanfstaengl schaltete im März 1865 eine Anzeige im *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, in der er sich über den fehlenden Schutz des fotografischen Eigentums beschwerte und eine preiswerte Ausgabe von fotografischen Reproduktionen seiner Lithografien nach Gemälden aus der Gemäldegalerie in Dresden ankündigte.<sup>25</sup> Die Anzeige löste eine kleine Kontroverse im *Börsenblatt* aus. Der als „Probus“ firmierende Autor erinnerte daran, dass Hanfstaengl für seine Lithografien nach den Alten Meistern den Schutz aus § 29 des preußischen Urheberrechtsgesetzes von 1837 (*Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837*) in Anspruch nehmen könne, nicht aber für die Fotografien dieser Lithografien.<sup>26</sup> Der Paragraf lautete:

„§ 29. Die Abbildung eines Kunstwerkes, welche durch ein anderes, als bei dem Original angewendetes Kunstverfahren, z. B. durch Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt u. s. w. (§ 21) oder durch Abgüsse, Abformungen u. s. w. (§ 22) rechtmäßig angefertigt worden, darf nicht ohne Genehmigung des Abbildners oder seiner Rechtsnachfolger durch ein rein mechanisches Verfahren vervielfältigt werden, so lange die Platten, Formen und Modelle, mittelst welcher die Abbildung dargestellt wird, noch nutzbar sind.“

Der „Abbildner“ hatte also ein eigenes Recht an seiner Reproduktion. Es stellten sich hier zwei Rechtsfragen. Zum einen war unklar, ob die Reproduktionsfotografie eine genehmigungspflichtige Nutzungsart darstellte. Ein gerichtlich angefordertes Gutachten des preußischen Artistischen Sachverständigen-Vereins war 1855 zum Schluss gekommen, dass es sich bei der Fotografie um ein „rein mechanisches Verfahren“ im Sinne des § 29 handelte. Im Rechtsstreit ging es um fotografische Vervielfältigungen eines Kupferstichs von Heinrich Merz nach Wilhelm von Kaulbachs Gemälde *Die Zerstörung Jerusalems*.<sup>27</sup> Die fotografische Reproduktion eines lizenzierten Reproduktionsstiches war also ohne eine weitere Lizenz nicht zulässig. Zum anderen war offen, ob die Fotografie selbst ein reproduzierendes Kunstverfahren darstellte und einen entsprechenden Schutz in

Anspruch nehmen durfte. Die Frage aus dem Fall Piloty & Löhle ./ A. Payne, ob ein Stahlstich nach einer Lithografie ein künstlerisches Reproduktionsverfahren sei oder nicht, kehrte nun also für die Fotografie wieder.

„Probus“ hatte den Schutz für Reproduktionsfotografien nach Zeichnungen verneint, den Schutz für Lithografien nach Gemälden aber bejaht. Dem widersprach Hanns Hanfstaengl wenige Wochen später: Es liege in der Willkür des Richters, die Schutzwürdigkeit für die Lithografien nach den Dresdener Alten Meistern anzunehmen.<sup>28</sup> Eine mit „W.“ (Wächter?) signierte Miszelle im *Börsenblatt* meinte, zwar seien Originalfotografien nicht geschützt, wohl aber die „rechtmäßige photographische Wiedergabe eines gesetzlich geschützten Kunstwerks“.<sup>29</sup> Die Debatte veranlasste Hermann Kaiser, Autor eines juristischen Kommentars zu den preußischen Urhebergesetzen, im *Börsenblatt* einen Aufsatz „Zur Aufklärung über § 29 des Preußischen Nachdruckgesetzes“ zu veröffentlichen.<sup>30</sup> Kaiser erläuterte zunächst das Problem der Territorialität des Urheberschutzes: Eine sächsische oder bayerische Publikation genieße in Preußen nur Schutz „im Falle der Reciprocität“, d. h. sofern das sächsische bzw. bayrische Recht den gleichen Schutzzumfang bereit stelle. Das sächsische Recht kenne aber, anders als das preußische, keinen Schutz der Abbildung. Ferner seien fotografische Abbildungen im Gegensatz zu Originalfotografien durchaus geschützt – niemand solle glauben, er könne die Fotografie-Folge *Goethe's Frauengestalten* nach den Zeichnungen Wilhelm von Kaulbachs ungestraft kopieren oder vertreiben (Abb. 3).<sup>31</sup>

Allerdings unterschlug Kaiser, dass dieser Schutz auf das abgebildete Original zurückzuführen war: Eine vom Urheber des fotografierten Werkes lizenzierte Fotografie partizipierte auf diese Weise am Schutz des Originals. Dies war auch im Streit um den fotografierten Stich nach Kaulbachs *Zerstörung Jerusalems* der Fall gewesen. Geschützt waren die Zeichnungen Kaulbachs in ihrer fotografischen Erscheinungsform. Bei Fotografien gemeinfreier Werke war diese Konstruktion nicht möglich. Hier hatte die mit „W.“ signierte Notiz Recht,<sup>32</sup> und „Probus“ griff diese ausschlaggebende Unterscheidung selbst im *Börsenblatt* auf.<sup>33</sup> Auch Kaisers Hinweis darauf, dass die Reproduktionen gemeinfreier Werke nach § 29 des preußischen Gesetzes von 1837 geschützt seien, ging der Frage aus dem Weg, ob dies fotografische Reproduktionen umfassen sollte – er argumentierte mit Lithografien nach gemeinfreien Gemälden der Berliner Gemäldegalerie. Immerhin hatte das Preußische Obertribunal 1864 geurteilt, dass § 29 auf Reproduktionen gemeinfreier Werke anwendbar war, als es für Gipsabgüsse von Thorvaldsen-Reliefs, die in Preußen gemeinfrei waren, einen



3

**Abb. 3** *Iphigenie auf Tauris*, Fotografie einer Zeichnung von Wilhelm von Kaulbach aus Friedrich Spielhagens: *Goethe's Frauengestalten* (München: Bruckmann), Miniatursausgabe um 1870.

urheberrechtlichen Schutz bejahte.<sup>34</sup> Zur Fotografie war damit aber nichts gesagt.

Offen blieb auch die Frage nach dem Zugang zu gemeinfreien Werken zu Reproduktionszwecken. Kaiser machte in seinem Artikel bemerkenswerte Ausführungen zum Verhältnis von Gemeinfreiheit und Eigentum: „Der bloße Besitz eines alten Kunstwerkes schließt nicht den Besitz des ausschließlichen Vervielfältigungsrechtes ein (so wenig wie bei Manuscripten), dagegen hat der Besitzer ohne Zweifel die Entscheidung in Händen, ob er weitere Nachbildungen unmittelbar nach dem Original zulassen oder verhindern will.“<sup>35</sup> Der Eigentümer eines gemeinfreien Werkes konnte also neue Aufnahmen verhindern. Hingegen räsionierte „Probus“ in seiner Replik auf Kaiser, die von Hanfstaengl herausgegebenen Fotografien der Dresdener Gemälde bildeten zwar die

Lithografien und nicht die Gemälde selbst ab, wemgleich die Fotografien als Reproduktionen der Gemälde ausgegeben würden. Andererseits „lag es keineswegs in der Absicht des Gesetzgebers, und kein preußisches Gericht wird sich dazu herbeilassen, mechanisch vervielfältigte Copien von Kunstwerken, die freies Eigenthum der Nation geworden sind, auf solchem Umwege vor berechtigter Concurrrenz zu schützen und ihren Vertrieb zu monopolisiren.“<sup>36</sup> Hier ergänzte A. W. Volkmann, dass es sich eben, weil es sich um fotografische Reproduktionen von Lithografien handele, um Vervielfältigungen von geschützten Kunstwerken handele.<sup>37</sup> In seiner letzten Replik in „dem kleinen Federkrieg“ bestätigte „Probus“ seine Ansicht, es handele sich bei der Fotografie um ein nicht-künstlerisches Verfahren, und deshalb seien Fotografien gemeinfreier Werke auch nicht geschützt. Damit

repräsentierte er die wohl herrschende Ansicht innerhalb der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nach dem Kaulbach-Fall von 1855.<sup>38</sup>

Tatsächlich war die Regelung des § 29 aus dem preußischen Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst eine Ausnahme in den deutschen Partikular-Urheberrechten.<sup>39</sup> Das bayerische Nachdruckgesetz von 1840 sprach in Art. 1 nur von „Erzeugnissen der Literatur oder der Kunst“ und ging nicht weiter auf den Sachverhalt der Kunstreproduktion ein. Das hatte schon im Fall der in Sachsen nachgestochenen Lithografien aus den königlich bayerischen Sammlungen zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen eingeladen. Das reformierte bayerische Nachdruckgesetz, das am 1. Juli 1865 in Kraft trat, war neu in Abschnitte zur Literatur, Musik und Kunst unterteilt. Art. 27 griff den Gehalt des preußischen § 29 auf, indem es die Nachbildung eines Kunstwerkes ebenfalls unter Schutz stellte. Art. 28 stellte sodann klar, dass davon auch fotografische Reproduktionen erfasst seien. Damit hatte sich die im *Börsenblatt* geführte Diskussion für Bayern erledigt. Hier waren fotografische Reproduktionen nunmehr geschützt, da die Fotografie als ein Kunstverfahren anerkannt war. Der Schutz sollte aber nur greifen, wenn die Reproduktion ihrerseits „als Werk der Kunst zu betrachten“ war.<sup>40</sup>

Die vor über einhundertfünfzig Jahren geführten Debatten sind verblüffend aktuell geblieben. Noch immer sitzt die Fotografie des gemeinfreien Werkes zwischen den Stühlen, die das Urheberrecht in Form des geschützten Originals und der geschützten künstlerischen Reproduktion in den gesellschaftlichen Raum stellt. Umstritten bleibt die Frage nach dem kreativen/künstlerischen/originellen Charakter der Reproduktionsfotografie, und zumindest undeutlich bleibt auch die Antwort auf die Frage nach den bildrechtlichen Befugnissen, die sich aus dem Besitz an einem gemeinfreien Werk ergeben. Was die einen als „photographische Freibeuterei“<sup>41</sup> bezeichnen, ist für die anderen schlichter Reflex der Gemeinfreiheit. Bayern und Preußen gaben hierauf Mitte des 19. Jahrhunderts verschiedene Antworten.<sup>42</sup>

### Die Kunstreproduktion nach den Reichsgesetzen von 1876 und 1907

Nach der Reichsgründung wurden die Urheberrechtsgesetze alsbald vereinheitlicht und erneut reformiert. Es überraschte kaum, dass das preußische Recht in vielem das Modell abgegeben hatte. Die „mittels eines Kunstverfahrens“ hergestellte Kunstkopie genoss eigenen Schutz, wie das *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste* des Deutschen Reiches vom 9. Januar 1876 vorsah:<sup>43</sup>

„§ 7. Wer ein von einem Anderen herrührendes Werk der bildenden Künste auf rechtmäßige Weise, aber mittels eines anderen Kunstverfahrens nachbildet, hat in Beziehung auf das von ihm hervorgebrachte Werk das Recht eines Urhebers, auch wenn das Original bereits Gemeingut geworden ist.“

Für die Fotografie wurde ein eigenes Gesetz erlassen, das *Gesetz, betreffend den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung* vom 10. Januar 1876.<sup>44</sup> Hier wurden Fotografien von noch geschützten Kunstwerken vom Schutz ausdrücklich ausgenommen:

„§ 1 Abs. 2: Auf Photographieen von solchen Werken, welche gesetzlich gegen Nachdruck und Nachbildung noch geschützt sind, findet das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung.“

Fotografien geschützter Werke waren vom Schutz ausgenommen, weil diese vom Urheberrecht an den geschützten, abgebildeten Werken mit erfasst waren.<sup>45</sup> Dies führte die alte preußische Regelung fort. Damit stellte sich die Frage nach den Fotografien gemeinfreier Werke. Hier kam es weiterhin auf die Frage an, ob die Fotografie ein Kunstverfahren im Sinne des § 7 Urheberrechtsgesetzes darstellte. Dagegen sprach nunmehr, dass die Fotografie in einem eigenen Gesetz geregelt war, also nicht vom Kunstbegriff des Urheberrechts umfasst sein sollte. In seinem Kommentar zum Urheberrecht kam deshalb auch Rudolf Klostermann 1876 zum Schluss, dass die Fotografie nicht als ein Kunstverfahren im Sinne des § 7 anerkannt sei.<sup>46</sup> Somit blieb die Fotografie eines gemeinfreien Werkes ungeschützt.

Das Gesetz vom 9. Januar 1907<sup>47</sup> änderte schließlich diese Rechtslage:

„§ 15 Abs. 1: Der Urheber hat die ausschließliche Befugnis, das Werk zu vervielfältigen, gewerbsmäßig zu verbreiten und gewerbsmäßig mittels mechanischer oder optischer Einrichtungen vorzuführen; die ausschließliche Befugnis erstreckt sich nicht auf das Verleihen. Als Vervielfältigung gilt auch die Nachbildung, bei Bauwerken und Entwürfen für Bauwerke auch das Nachbauen.“

Abs. 2: Auch wer durch Nachbildung eines bereits vorhandenen Werkes ein anderes Werk der bildenden Künste oder der Photographie hervorbringt, hat die im Abs. 1 bezeichneten Befugnisse; jedoch darf er diese Befugnisse, sofern der Urheber des Originalwerkes gleichfalls Schutz genießt, nur mit dessen Einwilligung ausüben.“

Damit bestand für Reproduktionsfotografien ein Schutz von 10 Jahren ab Veröffentlichung des Bildes (§ 26), bei unveröffentlichten Bildern 25 Jahre nach Tod des Fotografen. Die Schutzdauer wurde 1940 auf 25 Jahre ab Erscheinen des Bildes verlängert.<sup>48</sup> Gerichtlich bestätigt wurde dieser Schutz beispielsweise in einem Rechtsstreit, den das Reichsgericht 1930 zu entscheiden hatte. Hier wurden Fotografien der Faksimile-Ausgabe des *Codex aureus* umstandslos als ein urheberrechtlich geschütztes „Werk der Lichtbildkunst“ anerkannt.<sup>49</sup>

### Die Kunstreproduktion in der Bundesrepublik Deutschland und das BGH-Urteil im Verfahren Reiss-Engelhorn-Museen ./ Wikimedia (2018)

Diese Rechtslage bestand nach dem Zweiten Weltkrieg in der Bundesrepublik Deutschland unverändert fort, bis am 1.1.1966 das neue, im Wesentlichen heute noch gültige *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (Urheberrechtsgesetz) in Kraft trat.<sup>50</sup> Das neue Gesetz differenzierte für Fotografien grundsätzlich nach „Lichtbildwerken“ (§ 2 UrhG) und einfachen „Lichtbildern“ (§ 72 UrhG), schützte aber beide für die Dauer von 25 Jahren (§ 68 UrhG). Das Lichtbildwerk war damit gegenüber anderen Werkarten schlechter gestellt. Der Schutz einer fotografischen Vervielfältigung sollte aber nach der Kommentarliteratur auch unter dem neuen Gesetz fortbestehen. Zwar handele es sich bei der fotografischen Reproduktion eines Kunstwerks einerseits um eine bloße Vervielfältigung, die keinen Werkschutz begründe, doch bestehe ein Lichtbildschutz unabhängig davon.<sup>51</sup> Eine 1971 publizierte Reproduktion von Albrecht Dürers Selbstbildnis aus der Alten Pinakothek in München wäre also bis einschließlich 1996 geschützt gewesen. Mit der Reform des Urheberrechtsgesetzes von 1985 indes wurde die Schutzdauer für einfache Lichtbilder zunächst für Dokumente der Zeitgeschichte auf 50 Jahre verlängert,<sup>52</sup> mit Wirkung vom 1. Juli 1995 galt dies für sämtliche von § 72 UrhG erfassten einfachen Lichtbilder. Damit werden beispielsweise die im Dürer-Jahr 1971 erschienenen Lichtbilder seines Selbstbildnisses erst mit Ablauf des Jahres 2021 frei nutzbar sein.<sup>53</sup>

Dies bedeutet eine faktische Einschränkung der Nutzung gemeinfreier Kunstwerke, weil diese nur über qualitativ befriedigende Reproduktionen erfolgen kann. So sah etwa der Münchener Rechtsanwalt Ekkehard Gerstenberg dies schon 1987 als eine Gelegenheit für Museen an, ein praktisches Monopol an den Abbildungen gemeinfreier Werke aus den eigenen Sammlungen zu erlangen.<sup>54</sup> Der Geltungsbereich des § 72 UrhG blieb indes umstritten.

Für Fotografien von Fotografien bestätigte 1989 der BGH, dass diesen Reproduktionen kein eigener Lichtbildschutz zukommen könne. Vielmehr sei ein Minimum an persönlicher geistiger (heißt: nicht automatischer) Leistung notwendig, um den Lichtbildschutz nach § 72 UrhG annehmen zu können.<sup>55</sup> Anlässlich dieses Falles argumentierte der Berliner Rechtsanwalt Wilhelm Nordemann 1987, eine individuelle Gestaltung komme schon logisch nicht in Betracht, wo es gerade auf die Originaltreue einer Kopie ankomme: „Originaltreue und individuelle Gestaltung schließen einander aus.“<sup>56</sup> Freilich befasste sich Nordemann ausschließlich mit Lichtbildern von Lichtbildern und nicht mit Lichtbildern von Gemälden, wie auch der BGH im entschiedenen Fall: Hier ging es um Reproduktionen von Kupferstichen Matthäus Merians. Dessen Stiche zu biblischen Szenen hatte der Hamburger Verlag Hoffmann und Campe 1965 als Bildband herausgebracht. Die 1976 gegründete (und 1990 liquidierte) Abi Melzer Productions Verlag GmbH ließ sich im gleichen Jahr die Negative von Hoffmann und Campe und ließ diese als Diapositive reproduzieren, um damit eine Buchclubausgabe der Lutherbibel zu illustrieren, die als „Merian-Bibel“ verkauft wurde. Text und Bilder dieser Ausgabe ließ die Abi Melzer Productions Verlag GmbH bei einem Dienstleister in Gütersloh erneut reproduzieren, um 1983 eine neue Ausgabe der „Merian-Bibel“ in etwas verkleinertem Format herzustellen. Die Seitenfilme dieser verkleinerten Ausgabe überließ die Abi Melzer Productions Verlag GmbH dem 1983 gegründeten Verlag Naumann & Göbel für eine Lizenzausgabe der Merian-Bibel. Mit den Filmen stellte der Verlag Naumann & Göbel dann eine eigene illustrierte Bibel-Ausgabe her, für die der Text der sogenannten „Pattloch-Bibel“ verwendet wurde, einer katholischen Ausgabe (Abb. 4).

Die Abi Melzer Productions Verlag GmbH berief sich gegenüber dem Verlag Naumann & Göbel unter anderem auf einen Lichtbildschutz an den von ihr verantworteten Reproduktionsfotografien. Letztlich kehrte hier das Argument aus den oben erörterten Fällen des 19. Jahrhunderts wieder: Damals war der druckgrafische Reproduktion von Druckgrafiken der Kunst-Status verweigert worden, während er für druckgrafische Reproduktionen von Gemälden umstritten blieb. Auch der Fotografie einer Fotografie war niemals ein eigener Schutz zuerkannt worden. Entsprechend dürfte das Urteil des BGH im Fall der Bibelreproduktion nicht überrascht haben.

Die Begründungen aus der Rechtsprechung zu § 72 UrhG vor 2015 sind freilich nicht gut auf die Reproduktionsfotografie von Gemälden übertragbar. Wie



**Abb. 4** Die Bibelausgaben aus dem 1989 entschiedenen BGH-Fall. Von links oben gegen den Uhrzeigersinn *Matthäus Merian: Die Bilder zur Bibel* (Hamburg: Hoffmann & Campe 1965) – *Die Merian-Bibel* (Dreieich: Abi Melzer Verlag 1977) – *Die Merian-Bibel* (Wiesbaden: Panorama-Verlag 1983) – *Die Bibel* (Köln: Naumann & Göbel 1984).

dargestellt, handelte es sich im Fall der Merian-Bibel um fotografische Reproduktionen fotografischer Reproduktionen. Gleiches gilt für den im Jahr 2000 entschiedenen sogenannten Telefonkartenfall: Hier hatte ein Telefonkartenhändler die Abbildung einer Telefonkarte der Deutschen Post (Abb. 5) in seine eigenes Reklamedesign integriert, wiederum auf einer Telefonkarte (Abb. 6).

Der BGH befand, das Design der streitbefangenen Telefonkarte („stilisierte Weltkarte mit blauem Quadrantenetz“) habe die Schöpfungshöhe eines Werkes nicht erreicht. Es kam also darauf an, ob die Reproduktion des Designs auf der Telefonkarte noch als ein Fall des einfachen Lichtbildschutzes zu werten sei. Auch dies lehnte der BGH mit Blick darauf ab, dass es sich hier nur um die massenhafte druckgrafische Reproduktion eines Designs handele; ihr komme keinerlei Individualität zu.<sup>57</sup>

Die Fotografie eines Gemäldes kommt jedoch nicht in einem solchen vollautomatisierten Verfahren

zustande. Entsprechend haben gewichtige Stimmen der juristischen Literatur angenommen, dass fotografische Reproduktionen „beispielsweise von Werken der bildenden Künste durchaus Lichtbildschutz genießen; denn dort wird erstmals ein Foto, nicht aber die Vervielfältigung eines Fotos hergestellt.“<sup>58</sup> Auch fotografische Reproduktionen von Zeichnungen wurden 1996 vom OLG Düsseldorf als schutzwürdige Lichtbilder anerkannt.<sup>59</sup>

Die gegenteilige Ansicht gewann zumindest im Schrifttum zusehends an Boden. Entgegen der seit 1907 bestehenden Praxis wurde der Schutz für Reproduktionsfotografien von Gemälden des Öfteren in Frage gestellt. Der kulturgeschichtliche Grund dafür liegt in durch die Digitalisierung und das World Wide Web veränderten Verbreitungs- und Rezeptionsformen von Kunstreproduktionen.<sup>60</sup> Das Internet ist auf eine funktionierende Gemeinfreiheit angewiesen, gibt ihr aber auch eine erhöhte soziale Präsenz und Aufmerksamkeit. Für eine ausführliche Würdigung dieser Entwicklung ist

an dieser Stelle kein Platz. In die juristische Diskussion hat sie jedenfalls Eingang gefunden. In seinem Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag 2014 verwies der Münchener Rechtswissenschaftler Ansgar Ohly auf die Wirklichkeit des Internets, die eine Rechtfertigung des Schutzes einfacher Lichtbilder nicht mehr stützen könne.<sup>61</sup> Der Kieler Rechtswissenschaftler Haimo Schack hat ebenfalls für die Abschaffung des § 72 UrhG plädiert,<sup>62</sup> der ein Fremdkörper im Urheberrechtsgesetz sei.<sup>63</sup> Zuletzt ist 2018 Melanie Overbeck in ihrer rechtswissenschaftlichen Dissertation zu dem Ergebnis gekommen, § 72 UrhG sei obsolet und verfassungswidrig.<sup>64</sup> In der Tat ließe sich das Argument des Oberappellationsgerichts Dresden aus dem Jahr 1855 wiederbeleben, nach dem bloße Kunstfertigkeit ohne Selbständigkeit der Schöpfung keines Rechtsschutzes bedarf, weil dies ein Fall für die freie Marktwirtschaft sei.<sup>65</sup>

Tatsache ist aber auch: § 72 UrhG gilt trotz dieser berechtigten Kritik weiterhin.<sup>66</sup> Entsprechend wurde vorgeschlagen, ihn analog zur Rechtsprechung zur Reproduktionsfotografie von Fotografien einschränkend auszulegen, dass er fotografische Reproduktionen von Gemälden nicht (mehr) umfasst. So sahen mehrere Autorinnen und Autoren in Reproduktionsfotografien von Gemälden handwerkliche, aber keine persönlichen

geistigen Leistungen am Werk, und plädierten für die Übertragung der Wertungen aus dem BGH-Urteil zur Bibelreproduktion auf die fotografische Reproduktion von Gemälden.<sup>67</sup> In der Tat zählt die „Verordnung über die Berufsausbildung zum Fotografen / zur Fotografin“ in § 8 zur Gesellenprüfung die Reproduktion zum Prüfungsfach Technologie, nicht zum Prüfungsfach Gestaltung.<sup>68</sup>

Inmitten dieser Diskussion um den Anwendungsbereich des § 72 UrhG ist der Rechtsstreit zwischen den Mannheimer Reiss-Engelhorn-Museen und der Wikimedia Stiftung (bzw. einem User, der u. a. Scans von Abbildungen gemeinfreier Werke aus einem Katalog des Museums in die Wikimedia Commons hochgeladen hatte) anzusiedeln, der sich seit 2015 vor den Gerichten entfaltet. Es ging um Abbildungen antiker Gegenstände und einiger Gemälde, von denen das Bildnis Richard Wagners von Caesar Willich (Abb. 7) sicher das prominenteste Beispiel war.

Da an dieser Stelle die historischen Kontinuitäten der Diskussion um die Legitimität von Reproduktionen gemeinfreier Werke im Vordergrund stehen, wird nicht auf die Einzelheiten aller Entscheidungen eingegangen, sondern das letztinstanzliche BGH-Urteil vom Dezember 2018 in den Blick genommen.<sup>69</sup> Der BGH bestätigte, dass durch die Anfertigung der Fotografien eine



**Abb. 5** Telefonkarte der Deutschen Post, 1988.



**Abb. 6** Telefonkarte der Dr. Schmitz & Partner GmbH, Köln, 1991.



**Abb. 7** Casar Willich: Bildnis Richard Wagners, Öl/Leinwand, um 1862.

eigenständige Fixierung in eine neue Werkform erfolge. Für Lichtbilder, die andere Lichtbilder nur vervielfältigen, fehle das Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung, bei der Reproduktion von Gemälden sei es aber anzunehmen. Die Individualität der Reproduktion zeige sich in den „Entscheidungen des Fotografen über eine Reihe von gestalterischen Umständen, zu denen Standort, Entfernung, Blickwinkel, Belichtung und Ausschnitt der Aufnahme zählen.“<sup>70</sup> Dem bleibt entgegenzuhalten, dass dies technische Probleme einer optimalen Reproduktion sind – mit anderen Worten ist der Weg zu einer idealen fotografischen Reproduktion individuell, nicht jedoch das Ergebnis.

Der BGH setzte sich außerdem – wengleich nur kurz – mit dem Argument auseinander, ein eigener Lichtbildschutz für Gemäldereproduktionen unterlaufe deren Gemeinfreiheit, und teilte mit, er teile diese Auffassung nicht: „Im Ausgangspunkt hindert der Lichtbildschutz nach § 72 UrhG die Allgemeinheit nicht an der geistigen Auseinandersetzung mit einem gemeinfreien Werk, weil er lediglich der Vervielfältigung des konkret betroffenen Lichtbilds entgegensteht.“<sup>71</sup> Dies verkennt freilich fundamental die Art und Weise der geistigen Auseinandersetzung mit Gemälden, die zu einem weit überwiegenden Teil mittels Reproduktionen geschieht.

Der Hinweis des BGH auf das Zitatrecht ist verfehlt und konzediert letztlich, dass in die Gemeinfreiheit eingegriffen wird – denn die Schranke des Zitatrechts gilt gerade nur für geschützte Werke, nicht für gemeinfreie.<sup>72</sup> Der BGH geht also von einer eingeschränkten Gemeinfreiheit aus und spricht der Institution, die den Zugang zum gemeinfreien Gemälde kontrolliert, über den Lichtbildschutz faktisch eine urheberähnliche Stellung zu. Das will die Gemeinfreiheit gerade vermeiden.

Die Argumentation des BGH offenbart im Ergebnis also eine sich öffnende Schere zwischen dem sehr technisch geprägten Leistungsschutzrecht für einfache Lichtbilder und den gesellschaftlichen Anforderungen an die Verfügbarkeit von (insbesondere digitalen) Reproduktionen gemeinfreier Bildwerke. Grundsätzlich verwundert das Urteil aus rechtshistorischer Sicht nicht: Es bestätigt seit 1907 in Deutschland etablierte Grundsätze für den Schutz von Lichtbildreproduktionen gemeinfreier Kunstwerke. Das Urteil ist insofern unspektakulär. Beachtenswert ist hingegen das Zusammenspiel mit den aus dem Hausrecht und dem Benutzervertrag des Museums abgeleiteten Machtpositionen, die ein faktisches Vervielfältigungsmonopol darstellen.<sup>73</sup> Der BGH lehnte nicht nur eine einschränkende Auslegung des Lichtbildschutzes mit Blick auf die Gemeinfreiheit ab, sondern bestätigte auch, dass die besitzende Institution den Zugang zum gemeinfreien Werk regeln und das Anfertigen von Fotografien einschränken darf, sofern im Einzelfall den berechtigten Interessen der Besucherinnen und Besucher durch individuelle Genehmigungen Rechnung getragen werden kann.<sup>74</sup> Damit wird ebenfalls eine urheberähnliche Position geschaffen, die im Einzelfall eine Privatkopie ermöglicht, aber auch nicht mehr. Gemeinfreie Werke sind demgegenüber auch der wirtschaftlichen Nutzung zugänglich und sollen dies in makroökonomischer Perspektive auch sein.<sup>75</sup> Tatsächlich war die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aber zu keinem Zeitpunkt Gegenstand der rechtlichen Auseinandersetzungen in den von den Reiss-Engelhorn-Museen geführten Prozessen. Auch hier verdient ein Argument aus dem 19. Jahrhundert erneute Beachtung, nach dem es wohl kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könne, „mechanisch vervielfältigte Copien von Kunstwerken, die freies Eigenthum der Nation geworden sind, auf solchem Umwege vor berechtigter Konkurrenz zu schützen und ihren Vertrieb zu monopolisieren.“<sup>76</sup> Genau jene Absicht muss dem heutigen Gesetzgeber bei Fortgeltung des § 72 UrhG aber unterstellt werden.<sup>77</sup> Sie ist nicht nur grundrechtlich durchaus problematisch,<sup>78</sup> sondern steht auch dem Leitbild des Vermittelns in einer digital geprägten Kultur entgegen.

Öffentliche Sammlungen sind insofern die Erben der Rechtsstellung, die sich der Verlag Piloty & Löhle in seiner Auseinandersetzung mit dem Verlag von A. Payne zu eigen gemacht hatte, nämlich der Übertragung eines Reproduktionsmonopols einer staatlichen Sammlung qua Privileg neben dem Urheberrecht. Auch heute gibt es, nunmehr von höchster Instanz bestätigt, ein solches Monopol neben dem Urheberrecht.<sup>79</sup> Das Hausrecht der öffentlichen Museen ist als Instrument Nachfolger des alten vorurheberrechtlichen monarchischen Privilegs. Es verdient heute keine geringere Kritik als damals. Es ist nur ein schwacher Trost, dass sich Sammlungen und Museen nicht unbedingt auf dieses Privileg berufen müssen, sondern ihre Lichtbilder auch freigeben dürfen. Fotografierverbote sind nicht zwingend.<sup>80</sup>

## Fazit und Ausblick

Wie eingangs erwähnt, beschränkt sich dieser Beitrag auf die Perspektive des deutschen Rechts. Dies ist freilich nicht isoliert, sondern durch internationales Recht und insbesondere durch das Europarecht geprägt.<sup>81</sup> Den deutschen Lichtbildschutz könnte es nicht geben, wenn nicht Art. 6 der EU-Richtlinie 2006/116/EG den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt hätte, auch andere als Originalfotografien zu schützen:

*„Art. 6: Fotografien werden gemäß Artikel 1 geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden. Die Mitgliedstaaten können den Schutz anderer Fotografien vorsehen.“*

Der Europäische Gerichtshof hat den europäischen Standard der Originalität für Fotografien bestätigt.<sup>82</sup> Da Reproduktionen *per definitionem* Wiedergaben fremder geistiger Schöpfungen sind, erfüllen sie nicht die europarechtlichen Kriterien für einen urheberrechtlichen Schutz.<sup>83</sup> Das deutsche einfache Lichtbild hingegen ist ein Fremdkörper im EU-Recht und nur als Ausnahmeregelung zulässig.

Daneben ist es denkbar, Kunstwerke im öffentlichen Besitz als Informationen im Sinne der PSI-Richtlinie (2003/98/EG) und des Informationsweiterverwendungsgesetzes von 2006, das diese Richtlinie umsetzen soll, anzusehen. In Art. 2.3 werden Fotografien von Gemälden als „Dokument“ im Sinne der Richtlinie definiert. Art. 3 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten diese Dokumente zur kommerziellen und nicht-kommerziellen Nutzung freigeben, und zwar gegen angemessene Gebühren (Art. 6). Das deutsche Informationsweiterverwendungsgesetz

sieht in § 2a eine Ausnahme der Dokumentenlieferpflicht für solche Dokumente vor, an denen Urheberrechte der öffentlichen Institution bestehen. Dies ist für Lichtbilder gemäß § 72 UrhG zwar der Fall, doch lässt sich die Frage aufwerfen, ob dies nicht europarechtswidrig sein könnte – denn die PSI-Richtlinie ging von dem europäischen Urheberrechtsbegriff aus, nicht von der deutschen Sonderregel des § 72 UrhG. Dieser ist europarechtskonform auszulegen.

Mit der Umsetzung der jüngsten EU-Richtlinie zum Urheberrecht, die am 26. März 2019 von Europäischen Parlament verabschiedet wurde, könnten sich diese Überlegungen zu § 72 UrhG erledigt haben. Art. 14 des am 26. März 2019 vom Europaparlament angenommenen Entwurfs einer „Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt“ gibt den Mitgliedstaaten vor, „dass nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt ist, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.“ Die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht wird mit Sicherheit weitere Debatten provozieren. Bereits jetzt ist vorgeschlagen worden, die Freiheit der Reproduktionsfotografie auf den Umfang des Zitatrechts beschränken.<sup>84</sup> Ferner ist zu erwarten, dass Reproduktionsfotografien von Teilen der Rechtswissenschaft weiterhin als „eigene geistige Schöpfung“ im Sinne der Richtlinie aufgefasst werden. Die Europarechtswidrigkeit dieser Ansicht wird eines Tages vom Europäischen Gerichtshof geklärt werden müssen – denn richtigerweise ist hier von dem europäischen Maßstab der geistigen Schöpfung auszugehen und nicht von der persönlichen geistigen Leistung des § 72 UrhG.

Die Probleme des 19. Jahrhunderts sind demnach in keiner Weise gelöst: Weder ist der urheberrechtliche Status der Kunstreproduktion geklärt noch das Nebeneinander verschiedener rechtlicher Wertungen abgeschafft. Galten damals in Bayern, Preußen und Sachsen unterschiedliche Regeln, bildet der einfache Lichtbildschutz für Gemälde-Reproduktionsfotografien in Deutschland (und Österreich) eine europäische Ausnahme. Auch die Frage nach der rechtlichen Einordnung von Reproduktionen aus einem Medium in ein anderes, die sich für grafische wie für fotografische Techniken gestellt hat, wartet auf befriedigende Antworten. Die Digitalisierung unseres gemeinfreien Kulturerbes hat bereits Impulse gesetzt, sich dieser Probleme erneut anzunehmen. Das europäische Recht ist eine Chance, diesen Weg endlich zu gehen.

## Abbildungsnachweis

**Abb. 1** New York Public Library, The Miriam and Ira D. Wallach Division of Art, Prints and Photographs: Art & Architecture Collection. NYPL Digital Collections, <<http://digitalcollections.nypl.org/items/510d47e3-3e80-a3d9-e040-e00a18064a99>>.

**Abb. 2** Privatsammlung, Grischka Petri.

**Abb. 3** Privatsammlung, Grischka Petri.

**Abb. 4** Privatsammlung, Grischka Petri.

**Abb. 5** Privatsammlung, Grischka Petri.

**Abb. 6** Privatsammlung, Grischka Petri.

**Abb. 7** Mannheim, Reiss-Engelhorn-Museen; Fotografie G. Petri, alle Rechte gemäß Fotografie-Genehmigung der Eigentümer vorbehalten.

## Anmerkungen

- 1 Henry Fox Talbot: *The Pencil of Nature* (London: Longman, Brown, Green & Longmans 1844–46), Tafel V.
- 2 Helmut Hess: „Wiederholungen unter Hinweglassung jeder Farbe“, in: Antonia Putzger/Marion Heisterberg/Susanne Müller-Bechtel (Hrsg.): *Nichts Neues schaffen: Perspektiven auf die treue Kopie 1300–1900* (Berlin und Boston: De Gruyter 2018), 175–190.
- 3 BGH vom 20.12.2018 – I ZR 104/17, NJW 2019, 757–763 = GRUR 2019, 284–291 („Museumsfotos“).
- 4 Für eine Bewertung der britischen und US-amerikanischen Rechtslage u. a. Grischka Petri: „The Public Domain vs. the Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art“, *Journal of Conservation and Museum Studies* 12 (2014), doi:10.5334/jcms.1021217.
- 5 Der Rechtsstreit fand ein großes Echo in der juristischen Fachliteratur. Schnell publizierten Piloty & Löhle eine Art Rechtsgutachten des Anwalts Adalbert Wilhelm Volkmann: *Die Werke der Kunst in den deutschen Gesetzgebungen zum Schutze des Urheberrechts* (München: Piloty & Löhle 1856), das die eigene Position stärken sollte, und zum Abschluss der Verfahrensgeschichte eine Darstellung aus eigener Perspektive: [Babette Piloty/Peter Löhle (Hrsg.)]: *Die bayerischen Erkenntnisse in der Untersuchung gegen Albert Henry Payne, Besitzer der „Englischen Kunstanstalt“ zu Leipzig und Dresden, wegen widerrechtlicher Nachbildung artistischer Erzeugnisse der königlich bayerischen privilegierten Kunstanstalt von Piloty und Löhle zu München, in der Payne'schen Stahlstichsammlung betitelt: Der Kunstverein. III. Serie. Die Gallerien von München &c.* (München: Piloty & Löhle 1862). Zusammenfassend zu den Verfahren außerdem Oscar Wächter: *Das Recht des Künstlers gegen Nachbildung und Nachdruck seiner Werke* (Stuttgart und Augsburg: J. G. Cotta'scher Verlag 1859), 19–22; Hermann Kaiser: *Die preußische Gesetzgebung in Bezug auf Urheberrecht, Buchhandel und Presse. Ergänzungsheft* (Berlin: Verlag E. H. Schroeder 1865), 59.
- 6 *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 23. Dezember 1851, 1616, und 18. März 1853, 401.
- 7 Handelsgericht Leipzig, 1. Juni 1853; *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 20. Juni 1853, 926–929, hier 927–928. Die prozessualen und beweisrechtlichen Besonderheiten des Falles sollen hier nicht erörtert werden.
- 8 Julius Jolly: *Die Lehre vom Nachdruck* (Heidelberg: J. C. B. Mohr 1852), 206–209.
- 9 Handelsgericht Leipzig, 1. Juni 1853; *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 20. Juni 1853, 926–929, hier 928.
- 10 Ibid.
- 11 Appellationsgericht Leipzig, 1. Juni 1854; *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 24. Juli 1854, 1230–1232 = *Hitzig's Annalen der deutschen und ausländischen Criminal-Rechtspflege* 38 (1854), 226–232.
- 12 Piloty/Löhle: *Die bayerischen Erkenntnisse in der Untersuchung gegen Albert Henry Payne* [wie Anm. 5], 8.
- 13 *Allgemeine Zeitung* (München), 29. Dezember 1854, 5806.
- 14 Urteil vom 9. Januar 1855; *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 12. März 1855, 425–426 = *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten* 9 (1855), 93–103 = *Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung* 14 (1856), 75–80.
- 15 Volkmann: *Die Werke der Kunst* [wie Anm. 5], 5–6, 14–17.
- 16 Ibid., 39.
- 17 Hierzu Anon. [Oscar Wächter]: „Das Recht der Briefe und Photographien“, *Archiv für Preussisches Strafrecht* 11 (1863), 384–400, hier 393–394.
- 18 Piloty/Löhle: *Die bayerischen Erkenntnisse in der Untersuchung gegen Albert Henry Payne* [wie Anm. 5], 21–23; vgl. Wächter: „Das Recht der Briefe und Photographien“ [wie Anm. 17], 399.
- 19 Beschluss der Polizeidirektion München vom 12. Januar 1861, dokumentiert bei Piloty/Löhle: *Die bayerischen Erkenntnisse in der Untersuchung gegen Albert Henry Payne* [wie Anm. 5], 9–28.
- 20 Beschluss der Regierung von Oberbayern vom 18. März 1861 und Beschluss des Königs Maximilian II. vom 29. Januar 1862, dokumentiert bei Piloty/Löhle: *Die bayerischen Erkenntnisse in der Untersuchung gegen Albert Henry Payne* [wie Anm. 5], 29–33 und 34–36.
- 21 Carl Schnaase: „Über das künstlerische Eigenthum oder das Verbot der Nachbildung bei Kupferstichen und ähnlichen Kunstwerken“, *Annalen für Rechtspflege und Gesetzgebung in den preussischen Rheinprovinzen* (Abt. 2) 3 (1843), 1–18, hier 8.
- 22 So auch wieder Carl Schnaase: „Erläuterungen zu dem Aufsatz über die strafbare Nachbildung von Kunstwerken“, *Archiv für Preussisches Strafrecht* 12 (1864), 383–394, hier 384.
- 23 Vgl. für die Geschichte der Kunstreproduktion u. a. Friedrich Tietjen: *Bilder einer Wissenschaft: Kunstreproduktion und Kunstgeschichte* (Diss. Trier 2006), Kap. 2.6.
- 24 Helmut Heß: *Der Kunstverlag Franz Hanfstaengl und die frühe fotografische Reproduktion: Das Kunstwerk und sein Abbild* (München: Akademischer Verlag 1998), 25–26.
- 25 *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 15. März 1865, 597.
- 26 Probus: „Die photographischen Nachahmungen von Lithographien betreffend“, *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 5. April 1865, 762.
- 27 Siehe Stefan Ricke: *Entwicklung des rechtlichen Schutzes von Fotografien in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der preussischen Gesetzgebung* (Münster: Lit-Verlag 1998), 36–37; im Ergebnis auch Wächter: „Das Recht der Briefe und Photographien“ [wie Anm. 17], 393. Das Gutachten ist ausführlich zitiert bei Theodor Goldammer (Redakteur): „Zwei Nachdrucks-Fälle“, *Archiv für Preussisches Strafrecht* 5 (1857), 618–633, hier 626. Die Aufarbeitung der Tätigkeit des Artistischen Sachverständigen-Vereins ist noch

- ein Desiderat der Forschung. Für den Literarischen Sachverständigen-Verein liegt bereits eine Studie vor: Rainer Nomine: *Der Königlich Preussische Literarische Sachverständigen-Verein in den Jahren 1838 bis 1870* (Berlin: Duncker & Humblot 2001).
- 28 *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 24. April 1865, 911.
- 29 *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 26. April 1865, 917.
- 30 Hermann Kaiser: „Zur Aufklärung über § 29 des Preußischen Nachdruckgesetzes“, *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 22. Mai 1865, 1139–1140.
- 31 Der Verlag Friedrich Bruckmann (seit 1863 in München) hatte 1864 begonnen, 21 Darstellungen von „Goethe's Frauengestalten“ in Mappen und Bänden auf den Markt zu bringen. Neben verschiedenen Kupferstich-Ausgaben wurden fotografische Ausgaben in der großformatigen „Facsimile-Ausgabe“ und sechs Verkleinerungsstufen für jeden Geldbeutel angeboten.
- 32 *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 26. April 1865, 917.
- 33 Probus: „Noch einmal über die Hanfstaengl'schen Photographien nach Copien von Bildern der Dresdner Gallerie“, *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 21. Juni 1865, 1352–1353, hier 1353.
- 34 Hierzu Theodor Goldammer: „Über die strafbare Nachbildung von Kunstwerken“, *Archiv für Preussisches Strafrecht* 12 (1864), 153–192, hier 174–187 mit Wiedergabe des Urteils vom 24. Februar 1864; Kaiser: *Die preußische Gesetzgebung in Bezug auf Urheberrecht* [wie Anm. 5], 51–56; Rudolf Klostermann: *Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, nach Preussischem und internationalem Rechte* (Berlin: I. Guttentag 1867), 184–185.
- 35 Kaiser: „Zur Aufklärung über § 29 des Preußischen Nachdruckgesetzes“ [wie Anm. 30], 1139 = Kaiser: *Die preußische Gesetzgebung in Bezug auf Urheberrecht* [wie Anm. 5], 57.
- 36 Probus: „Noch einmal über die Hanfstaengl'schen Photographien“ [wie Anm. 33], 1353.
- 37 A[dalbert] W[ilhelm] Volkmann: „Die Ansichten des Herrn Probus über den Schutz der Photographien“, *Börsenblatt für den deutschen Buchhandel*, 28.6.1865, 1414.
- 38 Vgl. Rudolf Klostermann: *Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken, Abbildungen, Compositionen, Photographien, Mustern und Modellen, nach deutschem und internationalem Rechte* (Berlin: F. Vahlen 1876), 80–81.
- 39 Vgl. Goldammer: „Über die strafbare Nachbildung von Kunstwerken“ [wie Anm. 34], 172.
- 40 Vgl. Klostermann: *Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken* [wie Anm. 38], 80, Fußnote 1.
- 41 Kaiser: *Die preußische Gesetzgebung in Bezug auf Urheberrecht* [wie Anm. 5], 58.
- 42 Der Patchworkcharakter der Urheberrechte in den deutschen Staaten wurde auch in der Rechtswissenschaft als Problem angesehen; vgl. etwa Wächter: „Das Recht der Briefe und Photographien“ [wie Anm. 17], 399.
- 43 *Reichsgesetzblatt* 1876, 4–8.
- 44 *Reichsgesetzblatt* 1876, 8–10.
- 45 So auch Klostermann: *Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken* [wie Anm. 38], 79.
- 46 Klostermann: *Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken* [wie Anm. 38], 80.
- 47 Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9.1.1907, *Reichsgesetzblatt* 1907, 7–18.
- 48 Gesetz zur Verlängerung der Schutzfristen für das Urheberrecht an Lichtbildern vom 12.5.1940, *Reichsgesetzblatt* 1940, 758.
- 49 RG vom 5.11.1930 – I 150/30, *RGZ* 130, 196–209, hier 198.
- 50 *Bundesgesetzblatt* 1965, 1273–1293.
- 51 Otto-Friedrich Freiherr von Gamm: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar* (München: C. H. Beck 1968), § 2 Rn. 22.
- 52 Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24.6.1985, *Bundesgesetzblatt* 1985, 1137–1143.
- 53 Vgl. Dorothe Lanc: „Fotografieren? Rechtlich betrachtet eine Herausforderung“, in: Nathalie Mahmoudi/Yasmin Mahmoudi (Hrsg.): *Kunst – Wissenschaft – Recht – Management: Festschrift für Peter Michael Lynen* (Baden-Baden: Nomos 2018), 247–292, hier 258–260. Durch Gesetzesänderungen können sogar zwischenzeitlich gemeinfreie Fotografien wieder geschützt werden; siehe zum Problem Gernot Schulze/Thomas Bettinger: „Wiederaufleben des Urheberrechtsschutzes bei gemeinfreien Fotografien“, *GRUR* 2000, 12–18, hier 13.
- 54 Ekkehard Gerstenberg: „Fototechnik und Urheberrecht“, in: Georg Herbst (Hrsg.): *Festschrift für Rainer Klaka* (München: J. Schweitzer 1987), 120–126.
- 55 BGH vom 8.11.1989 – I ZR 14/88, *NJW-RR* 1990, 1061–1065, hier 1064.
- 56 Wilhelm Nordemann: „Lichtbildschutz für fotografisch hergestellte Vervielfältigungen?“, *GRUR* 1987, 15–18, hier 17.
- 57 BGH vom 7.12.2000 – I ZR 146/98, *GRUR* 2001, 755–758, hier 757.
- 58 Gernot Schulze in: Thomas Dreier/Gernot Schulze: *Urheberrechtsgesetz*, 6. Aufl. (München: C. H. Beck 2018), § 72 Rn. 10. Im Ergebnis ebenso Paul W. Hertin in Wilhelm Nordemann/Kai Vinck/Paul W. Hertin: *Urheberrecht: Kommentar* (Stuttgart u. a.: Kohlhammer 1986), § 72 Rn. 2; Horst Heitland: *Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika* (München: C. H. Beck 1995), 77; Henrik Lehment: *Das Fotografieren von Kunstgegenständen* (Göttingen: V&R Unipress 2008), 36–37; Armin Talke: „Lichtbildschutz für digitale Bilder von zweidimensionalen Vorlagen“, *ZUM* 2010, 846–852, hier 850; David Seiler: „Urheberrechtlicher Schutz von Reprofotos“, *Kommunikation und Recht* 22 (2019), 245–249, hier 246; darüber hinaus technische Reproduktionen einschließlich Thomas Platena: *Das Lichtbild im Urheberrecht: Gesetzliche Regelung und technische Weiterentwicklung* (Frankfurt am Main: Peter Lang 1998), 112; ebenso Paul Katzenberger: „Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie: Reproduktionsphotographie, Luftbild- und Satellitenaufnahmen“, *GRUR Int* 1989, 116–119, hier 117–118.
- 59 OLG Düsseldorf vom 13.2.1996 – 20 U 115/95, *GRUR* 1997, 49–52, hier 51.
- 60 Vgl. zuletzt etwa Thomas Dreier: *Bild und Recht: Versuch einer programmatischen Grundlegung* (Baden-Baden: Nomos 2019), 251–261; siehe außerdem Erwägungsgrund 53 der konsolidierten Fassung des Entwurfs für eine EU-Richtlinie zur Urheberrechtsreform, die am 26.3.2019 vom Europaparlament angenommen wurde <[http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271\\_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf)>.
- 61 Ansgar Ohly: *Urheberrecht in der digitalen Welt. Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag* (München: C. H. Beck 2014), 36–39.
- 62 Haimo Schack: „Weniger Urheberrecht ist mehr“ in: Winfried Bullinger/Eike Grunert/Claudia Ohst/Kirsten-Inger Wöhrn (Hrsg.): *Festschrift für Artur-Axel Wandtke* (Berlin und Boston: De Gruyter 2013), 9–20, hier 10, 19.
- 63 Haimo Schack: *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 8. Aufl. (Tübingen: Mohr Siebeck 2017), Rn. 720.
- 64 Melanie Overbeck: *Der Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG im Lichte der Digitalfotografie* (Berlin: Lit-Verlag 2018), 161–162.
- 65 Oberappellationsgericht Dresden vom 9. Januar 1855 [wie Anm. 13].
- 66 Gernot Schulze: „Museale Reproduktionsfotografie und Bildrecht an der eigenen Sache“, in: Matthias Weller/Nicolai B. Kemle/Thomas Dreier/Felix M. Michl (Hrsg.): *Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography: Tagungsband des elften Heidelberger Kunstrechtstags am 20. und 21. Oktober 2017* (Baden-Baden: Nomos 2018), 104–124, hier 109.
- 67 Klaus Graf: „Urheberrecht: Schutz der Reproduktionsfotografie?“, *Kunstchronik* 2008, 206–208, hier 207; Felix Stang: „Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?“, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum* 1 (2009), 167–219, hier 212–216; id.: *Das*

- urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist (Tübingen: Mohr Siebeck 2011), 183–185; Alexander Peukert: *Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik* (Tübingen: Mohr Siebeck 2012), 110; David Yang: „Bilder von Bildern: Urheberrechtliche und eigentumsrechtliche Fragen der Kunstfotografie – Anmerkung zu OLG Stuttgart ZUM 2017, 940“, *ZUM* (2017), 951–955, hier 953; Ansgar Koreng: „Fotografien zweidimensionaler Vorlagen zwischen Vielfältigkeit und Lichtbildschutz“, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl (Hrsg.): *Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography* [wie Anm. 66], 87–103, hier 100–102.
- 68 *Bundesgesetzblatt*, 22.5.1997, 1032–1037.
- 69 Der Verfahrenszug gegen die Wikimedia-Stiftung begann vor dem LG Berlin (Urteil vom 31.5.2016 – 15 O 428/15, *GRUR-RR* 2016, 318–324 = *ZUM* 2016, 766–774) und wurde vor dem KG Berlin (Beschluss vom 8.11.2017 – 24 U 125/16) fortgesetzt. Das KG ließ als Berufungsinstanz keine Revision zu; die Beschwerde der Wikimedia-Stiftung blieb erfolglos (BGH, Beschluss vom 12.2.2019 – I ZR 189/17). Der Verfahrenszug gegen den Uploader begann vor dem LG Stuttgart (Urteil vom 27.9.2016 – 17 O 690/15, *ZUM-RD* 2017, 201–207), wurde vor dem OLG Stuttgart fortgesetzt (Urteil vom 31.5.2017 – 4 U 204/16, *GRUR* 2017, 905–912) und endete vor dem BGH (Urteil vom 20.12.2018 – I ZR 104/17, *NJW* 2019, 757–763 = *GRUR* 2019, 284–291).
- 70 BGH vom 20.12.2018 – I ZR 104/17, *NJW* 2019, 757–763, hier 758–759.
- 71 *Ibid.*, 759.
- 72 Das Sonderproblem des an sich nicht existenten Zitatrechts für gemeinfreie Werke soll an anderer Stelle untersucht werden.
- 73 Vgl. Ellen Euler: „Recht am Bild der eigenen Sache? – Wie frei sind gemeinfreie Kulturgüter?“, *AfP* 2009, 459–464, hier 463, die deutlich auf den Unterschied zwischen einer urheberrechtlichen und einer faktischen Monopolstellung hinweist.
- 74 BGH vom 20.12.2018 – I ZR 104/17, *NJW* 2019, 757–763, hier 716–763.
- 75 Peukert: *Die Gemeinfreiheit* [wie Anm. 67], 55–56; vgl. auch Felix Stang: *Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist* [wie Anm. 67], 114, der den Aspekt der freien und kostenlosen Verwendbarkeit herausarbeitet. Dies erkennt Seiler, „Urheberrechtlicher Schutz von Reprofotos“ [wie Anm. 58], 248, indem er mikroökonomisch argumentiert und es für „nicht nachvollziehbar“ hält, dass „auf Kosten des Steuerzahlers“ angefertigte Reproduktionen kommerziell genutzt werden könnten.
- 76 Probus: „Noch einmal über die Hanfstaengl'schen Photographien“ [wie Anm. 33], 1353.
- 77 Außen vor bleibt an dieser Stelle die vom BGH nicht entschiedene Grundsatzfrage nach dem Verhältnis von Sacheigentum und Urheberrecht und der Ableitung von Fotografieverböten aus dem Eigentum an der Sache.
- 78 Vgl. Ansgar Koreng: „Fotografien zweidimensionaler Vorlagen“ [wie Anm. 67], 93–94.
- 79 So auch der Praxishinweis von Katharina Garbers-von Boehm: „Anmerkung zu BGH: Öffentliches Museum kann Fotografieren gemeinfreier Werke mittels AGB verbieten“, *GRUR-Prax* (2019), 92; kritisch Herbert Zech: „Anmerkung zu BGH *GRUR* 2019, 284“, *GRUR* (2019), 291–292.
- 80 Thomas Dreier: *Bild und Recht* [wie Anm. 60], 273–274.
- 81 Vgl. zu § 72 UrhG im Lichte des Europarechts Grischka Petri: „La propriété, c'est le vol? Reproducing Art at the Museum“, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 26 (2018), 99–123, hier 110–112.
- 82 Richtlinie 2006/116/EG vom 12.12.2006. Der Grundsatz wurde durch den EuGH in der Sache *Eva Maria Painer* bestätigt: Rs. C-145/10, [1. Dezember 2011] ECR I-12594, Rn. 87.
- 83 Vgl. David Yang: „Bilder von Bildern“ [wie Anm. 67], 952.
- 84 Seiler: „Urheberrechtlicher Schutz von Reprofotos“ [wie Anm. 58], 249.