

KUNSTHISTORISCHE PUBLIKATIONEN UND BILDRECHTE ZWISCHEN DEM BGH-URTEIL ZU MUSEUMSFOTOS (2018) UND DER UMSETZUNG DER RICHTLINIE (EU) 2019/790

Alte Probleme, neue Entwicklungen

ZUSAMMENFASSUNG Seit 1907 sind in Deutschland Fotografien als „Lichtbilder“ rechtlich geschützt, einschließlich fotografischer Reproduktionen von Kunstwerken. Unter dem seit 1966 geltenden Urheberrechtsgesetz (UrhG) hat sich das im Ergebnis nicht geändert. In seinem Urteil von Dezember 2018 (Museumsfotos) hat der Bundesgerichtshof (BGH) diese Rechtslage bestätigt. An fotografischen Reproduktionen gemeinfreier Kunst besteht ein eigener Lichtbildschutz. Als Ausgleich hat der BGH den Anwendungsbereich für das (eigentlich nur auf Abbildungen noch geschützter Werke anwendbare) Zitatrecht erweitert und auf Abbildungen gemeinfreier Werke übertragen. Der BGH hat außerdem bestätigt, dass Museen Fotografierverbote in ihren Sammlungen anordnen und durchsetzen dürfen. Die 2019 verabschiedete Richtlinie (EU) 2019/790, die bis zum Sommer 2021 umgesetzt werden muss, wird den Lichtbildschutz einschränken und zur freien Nutzung von Reproduktionen gemeinfreier Werke führen – eine Ausnahme für Abbildungen dreidimensionaler Werke und Bauten, da diese Fotografien ihrerseits geschützte Werke darstellen, bleibt abzuwarten.

SCHLAGWORTE Bildrechte, Fotografierverbot, Geisteswissenschaften, Lichtbildschutz, Museumsfotos, Museumssammlungen, Open Access, Open-Access-Books, Open-Access-Monografien, Open Data, Open Science, Reproduktionsfotografie, Social Media

ABSTRACT Since 1907, photographs have been legally protected in Germany as „Lichtbilder“, including photographic reproductions of works of art. Under the Copyright Act (UrhG), which has been in force since 1966, this has not changed. In its ruling of December 2018 (Museumsfotos), the Federal Court

of Justice (BGH) confirmed this legal situation. Photographic reproductions of art in the public domain are subject to a separate copyright protection. To compensate for this, the BGH has extended the scope of application of the right of citation (which is actually only applicable to reproductions of works that are still protected) and transferred it to reproductions of works in the public domain. The BGH has also confirmed that museums may order and enforce photography prohibitions in their collections. Directive (EU) 2019/790, which was adopted in 2019 and must be implemented by summer 2021, will restrict the protection of photographs and lead to the free use of reproductions of works in the public domain – the extent of an exception for images of three-dimensional works and buildings, remains a debatable issue, as these photographs themselves constitute protected works.

KEYWORDS Humanities, image copyrights, museum collections, museum photos, open access, open access books, open access monographs, open data, open science, prohibition of photography, protection of photographs, reproduction photography, social media

Zur Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des kunsthistorischen Publizierens gehört das Problem der rechtssicheren Abbildung von Kunstwerken. Es ist nicht nur immer wieder strittig, inwieweit Kontrollrechte über Abbildungen aus dem Urheberrecht oder dem Eigentum abgeleitet werden können oder müssen, sondern auch, in welchem Umfang Verträge bildrechtliche Sachverhalte regeln dürfen. Viele dieser Kontroversen lassen sich bis in die Anfangszeiten des gesetzlich geregelten Urheberrechts im 19. Jahrhundert zurückführen.¹ Zumindest drei Faktoren haben seit etwa dreißig Jahren die Diskussionen um die Reproduktionsrechte im deutschen Recht wieder angeheizt: Erstens die Urheberrechtsreform von 1985, in der erstmals unterschiedliche Rechtsfolgen an den Status einer Fotografie als Werk (§ 2 UrhG) oder einfaches Lichtbild (§ 72 UrhG) geknüpft wurden,² zweitens die Fortschritte in der Digitalfotografie und die Verfügbarkeit von Bildreproduktionen über

1 Einige Beispiele habe ich in meinem Beitrag „Privileg und fotografische Freibeuterei. Momentaufnahmen aus der Geschichte des Reproduktionsrechts an gemeinfreien Werken“, in Effinger, Maria / Hoppe, Stephan / Klinke, Harald / Krysmanski, Bernd (Hg.): *Von analogen und digitalen Zugängen zur Kunst. Festschrift für Hubertus Kohle zum 60. Geburtstag*, Heidelberg: arthistoricum.net, 2019, unter <https://doi.org/10.11588/arthistoricum.493> besprochen.

2 Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24.6.1985, *Bundesgesetzblatt* 1985, 1137–1143.

das Internet³ und drittens die Rechtsprechung des BGH (Bundesgerichtshofs) im Fall der Preußischen Schlösser und Gärten, der Verwertungsrechte von Gebäude-Abbildungen, die nicht urheberrechtlich geschützt sind, stattdessen aus dem Grundeigentum herleitete.⁴ Der Fall eines Wikipedia-Nutzers, der eigene Fotografien aus dem Reiss-Engelhorn Museum in Mannheim sowie Scans aus einem Katalog jenes Museums in die Wikimedia Commons hochgeladen hatte und deswegen zusammen mit der Wikimedia-Stiftung von den Museen verklagt wurde, greift jene Themen sämtlich auf und ist deshalb in diesem Zusammenhang von herausgehobener Bedeutung. Der BGH hat ihn am 20. Dezember 2018 letztinstanzlich entschieden und damit bis auf weiteres für mehr Rechtssicherheit im Umgang mit Abbildungen gemeinfreier Werke gesorgt, wenngleich nicht unbedingt für eine größere Freiheit der Nutzung.⁵ Diese soll nun mit der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 in deutsches Recht bis zum Sommer 2021 erreicht werden. Im Folgenden wird auf die Einzelheiten dieser Entwicklung eingegangen.

DIE DISKUSSION UM DEN LICHTBILDSCHUTZ FÜR FOTOGRAFISCHE REPRODUKTIONEN VON KUNSTWERKEN BIS ZUM URTEIL DES BGH

Seit 1907 bestand für Fotografien ein Schutz von zehn Jahren ab Veröffentlichung des Bildes (§ 26 KUG), bei unveröffentlichten Bildern 25 Jahre nach Tod des Fotografen.⁶ Die Schutzdauer wurde 1940 auf 25 Jahre ab Erscheinen des Bildes verlängert.⁷ Reproduktionsfotografien waren von diesem Schutz zweifelsfrei umfasst, wie das Reichsgericht 1930 bestätigte.⁸ Als am 1.1.1966 das *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*

3 Siehe hierzu aus juristischer Sicht Ohly, Ansgar: *Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?* (= Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag), München 2014.

4 BGH v. 17.12.2010 – V ZR 45/10 (Preußische Gärten und Parkanlagen I), *NJW* 2011, 749–753 = *GRUR* 2011, 323–327.

5 BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 (Museumsfotos), *NJW* 2019, 757–763 = *GRUR* 2019, 284–291.

6 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9.1.1907, *Reichsgesetzblatt* 1907, 7–18.

7 Gesetz zur Verlängerung der Schutzfristen für das Urheberrecht an Lichtbildern vom 12.5.1940, *Reichsgesetzblatt* 1940, 758.

8 RG v. 5.11.1930 – I 150/30, *RGZ* 130, 196–209, hier 198. Im entschiedenen Fall wurden die Fotografien für die Faksimile-Ausgabe des *Codex aureus* als geschützte Werke der Lichtbildkunst anerkannt.

(Urheberrechtsgesetz, UrhG) in Kraft trat,⁹ unterschied der Gesetzgeber erstmals „Lichtbildwerke“ (§ 2 UrhG) und „Lichtbilder“ (§ 72 UrhG), schützte aber beide für die Dauer von 25 Jahren (§ 68 UrhG). Das Lichtbildwerk war mit dieser kürzeren Schutzdauer gegenüber anderen Werkarten wie Gemälden, Zeichnungen und Skulpturen schlechter gestellt. Zwar gab es zum neuen Gesetz zunächst keine Rechtsprechung, doch sah die Kommentarliteratur fotografische Vervielfältigungen von Kunstwerken als geschützte Lichtbilder an, unabhängig davon, dass es sich auch um Vervielfältigungen anderer, eventuell sogar geschützter Werke handelte.¹⁰ Die Schutzdauer für einfache Lichtbilder wurde zwei Mal verlängert: 1985 zunächst für Dokumente der Zeitgeschichte auf 50 Jahre,¹¹ mit Wirkung vom 1. Juli 1995 dann für sämtliche Lichtbilder. Damit waren nun sämtliche Kunstreproduktionen der Nachkriegszeit erfasst. Mit dem Public Domain Day am 1. Januar 2020 wurden Reproduktionen gemeinfrei, die im Jahr 1969 erschienen sind.

Manche Reproduktionsfotografien wurden freilich durch die Rechtsprechung vom Lichtbildschutz des § 72 UrhG ausgeschlossen. Der BGH urteilte 1989, dass Fotografien von Fotografien kein eigener Lichtbildschutz zukommen könne. Es sei ein Minimum an persönlicher geistiger (heißt: nicht automatischer) Leistung notwendig, um den Lichtbildschutz nach § 72 UrhG annehmen zu können, das bei Fotografien von Fotografien nicht vorliege.¹² Diese Wertung wurde im Jahr 2000 im Telefonkarten-Fall bestätigt.¹³ Die Rechtsprechung grenzte aber von diesen Fällen diejenigen ab, die fotografische Reproduktionen von Nicht-Fotografien betrafen, etwa von Zeichnungen. So wurden beispielsweise 1996 Fotografien von Beuys-Zeichnungen vom OLG Düsseldorf als schutzwürdige Lichtbilder anerkannt.¹⁴ Obgleich dies im Ergebnis die seit 1907 bestehende Rechtslage bestätigte, entwickelte sich ein Meinungsstreit um die Schutzfähigkeit von Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke, der letztlich in die Entscheidung des BGH vom Dezember 2018 mündete. Teile der Literatur schlossen sich der herrschenden Rechtsprechung an: Da die fotografische

9 *Bundesgesetzblatt* 1965, 1273–1293.

10 von Gamm, Otto-Friedrich Freiherr: *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München 1968, § 2 Rn. 22.

11 Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24.6.1985, *Bundesgesetzblatt* 1985, 1137–1143.

12 BGH vom 8.11.1989 – I ZR 14/88 (Merianbibel), *NJW-RR* 1990, 1061–1065, hier 1064.

13 BGH vom 7.12.2000 – I ZR 146/98 (Telefonkarte), *GRUR* 2001, 755–758, hier 757.

14 OLG Düsseldorf vom 13.2.1996 – 20 U 115/95, *GRUR* 1997, 49–52, hier 51.

Reproduktion einer Zeichnung oder eines Gemäldes nicht vollautomatisch zustande komme und auch keine Fotografie fotografisch vervielfältige, bestehe kein Anlass, an dem Schutz als Lichtbild zu zweifeln.¹⁵ Demgegenüber wurde vorgeschlagen, den Anwendungsbereich des § 72 UrhG einzuschränken: Die fotografische Reproduktion eines Gemäldes oder einer Zeichnung sei letztlich nicht anders zu bewerten als diejenige einer Fotografie; außerdem würde eine Gemeinfreiheit der abgebildeten Werke unterlaufen.¹⁶

DAS VERFAHREN REISS-ENGELHORN-MUSEEN GEGEN WIKIMEDIA UND NUTZER

Dieser Meinungsstreit fand sein vorläufiges praktisches Ende am 20. Dezember 2018, als der BGH entschied, dass fotografische Reproduktionen gemeinfreier Kunstwerke unter den Lichtbildschutz nach § 72 UrhG fallen.¹⁷ Das Urteil bildet den zivilrechtlichen Schlusspunkt einer Reihe von Verfahren, welche die Mannheimer Reiss-Engelhorn-Museen gegen die

15 Siehe beispielsweise ohne Anspruch auf Vollständigkeit Hertin, Paul W., in: Nordemann, Wilhelm / Vinck, Kai / Hertin, Paul W.: *Urheberrecht: Kommentar*, Stuttgart 1986, § 72 Rn. 2; Heitland, Horst: *Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika*, München 1995, S. 77; Lehment, Henrik: *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, Göttingen 2008, S. 36–37; Talke, Armin: Lichtbildschutz für digitale Bilder von zweidimensionalen Vorlagen, in: *ZUM* 2010, S. 846–852, hier S. 850; Schulze, Gernot, in: Dreier Thomas / Schulze Gernot: *Urheberrechtsgesetz*, 6. Aufl. München 2018, § 72 Rn. 10; Seiler, David: Urheberrechtlicher Schutz von Profotos, in: *Kommunikation und Recht* 22, 2019, S. 245–249, hier S. 246; darüber hinaus auch technische Reproduktionen einschließlich Platena, Thomas: *Das Lichtbild im Urheberrecht: Gesetzliche Regelung und technische Weiterentwicklung*, Frankfurt am Main 1998, S. 112; Katzenberger, Paul: Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie: Reproduktionsphotographie, Luftbild- und Satellitenaufnahmen, in: *GRUR Int* 1989, S. 116–119, hier S. 117–118.

16 Beispielsweise Graf, Klaus: Urheberrecht: Schutz der Reproduktionsfotografie?, in: *Kunstchronik* 2008, S. 206–208, hier S. 207; Stang, Felix: Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke?, in: *Zeitschrift für Geistiges Eigentum* 1, 2009, S. 167–219, hier S. 212–216; ders.: *Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, Tübingen 2011, S. 183–185; Peukert, Alexander: *Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik*, Tübingen 2012, S. 110; Yang, David: Bilder von Bildern: Urheberrechtliche und eigentumsrechtliche Fragen der Kunstfotografie – Anmerkung zu OLG Stuttgart ZUM 2017, 940, in: *ZUM* 2017, S. 951–955, hier S. 952–953; Koreng, Ansgar: Fotografien zweidimensionaler Vorlagen zwischen Vervielfältigung und Lichtbildschutz, in: Weller, Matthias / Kemle, Nicolai / Dreier, Thomas / Michl, Felix M. (Hg.): *Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography: Tagungsband des elften Heidelberger Kunstrechtstags am 20. und 21. Oktober 2017*, Baden-Baden 2018, S. 87–103, hier S. 100–102.

17 BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 (wie Anm. 5).

Wikimedia-Stiftung¹⁸ sowie einen Internetnutzer¹⁹ angestrengt hatte, der Bilddateien im Repositorium der Wikimedia Commons hochgeladen und damit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hatte.

a) Lichtbildschutz für Reproduktionsfotos

Das Urteil bestätigte zunächst den Lichtbildschutz gemäß § 72 UrhG für Reproduktionsfotos, sofern diese nicht ihrerseits Fotos vervielfältigten. Da es an dieser Stelle um die praktische Dimension des Urteils und seiner Auswirkungen auf kunsthistorische Publikationen gehen soll, kann eine vertiefte inhaltliche Auseinandersetzung mit der (meines Erachtens nach letztlich nicht befriedigenden) Argumentation unterbleiben; sie ist einer anderen Gelegenheit vorbehalten.²⁰ Das Ergebnis bestätigt indes die seit 1907 bestehende Rechtslage: Reproduktionsfotos sind grundsätzlich als Lichtbilder geschützt. Fotos von Fotos sind es nicht, weil hier das in der Rechtsprechung geforderte Mindestmaß an persönlicher

18 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, da die Rechtsfrage nach dem BGH-Urteil v. 20.12.2018 gegen den Uploader bereits geklärt worden sei (BGH, Beschluss vom 12.2.2019 – I ZR 189/17, *GRUR-RS* 2019, 2702).

19 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).

20 Siehe auch schon zur Vorinstanz Petri, Grischka: La propriété, c'est le vol? Reproducing Art at the Museum, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik. Annual Review of Law and Ethics* 26, 2018, S. 99–123, hier S. 109–113. Die rechtliche Diskussion ist auch nach dem BGH-Urteil fortzusetzen; siehe etwa ausführlich die Auseinandersetzung mit dem Urteil bei Thum, Dorothee, in: Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried (Hg.): *Praxiskommentar Urheberrecht*, 5. Aufl., München 2019, § 72 Rn. 34–43; ferner die Urteilsanmerkungen und Aufsätze von Dreier, Thomas: Anmerkung zu BGH, *JZ* 2019, 412 – Museumsfotos, in: *Juristen-Zeitung* 2019, S. 417–420; Garbers-von Boehm, Katharina: Anmerkung zu BGH: Öffentliches Museum kann Fotografieren gemeinfreier Werke mittels AGB verbieten, in: *GRUR-Prax* 2019, S. 92; Hoeren, Thomas: Anmerkung zu BGH: Veröffentlichung von Fotografien gemeinfreier Kunstwerke im Internet – Museumsfotos, in: *Multimedia und Recht* 2019, S. 246; Lauber-Rönsberg, Anne: Fotografien gemeinfreier Museumsexponate – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.12.2018 – I ZR 104/17 – Museumsfotos, in: *ZUM* 2019, S. 341–344; Schulze, Gernot: Fotos von gemeinfreien Werken der bildenden Kunst, in: *GRUR* 2019, S. 779–783; Zech, Herbert: Anmerkung zu BGH – Lichtbildschutz für Fotografien von gemeinfreien Gemälden – Museumsfotos, in: *GRUR* 2019, S. 291–292.

geistiger Leistung nicht erreicht wird. Das gleiche gilt für Scans – hier handelt es sich um technische Reproduktionen, und es fehlt folglich an der persönlichen Leistung.²¹ Im Falle der Fotografie von dreidimensionalen Werken wie Skulpturen oder Bauwerken muss hingegen in der Regel sogar über das einfache Lichtbild hinaus ein Lichtbildwerk angenommen werden.²² Erwin Panofsky hat in einer Nachbemerkung zu seinem Aufsatz *Original und Faksimilereproduktion* 1930 die Frage nach der Unterscheidung von künstlerischen und Reproduktionsfotografien hellsichtig beantwortet:

„Weil es sich in allen Fällen, in denen dreidimensionale Objekte fotografiert werden, gar nicht um ‚Reproduktionen‘ in dem hier einzig in Rede stehenden Sinne handelt, sondern um eine durchaus persönliche Umschöpfung, bei der der Photograph, wiewohl er sich an Stelle des Pinsels einer ‚Maschine‘ bedient, in bezug auf Ausschnitt, Distanz, Aufnahme-richtung, Schärfe und Beleuchtung nicht sehr viel weniger ‚frei‘ ist als ein Maler. Der wirklichen Reproduktionsphotographie dagegen, d. h. der Photographie eines zweidimensionalen Gemäldes oder einer Zeichnung, kann man wohl ansehen, ob sie über- oder unterexponiert ist, ob das Gemälde bei der Aufnahme gespiegelt hat und ob sie mit orthochromatischen oder gewöhnlichen Platten hergestellt wurde, – nie aber kann hinsichtlich ihrer von einem ‚Element des Zeitstils‘ oder gar des Persönlichkeitsstils die Rede sein.“²³

Dies entspricht weitgehend den heutigen rechtlichen Maßstäben, die sich aus der europarechtlichen Anforderung an die Schutzwürdigkeit von Lichtbildwerken ergeben. Art. 6 der Richtlinie (EU) 2006/116/EG schützt Fotografien, „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.“ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat diesen Maßstab 2011 in der Rechtsache *Eva-Maria Painer gegen die Standard Verlags-GmbH* und andere bestätigt und für den Fall der Porträtfotografie konkretisiert. Eva-Maria Painer ist eine Fotografin, die unter anderem in Schulen und Kindergärten fotografiert. Die österreichische Polizei hatte im Entführungsfall Natascha

21 Thum 2019 (wie Anm. 20), § 72 Rn. 29, 56.

22 Vgl. Stang, Felix: Art. 14 der neuen DSM-Richtlinie. Das Ende des Schutzes von Reproduktionsfotografien, in: *ZUM* 2019, S. 668–674, hier S. 672–673.

23 Panofsky, Erwin: *Original und Faksimilereproduktion*, Hamburg 1930, S. 16.

Kampusch eine ihrer Fotografien der Entführten für ihre Fahndungsauftrufe verwendet. Nachdem die gelungene Flucht Kampuschs ein großes Medieninteresse entfacht hatte, klagte Painer gegen die wiederholte Verwendung ihrer Fotografie zur Illustration der Berichte. Der EuGH musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob diese Fotografien urheberrechtlich geschützt seien und definierte hierfür allgemeingültige Kriterien im Anschluss an die Richtlinie (EU) 2006/116/EG: Eine eigene geistige Schöpfung und damit ein schutzwürdiges Original liegt demnach (und nur dann) vor, wenn in der Fotografie die Persönlichkeit des Urhebers zum Ausdruck kommt, indem er freie kreative Entscheidungen trifft. Solche Entscheidungen sind beispielsweise solche über die Beleuchtung, Perspektive und Bildausschnitt; hinzu kommen weitere kreative Entscheidungen bei der Nachbearbeitung.²⁴ Diese für die Porträtfotografie angenommenen kreativen Spielräume bestehen weitgehend auch für die Fotografie dreidimensionaler Kunstwerke, sodass hier in der Regel von einem Schutz als Lichtbildwerk auszugehen ist.²⁵ Als Fazit besteht also höchstrichterlich bestätigt in Deutschland folgender Schutz für Reproduktionsfotografien:

fotografisch reproduziertes Werk	Schutz nach dem UrhG
Fotografie	kein Schutz
zweidimensional (Gemälde / Zeichnung)	Lichtbildschutz nach § 72 UrhG
dreidimensional (Skulptur / Bauwerk)	Lichtbildwerkschutz nach § 2 UrhG

b) Zitierfreiheit für gemeinfreie Werke?

Bemerkenswert ist das vom BGH im Museumsfoto-Urteil vorgebrachte Argument, ein Lichtbildschutz für Reproduktionen gemeinfreier Werke unterlaufe die Gemeinfreiheit nicht: Die Allgemeinheit sei an der

24 Rs. C-145/10, [1. Dezember 2011] ECR I-12594, Rn. 87–94. Der EuGH differenziert damit im Ergebnis ähnlich wie Judge, Elizabeth F. / Gervais, Daniel: Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law, in: *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 27, 2009, S. 375–408, hier S. 377, und zuvor schon Latreille, Antoine: L'appropriation des photographies d'œuvres d'art, in: *Recueil Dalloz* 2002, S. 299–306. Zusammenfassend ferner Petri, Grischka: 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, 2014, unter: <https://doi.org/10.5334/jcms.1021217>.

25 Selbstverständlich sind auch Zeichnungen auf Papier und Ölgemälde dreidimensional; die Unterscheidung zwischen zwei- und dreidimensionalen Werken wird hier ausschließlich in rechtlicher Hinsicht über die für eine erfolgreiche fotografische Reproduktion notwendige Anzahl wiederzugebender Dimensionen getroffen. Diese Zahl beträgt für Grafiken und die meisten Gemälde zwei, für Skulpturen und Bauwerke drei. Sie ist umstritten für Reliefs.

Auseinandersetzung mit dem gemeinfreien Werk nicht gehindert, nur weil ein konkretes Lichtbild nicht vervielfältigt werden dürfe. Außerdem lasse das 2018 erweiterte Zitatrecht (§ 51 Satz 3 UrhG) die Nutzung der Abbildung eines Werkes unter den gegebenen Voraussetzungen zu.²⁶ Diese Ausführungen verlangen einen näheren Blick, da sie innerhalb des Urheberrechts eigentlich systemwidrig sind. Die Schranke des Zitatrechts (§ 51 UrhG) gilt grundsätzlich für geschützte und nicht für gemeinfreie Werke.²⁷ Sie erlaubt die Abbildung eines an sich geschützten Werkes „zum Zwecke des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist.“ Das heißt auf die Situation kunsthistorischer Publikationen bezogen nach Nummer eins der Vorschrift, wenn „einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden“. Das Zitatrecht setzt also eine spezifische inhaltliche Verbindung von (kunsthistorischem) Text und abgebildetem (zitierten) Werk voraus. Der Text muss das Werk erläutern (und nicht nur beschreiben) und muss eine „innere Verbindung“ zum zitierten Werk herstellen. Unzulässig ist es, das zitierte Werk nur zur Ausschmückung ohne Belegfunktion aufzunehmen.²⁸ Damit ist die Zitierfreiheit deutlich beschränkter als es die Gemeinfreiheit vorsieht, die auch schmückende oder kommerzielle Nutzungen erlaubt.²⁹ Das *obiter dictum* aus der Museumsfoto-Entscheidung des BGH ist deshalb bereits auf Ablehnung in der Rechtswissenschaft gestoßen.³⁰ Obgleich es methodisch zweifelhaft ist, weil keine Gesetzeslücke festgestellt werden kann,³¹ lässt es sich in seinen Folgen als richterliche Rechtsfortbildung verstehen, die immerhin das Zitatrecht als Minimalniveau der Gemeinfreiheit ausformuliert hat. Insofern bestehen für die Nutzung von Abbildungen zur Erläuterung kunsthistorischer Inhalte zumindest keine größeren Einschränkungen als für urheberrechtlich (noch) geschützte Werke.

26 BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 (wie Anm. 5), hier S. 759.

27 Thum 2019 (wie Anm. 20), § 72 Rn. 43, 83.

28 Stefan, in Wandtke/Bullinger 2019 (wie Anm. 20), § 51 Rn. 3.

29 So auch Stang 2019 (wie Anm. 22), hier S. 670.

30 Thum 2019 (wie Anm. 20), § 72 Rn. 43.

31 Vgl. Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin / Heidelberg 1995, S. 220.

c) Kontrolle durch Fotografierverbote

Wenn nunmehr durch den BGH bestätigt die Lichtbilder eines gemeinfreien Werkes geschützt sind, im konkreten Fall aber ein Zitatrecht nicht infrage kommt, steht grundsätzlich die Anfertigung einer eigenen Fotografie als Lösungsweg offen. Allerdings besteht kein Anspruch auf Zugang zu gemeinfreien Werken – auch nicht in öffentlichen Sammlungen. Darüber hinaus dürfen Sammlungen in ihren Räumlichkeiten selbst Fotografierverbote festlegen. Die Reiss-Engelhorn-Museen waren nicht nur gegen online gestellte Scans aus ihren Katalogen vorgegangen, sondern auch gegen Fotografien gemeinfreier Werke aus ihren Sammlungen, die ein Besucher unter Missachtung des Fotografierverbots angefertigt und dann über die Wikimedia Commons zugänglich gemacht hatte. Der BGH urteilte, in einem solchen Fotografierverbot liege keine unangemessene Benachteiligung. Typischerweise gehöre es zu einem Besichtigungsvertrag, wie er einem Museumsbesuch zugrunde liegt, die Exponate persönlich wahrnehmen zu können – nicht jedoch, von den Exponaten Fotografien anzufertigen.³² Auch hier bestehen Zweifel an der Argumentation, das praktische Ergebnis ist aber eindeutig: Museen können und dürfen das Fotografieren in ihren Räumen verbieten. Der fotografierende Besucher kann dann mit seinen Rechten als Lichtbildner wenig anfangen, da diese Bilder vertragswidrig hergestellt worden sind.³³ Damit können die Eigentümer eines gemeinfreien Werkes faktisch die Monopolposition eines Urhebers einnehmen, insofern sie nicht nur die Anfertigung neuer fotografischer Reproduktionen kontrollieren, sondern auch deren Vertrieb über Nutzungsverträge für Bilddateien.³⁴ „Für Museen ist das Urteil erfreulich“, fasst eine Kommentatorin das Ergebnis zusammen.³⁵

In dieser Tendenz steht das Urteil des BGH nicht allein in Europa.³⁶ Für die Rechtslage in Großbritannien ist argumentiert worden, dass der Brexit die Chance für einen weiter gehenden Schutz von Museumsreproduktionen

32 BGH v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 (wie Anm. 5), hier S. 760–761.

33 Dritte sind von diesen Verträgen indes nicht gebunden, sodass beispielsweise ausländische Bildagenturen noch heute die bei den Wikimedia Commons mittlerweile gelöschten Bilddateien des Uploaders kommerziell zur Nutzung anbieten.

34 Zech 2019 (wie Anm. 20), hier S. 292; vgl. schon Euler, Ellen: Recht am Bild der eigenen Sache? – Wie frei sind gemeinfreie Kulturgüter?, in: *AfP* 2009, S. 459–464, hier S. 463, die deutlich auf den Unterschied zwischen einer urheberrechtlichen und einer faktischen Monopolstellung hinweist.

35 Garbers-von Boehm 2019 (wie Anm. 20), S. 92.

36 Kritisch Petri 2018 (wie Anm. 20), hier S. 116–117. Für eine umfassende *tour d'horizon* ist an dieser Stelle freilich nicht der Platz.

biete.³⁷ In Italien hat das Tribunale Firenze unter Anwendung des *Codice dei beni culturali*, *Decreto legislativo n. 42/2004* geurteilt, dass die kommerzielle Verwertungsrechte an Michelangelos *David* exklusiv der Galleria dell'Accademia zustehen.³⁸ In Frankreich hat der Conseil d'État nach zehnjähriger Verfahrenszeit die Existenz zweier unterschiedlicher Gemeinfreiheiten angenommen, eine für das Urheberrecht und eine für Objekte in öffentlichem Besitz (*domaine public mobilier*). Letztere würde durch die Museen geregelt, die auch nach dem Eintritt eines Werkes in die Gemeinfreiheit Fotografierverbote aussprechen dürften.³⁹ Erik Jayme berichtet ergänzend von einer jüngeren Entscheidung des Conseil Constitutionnel, die das Bild nationalen Eigentums schützt.⁴⁰

DIE RICHTLINIE (EU) 2019/790 UND DEREN UMSETZUNG BIS 7. JUNI 2021

Die vom BGH-Urteil zu Museumsfotos bestätigten, in Europa mittlerweile weiter verbreiteten Grundsätze werden allerdings bis zum Sommer 2021 teilweise überholt sein. Zwar bleibt in Deutschland das Recht der Museen bestehen, vertragliche Fotografierverbote auszusprechen,⁴¹ doch wird der Lichtbildschutz für Abbildungen gemeinfreier Werke abgeschafft werden.⁴² Die am 6. Juni 2019 in Kraft getretene Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt sieht in Art. 14 vor, „dass nach Ablauf der Dauer

37 Gould, Emily / Herman, Alexander: Copyrights in Photographs of Paintings: The UK Approach, the Impact of European Jurisprudence and the Prospects in a Post-Brexit World, in: *Art Antiquity and Law* 22, 2017, S. 159–171.

38 Tribunale Firenze v. 25.10.2017 – RG n° 13758/2017, unter: www.acdon.mulino.it/archivio/2017/3/ordinanza.pdf, bei archive.org archiviert (abgerufen am 22.4.2020). Zu diesem Urteil auch Chielli, Eleonora: Unauthorised Reproductions of Cultural Heritage: Remedies from the Italian Court, in: *Art Antiquity and Law* 23, 2018, S. 95–98.

39 Conseil d'État v. 23.12.2016, N° 378879, ECLI:FR:CECHR:2016:378879.20161223, abrufbar über die Sucheingabe des Aktenzeichens unter: legifrance.gouv.fr (aufgerufen am 19.6.2020); hierzu die kritische Anmerkung von Noual, Pierre: Photographie au musée: la damnation de sainte Véronique ou la méprise du domaine public, in: *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2017, Nr. 136, S. 9–12.

40 Jayme, Erik: Gemeinfreie Kunstwerke – Verwertungsrechte der Eigentümer. Betrachtungen zu dem Urteil des OLG Stuttgart vom 31.5.2017, in: Weller et al. 2018 (wie Anm. 16), S. 78–86, hier S. 86, mit Hinweis auf Conseil Constitutionnel v. 2.2.2018, N° 2017-687 OPC, unter: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017687QPC.htm (abgerufen am 19.6.2020).

41 Schulze 2019 (wie Anm. 20), hier S. 782.

42 Dreier 2019 (wie Anm. 20), hier S. 419.

des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt ist, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.“

Die Diskussion um die richtige Umsetzung dieser Norm in nationales Recht ist angelaufen. Wie zu erwarten sind zahlreiche Einzelheiten umstritten. David Seiler hat noch während des europäischen Beschlussverfahrens der Richtlinie vorgeschlagen, die Freiheit der Reproduktionsfotografie auf den Umfang des Zitatrechts zu beschränken.⁴³ Gernot Schulze spricht sich für eine Umsetzung als eng auszulegende Schranke des Lichtbildschutzes aus,⁴⁴ Felix Stang für eine Bereichsausnahme im Lichtbildschutz selbst.⁴⁵ Lichtbilder, die zum Zeitpunkt der Gemeinfreiwerdung (also am jeweiligen Public Domain Day) noch geschützt sind, sollen ihren Schutz nicht verlieren.⁴⁶ Allerdings gibt der Wortlaut des Art. 14 der Richtlinie dies gerade nicht vor, sondern spricht allgemein von „Material, das [...] entstanden ist“ – die Angabe „nach Ablauf der Dauer des Schutzes“ bezieht sich nicht auf die Entstehung dieses Materials, sondern nur auf den Zeitpunkt des Eintritts der Gemeinfreiheit.⁴⁷ Ferner ist die Ansicht vorgetragen worden, Art. 14 beziehe sich nur auf digitale Kopien.⁴⁸ Aus dem Anlass einer zunehmend digitalisierten Arbeitsumgebung lässt sich aber, wie Felix Stang zutreffend ausführt, keine Schlussfolgerung über den Schutzbereich ziehen.⁴⁹ Eine klare, unmissverständliche Ergänzung des § 72 UrhG wäre zu begrüßen. Sie könnte schlicht lauten: „Ausgenommen sind Lichtbilder, die ein Werk der bildenden Künste wiedergeben, dessen Urheberrechte erloschen sind.“ Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 24. Juni 2020 enthielt stattdessen einen neuen § 68 UrhG: „Erlischt das Urheberrecht an einem visuellen Werk, so erlischt auch der Schutz von Vervielfältigungen dieses Werkes durch verwandte Schutzrechte nach den Teilen 2 und 3.“⁵⁰ Es bleibt abzuwarten, welchen

43 Seiler 2019 (wie Anm. 15), hier S. 249.

44 Schulze 2019 (wie Anm. 20), hier S. 780–781.

45 Stang 2019 (wie Anm. 22), hier S. 673.

46 Schulze 2019 (wie Anm. 20), hier S. 780–781.

47 So im Ergebnis auch Stang 2019 (wie Anm. 22), hier S. 671–672.

48 Hoeren 2019 (wie Anm. 20), S. 246.

49 Stang 2019 (wie Anm. 22), hier S. 672.

50 Der Diskussionsentwurf ist abrufbar über die Website des Ministeriums: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_II_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html (abgerufen am 6.12.2020).

Weg die Gesetzgebung nach dem durchgeführten Konsultationsverfahren letztlich einschlagen wird. Der Weg zu rechtlichen Konzepten, welche die Komplexitäten von Zugang und Eigentum auf eine befriedigende und befriedende Weise regeln, ist noch nicht zu Ende gegangen.⁵¹

Aufhorchen lassen freilich Stimmen, die davon ausgehen, dass sogar reproduzierende Lichtbildwerke frei verwendbar sein sollen. In den FAQ zum Referentenentwurf zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts⁵² ist die Rede von Abbildungen von Skulpturen. Dies würde eine Unterscheidung von vorwiegend reproduzierenden Lichtbildwerken und vorwiegend schöpferischen Lichtbildwerken notwendig machen – eine Rechtsfrage, an der sich einige der vom BGH mit dem Urteil zu den Museumsfotos abgeschlossenen Diskussionen neu entzünden dürften.

ORCID®

Grischka Petri  <https://orcid.org/0000-0002-2548-449X>

51 Ansätze diskutiert beispielsweise Bruncevic, Merima: *Law, Art and the Commons*, Oxon / New York 2018.

52 Die FAQ sind abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht_FAQ.pdf (abgerufen am 6.12.2020).