

Dr. Jannis Lennartz, Dr. Viktoria Kraetzig\*

## Urheberrechtsschutz digitaler Alltagsspuren

### I. Einleitung

Das Urheberrecht schützt Werke, aber dem Urheberrechtler fällt es im Einzelfall zuweilen schwer, zu sagen, ob eine bestimmte „Schöpfung“ ein Werk ist. Deshalb wird ihm von Richtern und Gesetzgeber die immer mit Unsicherheiten verbundene, anspruchsvolle qualitative Wertung abgenommen. Sie wird vermieden dadurch, dass erstens die Schöpfungshöhe für ein Werk interpretativ gebeugt wird und zweitens dem Werk legislativ mit Leistungsschutzrechten kleine Geschwister beigegeben werden, die einen weitgehend identischen Schutzzumfang genießen. Zu Lichtbildwerken und Filmwerken gesellen sich die ebenfalls geschützten Licht- und Laufbilder. Die Erweiterung der Schutzobjekte führt gemessen am Anspruch von §§ 1, 2 UrhG zu einem überschießenden Schutz. Ein Gesetz, welches dem Schutze „persönlicher geistiger Schöpfungen“ der „Literatur, Wissenschaft und Kunst“ dienen soll, behandelt den Schnappschuss vom Schuhkauf wie große Kunst. Deren Schutz schneidet aufgrund ihrer digitalen Proliferation in die Kommunikationskultur des Internets: „User“ sind wegen eines nicht hinreichend begrenzten Werkbegriffs und eines großzügigen Umgangs mit Leistungsschutzrechten bei der Kommunikation mit Bildern mal Rechteinhaber, mal inkriminierte Verletzer des Urheberrechts. Beides ist unpassend. Der Urheberrechtsschutz sollte digitale Alltagsspuren nicht umfassen.

Die Digitalisierung hat zwei verbundene Folgen, welche die im Rechtsvergleich ungewöhnliche deutsche Ausgestaltung unhaltbar machen und den Reformbedarf begründen. Zum einen führt die vereinfachte Herstellung von Licht- und Laufbildern zu ihrer ungehörigen Vermehrung und Verwendung in digitaler Kommunikation. Zum anderen fällt der Aufwand als Kriterium für die Anerkennung eines Werks oder einer Leistung als schützenswert weg. Ohne die alten technischen Grenzen müssen Juristen ihre Arbeit machen: den Werkbegriff qualitativer verstehen und der Anwendung des Urheberrechts jenseits seiner Grenzen skeptisch gegenüberstehen. Dies nicht nur ob der betroffenen Grundrechte, sondern auch um der schöpferischen Leistung willen. Eine deutsche Reform oder eine Harmonisierung aus der Hand des Unionsgesetzge-

\* Dr. Jannis Lennartz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt Universität zu Berlin. Dr. Viktoria Kraetzig ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Goethe-Universität, Frankfurt am Main.

bers wäre eine wirkliche Reformation: eine Rückkehr zu den Wurzeln des Faches.<sup>1</sup> Der folgende Beitrag soll helfen, den juristischen Blick auf sie freizugeben. Dies geschieht in drei Schritten: In II. wird der Status quo der Schutzobjekte beschrieben, um anschließend auf dessen Folgen einzugehen. In III. werden die technisch bedingten Veränderungen und ihre Nachteile für das Fach und seinen Schutzgegenstand ausgewiesen, in IV. werden die negativen Folgen für Dritte, damit zugleich der verfassungsrechtliche Rahmen des Urheberrechts, in den Blick genommen. Der Beitrag schließt in V. mit einem Fazit.

## II. Das Werk und seine Geschwister

### 1. Der gebeugte Werkbegriff

#### a) Individualität ohne Zug zum Höheren?

Ein Fach, das die Schaffung von Neuem rechtlich prämiert, darf sich nicht an alte Formen binden. Zugleich hat jede neue Form der Vervielfältigung von Werken Folgen für den Gegenstand des Faches. Dem trägt ein offener Werkbegriff Rechnung: Nach § 2 Abs. 1 UrhG ist das Werk eine persönliche geistige Schöpfung.<sup>2</sup> Der EuGH hat sich die deutsche Definition inzwischen zu eigen gemacht.<sup>3</sup> Das sekundäre Unionsrecht selbst, welches das nationale Urheberrecht heute weitestgehend überwölbt, macht gerade an der Eingangstür zum Fach keine Vorgaben – ein Umstand, an dem die Harmonisierung im Binnenmarkt leidet und welche durch die rudimentäre Luxemburger Rechtsprechung allein nicht ausgeglichen werden kann. Dort, wo das Sekundärrecht harmonisiert, nämlich den Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken,<sup>4</sup> führt die Harmonisierung allerdings zu einer Banalisierung der Schöpfungsleistung.<sup>5</sup>

§ 2 Abs. 1 UrhG zählt lediglich bekannte Formen der Verkörperung des klassisch als geistig verstandenen Werkes auf.<sup>6</sup> Statt über die Form wird das Werk in Abs. 2 qualitativ bestimmt: „Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.“ Dieser Status hängt aber primär nicht an dem Maß an Wert, das einem Werk at-

1 So bereits *Lennartz/Kraetzig*, Werk ohne Wert, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 31.08.2022, S. 11.

2 Für eine Übersicht über den Werkbegriff siehe *Dreier/Schulze/Schulze*, *Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl. 2022, UrhG § 2. Zur Entstehung des einheitlichen Werkbegriffs siehe *Sommer*, *Die Geschichte des Werkbegriffs im deutschen Urheberrecht*, 2017, S. 171 ff.

3 Siehe EuGH Urt. v. 13.11.2018, Rs. C-310/17 – *Levola Hengelo*; EuGH, Urteil v. 12.09.2019, Rs. C-683/17 – *Cofemel*; EuGH, Urt. v. 01.12.2011, Rs. C-145/10 – *Painer* (noch zur Auslegung von Art. 6 Richtlinie 93/98/EWG).

4 Siehe Art. 1 Abs. 3 Software-RL und Art. 3 Abs. 1 Datenbank-RL.

5 Hierzu *Dreier/Schulze/Schulze*, *Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl. 2022, UrhG § 2 Rn. 127 und 131; *Hansen*, *Warum Urheberrecht?*, 2009, S. 42 ff., 47 ff.; zur Schutzweiterung früher bereits *Strömholm*, *GRUR Int* 1989, 15.

6 Für eine alternative Beschreibung, welche ohne den ontologisch anspruchsvollen Status des Geistes auskommt, siehe *Peukert*, *Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts*, 2018.

tribuiert wird, sondern an dem Maß der Persönlichkeitsausprägung des Schöpfers im Werk: seiner Schöpfungshöhe.<sup>7</sup> Es handelt sich insoweit um eine subjektive Qualität, keinen objektiven Maßstab, den Wert des Werkes als solches. Die Begründung des UrhG betont passend hierzu den Schutz des Schöpfers, nicht des Werkes und stellt das Element der „persönlichen Formgebung“ heraus.<sup>8</sup> Dieser wird eine Abgrenzungsleistung zugetraut: „Durch die Individualität unterscheidet sich das urheberrechtlich geschützte Werk von der nicht geschützten Masse des Alltäglichen, des Banalen, der sich im üblichen Rahmen haltenden Erzeugnisse.“<sup>9</sup>

Ist ein Werk einfach nur Muster für ein Objekt, das Spuren eines Subjekts trägt? Hier läge ein Missverhältnis begründet.<sup>10</sup> Zum einen wäre der normative Grund des Schutzes unklar: Welchen Wert hat persönlicher Ausdruck, der bei anderen keinen Eindruck macht? Es ist schwer zu begründen, welchen generellen Wert die Ergebnisse von Individualität haben sollen. Anzunehmen, dass jeder Ausdruck kostbar ist, ist eine erstaunlich demokratische Romantik. Eine ökonomische Begründung, wie man sie für das Patentrecht und ihre Erfindungshöhe problemlos geben kann, fällt hier schwer.<sup>11</sup> Eine Begründung aber braucht es. Werke unterliegen anders als Land oder physische Gegenstände keiner natürlichen Begrenzung in der Nutzung, mit der sich ihre Zuweisung begründen ließe, nach dem Muster: Wenn nur einer es haben kann, dann der, der es schuf. Die Verknappung geistiger Objekte ist anders als bei physischen nicht der Nachvollzug natürlicher Umstände, sondern immer künstlich.<sup>12</sup> Dieser künstliche Ausschluss hat nur Wert für den Schöpfer, wenn das Gut, von dem er ausschließen kann, eine Wertzuschreibung durch Dritte erfährt. Dann lässt sich diese aber auch zur Bedingung einer Subsumtion unter den Werkbegriff machen, anstatt bei der Individualität stehen zu bleiben.

Zum anderen würde das Urheberrecht ohne klaren Grund übermäßig die Rechte Dritter berühren. Denn rechtlich ist das Urheberrecht keine kleine Münze. Es weist seinem Inhaber ein Ausschließlichkeitsrecht zu, monopolisiert so Kultur und damit faktisch auch Informationen.<sup>13</sup> Denn sind Informationen als solche dem Urhe-

7 M.w.N. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 2 Rn. 51.

8 BT-Drs. IV/270, S. 37. Zur Entstehung des Fokus des Rechts auf den Autor siehe Bosse, Autorschaft ist Werkherrschaft, 2014; Strömholm, GRUR Int 1989, 15. Zum Autor als literaturwissenschaftliche Kategorie in der Interpretation siehe Spoerbase, Autorschaft und Interpretation, 2007.

9 Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 2 Rn. 53.

10 Ähnlich zur Qualitätsfrage Rehbinde/Peukert, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, S. 67 ff.

11 Insgesamt (am Beispiel des Buchmarktes) skeptisch Breyer, The Uneasy Case for Copyright, Harvard Law Review, Dec., 1970, Vol. 84, No. 2 (Dec., 1970), S. 281.

12 Es handelt sich um nicht-rivalisierende, nicht-exklusive Güter, weshalb die Gemeinfreiheit den normativen Normalfall darstellt. Hierzu Peukert, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, S. 4 ff.

13 Das Urheberrecht weist dem Rechteinhaber nicht nur positive Nutzungs- ebenso wie negative Verbotsrechte zu, sondern dessen Verletzung ist gar strafrechtlich sanktioniert (§§ 106 ff. UrhG).

berrechtsschutz auch nicht zugänglich,<sup>14</sup> liegt urheberrechtlichen Werken, ebenso wie über das Leistungsschutzrecht geschützten Inhalten, ein informatorischer Gehalt inne, welcher von seiner schöpferischen Gestaltung zumeist nicht losgelöst werden kann.<sup>15</sup> All das lässt sich nur rechtfertigen, wenn man Werken einen Wert, Leistungsschutzrechten eine Leistung beimessen kann. Das Urheberrecht rechtfertigt sich schließlich *auch* aus ökonomischem Kalkül: Die Gewährung von Vorteilen soll dem Urheber nicht nur eine angemessene Vergütung sichern, sondern die damit verbundene Prämie für neue Werke zu einem am Ende für alle nützlichen Mehr an Kulturwerten führen.<sup>16</sup> Die Bedeutung einer qualitativen Schwelle wird auch im Kontrast mit den anderen Ausschließlichkeitsrechten deutlich. Die Rechtszuschreibung erfolgt im Urheberrecht ohne formale Voraussetzungen. Es bedarf keines Amtes, keiner Registrierung für den Rechtserwerb. Dieses Weniger an Form kann nur dadurch ausgeglichen und gerechtfertigt werden, dass einem Werk seine Schutzfähigkeit auf der Stirn stehen muss: „ecce, ein Werk!“.

Das urheberrechtliche Werk ist heute umgeben von einer Legion aus Leistungsschutzrechten. Solche Rechte erhöhen die Reichweite des Urheberrechts in einem weiten Sinn, schützen aber zugleich den klassischen Werkbegriff – er muss nicht überdehnt werden, um nach Auffassung des Gesetzgebers schützenswerte Belange zu Rechten zu machen. Sie führen freilich auch dazu, dass sich mit dem Werkbegriff gar nicht erst auseinandergesetzt werden muss, befreien den Rechtsanwender von dessen Auslegung. Wenn ohnehin ein Schutz aus Leistungsschutzrecht greift, kann eine Auslegung und Subsumtion unter den Werkbegriff ausbleiben.<sup>17</sup>

Ganz auf den Ausdruck des Schöpfers ist der Werkbegriff nicht reduziert. Denn der BGH formuliert anlässlich des Geburtstagszuges einen objektiven, auf den Eindruck Dritter zielenden Maßstab: „Eine persönliche geistige Schöpfung ist eine Schöpfung individueller Prägung, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht hat, dass nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise von einer ‚künstlerischen‘ Leistung gesprochen werden kann (...).“<sup>18</sup> Die Gestaltungshöhe wird verstanden als „Grad des ästhetischen Gehalts“ und zielt hiernach auf den Eindruck des Werkes beim Dritten.<sup>19</sup> Die Rechtsprechung

14 „Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas [...]“, so Art. 9 Abs. 2 TRIPS; der urheberrechtliche Schutz erstreckt sich nicht auf die Aussagen (Ideen, Informationen) von Schriftwerken, siehe *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, S. 21.

15 *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881.

16 *Benkler*, Law & Contemp., 2003 (66), 173, 183 („Copyright also provides incentives for creators to write more and thereby enrich the information universe within which a democracy functions“; in diesem Sinne auch *Jehoram*, GRUR Int. 1983, 385, 388 („... copyright is one of the oldest means of securing freedom of expression and information.“); kritisch insoweit *Goldstein*, Copyright’s Highway, From the Printing Press to the Cloud, 2. Aufl. 2019, S. 9.

17 Siehe nur *GA Campos Sánchez-Bordona*, SchlA v. 25.04.201, Rs. C-161/17, Rn. 53 ff. – Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoof [Córdoba].

18 BGH, GRUR 2014, 175, 176 – Geburtstagszug. Auch diese Formulierung wird als ausdrucks-, nicht eindrucksbezogen verstanden von *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner*, 6. Aufl. 2020, Urheberrecht, UrhG § 2 Rn. 67.

19 BGH, GRUR 2014, 175, 176 – Geburtstagszug.

neigt gleichwohl zur Ausweitung des Urheberrechtsschutzes. Dies weniger durch das Absenken der Anforderungen an den Werkbegriff, welcher im Grundsatz gleichbleibt, sondern durch die Subsumtion immer banalerer Inhalte. Die Banalität liegt hierbei nicht im Träger des Werkes, sondern dessen geistigem Gehalt: Sollten Kochrezepte<sup>20</sup> oder Gebrauchsanleitungen<sup>21</sup> als urheberrechtliches Werk geschützt sein?

## b) Das Qualitätsversprechen der Trias von Literatur, Wissenschaft und Kunst

Die §§ 1, 2 UrhG geben einem qualitativen Ansatz eine Grundlage. Dieser stellt statt auf den bloßen Ausdruck, das heißt die Verbindung von Schöpfer und Werk, auf den Eindruck des Werkes auf Dritte ab. Der über jedweden schöpferischen Ausdruck hinausgehende, qualitative Ansatz zeigt sich darin, dass das UrhG ohne allzu viel Beachtung seiner Kommentatoren sowohl in § 1 wie in § 2 von Werken der „Literatur, Wissenschaft und Kunst“ spricht<sup>22</sup> und so „den sachlichen Geltungsbereich des Urheberrechts“<sup>23</sup> umreißt. Die Trias schließt an Art. 4 der Berner Übereinkunft an, welcher die geschützten Werke wie folgt charakterisiert: „jedes Erzeugnis aus dem Bereiche der Literatur, Wissenschaft oder Kunst, welches im Wege des Drucks oder sonstiger Vervielfältigung veröffentlicht werden kann.“

Man kann in der Trias sicher eine Spur der Vorgeschichte des einheitlichen Werkbegriffes sehen, aber er impliziert auch einen normativen Gehalt. Die Trias umfasst Formen geistigen Schaffens, für welche gerade qualitative Maßstäbe gelten und welche klassisch, d.h. zum Zeitpunkt ihrer Fixierung, noch als Annäherungen an das Wahre, Gute, Schöne verstanden werden. Zugleich haben sie einen exklusiven Charakter: Nicht jeder ist Literat, Wissenschaftler oder Künstler. Nicht jeder kann es sein. Vor allem ist es keine Frage der Selbstzuschreibung, ob man in diese Gruppe fällt. Hier scheint der emphatische Werk- und Schöpferbegriff auf, der dem deutschen Urheberrecht unter allen populären Ausweitungen zu Grunde liegt und der auch in der Differenzierung von Urheber- und Leistungsschutzrechten sowie von Verwertungs- und Urheberpersönlichkeitsrechten zum Ausdruck kommt.<sup>24</sup> In ihm liegt das Versprechen

20 Hierzu Dreier/Schulze/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, UrhG § 2 Rn. 102.

21 Hierzu BGH GRUR 1993, 34, 36 – Bedienungsanweisung.

22 Die Kommentare sind sich einig, dass die Trias weit auszulegen sei – und „belegen“ es nicht mit Argumenten, aber dafür Verweisen auf den jeweils anderen Kommentar. Eindrücklich Schrickler/Loewenheim/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 1 Rn. 2; Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, UrhG § 1 Rn. 4. Ein Abgrenzungswert wird der Trias zumindest innerhalb des Immaterialgüterrechts zugeschrieben, im Rahmen der Abgrenzung zu technischen Leistungen, hierzu Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl. 2020, UrhG § 2 Rn. 27a.

23 *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 2018, S. 61 ff.; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 2 Rn. 1.

24 Zur Herkunft dieser Prägung *Bosse*, Autorschaft ist Werkherrschaft, 2014; *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, S. 80 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, 2009, S. 23 ff., 40 ff. zur „Erosion des urheberzentrierten Paradigmas“ als Grund der Legitimationskrise des Urheberrechts.

vom Wert des Werkes begründet, das seinen Schutz überhaupt erst eingängig macht. Durch die Verwendung der Trias ist er im deutschen UrhG positiviert.

Manche Kommentierungen geben der Trias eine deutlich geringere Bedeutung und kein qualitatives Potential bei. So heißt es etwa im Schrickler/Loewenheim zum Werkbegriff: „Mit ihm ist kein Urteil über den künstlerischen, literarischen oder wissenschaftlichen Wert einer Gestaltung verbunden.“<sup>25</sup> Die Trias wird hier nicht als Qualitätsschwelle beschrieben: „Unerheblich für die Werkeigenschaft ist ferner die literarische, künstlerische oder wissenschaftliche Qualität einer Gestaltung.“<sup>26</sup> So verstanden, taugt die Trias nur noch zur Abgrenzung zur Technik. Die Kommentierung argumentiert folgerichtig vor dem Hintergrund einer Annahme, dass das Fach und sein Gegenstand einen Wandel zu einem „Recht der Kulturwirtschaft“ genommen hat, dessen Akteure „Arbeitnehmer und Bedienstete“ sind.<sup>27</sup> Nur bleibt es unklar, warum diese Bandarbeiter des Geistes mit Ausschließlichkeitsrechten prämiert werden sollen. Auch würde der Rechteerwerb durch Eintragung viel eher zu so einem industriellen Wirtschaftskomplex passen. Es gibt ja eigene Rechte für diese Felder, weshalb es wenig Grund gibt, Urheberrecht als Wettbewerbsrecht zu betreiben.<sup>28</sup> Dem Urheberrecht ist nicht nur der einzelne Schöpfer, sondern mit der Formlosigkeit der Entstehung auch ein bestimmtes, individuelles Bild der Schöpfung eingeschrieben.

Ohne Qualitätsanspruch kommt man schnell zum Satz: „What is worth copying is prima facie worth protecting“.<sup>29</sup> Aber gerade die Überzeugungskraft dieser Position fällt gemeinsam mit den für manche Werktypen gegen Null gehenden digitalen Vervielfältigungskosten.<sup>30</sup> Der emphatische Werkbegriff der Aufklärungszeit ist in Anbetracht des technischen Fortschritts stabiler als die vermeintlich pragmatische Position. Die Kleininterpretation der Trias kann daher im Angesicht des immer weiter fallenden Aufwandes der Herstellung und Vervielfältigung nicht überzeugen: Literatur, Wissenschaft und Kunst erfahren gerade deshalb gesellschaftliche Wertschätzung, weil sie Formen von als gesellschaftlich kostbar wahrgenommener Individualität repräsentieren. Individualität, die nicht in diese Trias fällt, verdient (unabhängig von den genauen Kriterien der Bewertung)<sup>31</sup> keine generelle Wertzuschreibung, an welche Ausschließlichkeitsrechte erga omnes geknüpft sind.

25 Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 2 Rn. 2.

26 Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 2 Rn. 67.

27 Schrickler/Loewenheim/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, Einl. UrhG Rn. 4.

28 In diese Richtung auch *Obly*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/2 Sitzungsberichte, 2015, Abteilung Urheberrecht, Diskussion, O 141.

29 University of London Press v University Tutorial [1916] 2 Ch 601.

30 Hierzu in III.

31 Mit der empirischen Beobachtung, dass Bekanntheit des Schöpfers und Aufwand der Hersteller die Anerkennungschance vermehren, *Bisges*, GRUR 2015, 540.

Nichts anderes folgt aus dem verfassungsrechtlichen Kunstbegriff.<sup>32</sup> Kunst ist keine Spielwiese, deren Ränder allein durch die Spieler bestimmt werden.<sup>33</sup> Das Urheberrecht ist gegenüber der sehr frei gehandhabten Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und dem Bundesverfassungsgericht mit seinem sogenannten „offenen Kunstbegriff“ zu einem Mehr an Begriffsarbeit verpflichtet. Das Verfassungsrecht muss zwangsläufig mit einem Bereich des gleich Guten umgehen, welchen der demokratische Wille füllt. Die Verfassung begrenzt als Rahmenordnung Gestaltungsräume, lässt aber insbesondere im Bereich der Grundrechte Raum für eine große Varianz an demokratischer Gestaltung durch Gesetz.<sup>34</sup> Im Urheberrecht geht es um genau diese präzisierende Gestaltung. Weil das Verfassungsrecht Raum für das Urheberrecht lassen muss, kann sich das Urheberrecht nicht hinter dem Verfassungsrecht verstecken. Nicht nur die normtypbedingte Regelungstiefe, auch die Zwecke unterscheiden sich: Während das Urheberrecht schöpferische Leistung prämiert, soll die im Rechtsvergleich ungewöhnliche Kunstfreiheit, die nicht zum klassischen Kanon der Freiheitsrechte gehört, nach den totalitären Erfahrungen die Möglichkeiten des staatlichen Zugriffs auf die Kunst begrenzen.<sup>35</sup> Es ist ganz etwas anderes, ob ein weiter verfassungsrechtlicher Kunstbegriff staatliches Handeln manchmal zu sehr limitiert oder das Urheberrecht mangels Begriffsarbeit so in die Breite geht, dass es nicht nur unhandlich wird, sondern zudem die Rechte Dritter beschränkt. Dergleichen ist dann nicht mehr grundrechtliche Vorgabe, sondern gerade ein grundrechtliches Problem.

## 2. Licht- und Laufbildschutz jenseits des Werkbegriffs

Das UrhG schützt jede Fotografie, jede Videosequenz – auch solche, die nicht die (wie beschrieben abgesenkte) Werkschwelle des § 2 Abs. 2 UrhG nehmen, keine persönlichen geistigen Schöpfungen sind.<sup>36</sup> Der Werkcharakter entscheidet daher weder über das „Ob“ des Schutzes, noch über dessen „Wie“. Nur die Schutzdauer ist von der

32 Zu diesem Dreier/*Wittreck*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2018, GG Art. 5 III Rn 39. Aus unterschiedlichen Perspektiven zum Verhältnis von Kunstfreiheit und Urheberrecht *Dahm*, Der Schutz des Urhebers durch die Kunstfreiheit, 2012; *Kahl*, Zum Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Urheberrecht, 2023. Während Kahl das Verhältnis als ein negatives begreift, insofern als die Kunstfreiheit das Urheberrecht im Rahmen der urheberrechtlichen Schranken beschränkt, anstatt ihm Form zu geben, plädiert Dahm für eine stärkere Berücksichtigung der Kunstfreiheit im Werkbegriff, unterlässt aber die dafür notwendige Präzisierung der Kunstfreiheit. Das Verhältnis von Kunstwerk und urheberrechtlichem Werk bleibt ein dogmatisches Desideratum.

33 Demgegenüber die Offenheit der Kunst betonend Dreier/*Schulze/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, UrhG § 1 Rn. 4.

34 Zu einem der Demokratie Raum lassenden Grundrechtsverständnis *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1.

35 Zur Kontrolle des kulturellen Lebens in der Nazi-Diktatur und der DDR, *Plachta*, Zensur, 2006, S. 170 ff.

36 Zum Schutz von Fotografien in Deutschland vor Inkrafttreten des UrhG siehe *A. Nordemann*, in: Gendrau/A. Nordemann/Oesch (Hrsg.), Copyright and Photographs, 1999, S. 135, 136.

Werkfähigkeit abhängig. Die Gesetzesbegründung bezeichnet die weitgehende Gleichstellung als „an sich ungewöhnlich und mit der Ausgestaltung der anderen Leistungsschutzrechte nicht voll vereinbar.“<sup>37</sup> Und in der Tat: Leistungsschutzrechte emanzipieren klassisch den Verwerter vom Urheber oder weisen Rechte in Konstellationen zu, in denen das Mittun Vieler erforderlich ist, ohne dass eine klare Zuweisung an einen Schöpfer möglich ist – das klassische Beispiel hierfür ist der Film.<sup>38</sup> Beim Lauf- und Lichtbildschutz liegt es anders. Hier wird keine distinkte Leistung, kein spezifischer Beitrag innerhalb der Wertschöpfungskette prämiert, sondern der Werkschutz auf Nicht-Werke ausgedehnt. Ihr Schutz ist ein großes „Trotzdem“, dessen normativer Grund unklar bleibt. Die Gesetzesbegründung nennt diesbezüglich allein die Tradition sowie „unüberwindliche“ Probleme der Abgrenzung als Grund der Gleichbehandlung.<sup>39</sup> *Obly* weist zurecht darauf hin, dass damit eine Prämisse des gesamten Immaterialgüterrechts in Frage gestellt wird. Dieses lebe davon, dass der Schutzgegenstand von gemeinfreien Trivialitäten abgegrenzt wird: „Vor dieser Abgrenzung zu kapitulieren, ist eines Immaterialgüterrechtlers unwürdig.“<sup>40</sup> In seinem Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag hatte er die Abschaffung des deutschen Licht- und Laufbildschutzes gefordert<sup>41</sup> und auch im Rahmen der Diskussion nochmals betont: Beim Leistungsschutzrecht für Lichtbilder fehlt es an einer Legitimation. Mit den Investitionen, die z.B. das Tonträgerherstellerrecht rechtfertigen, könne der leistungsschutzrechtliche Lichtbildschutz gerade nicht legitimiert werden. Die klassische deontologische und ökonomische Grundlage des Urheberrechts werde verlassen, es gehe mehr um einen „wettbewerblichen Leistungsschutz“.<sup>42</sup> Im Ergebnis wurde der Reformvorschlag mit 18:21:7 Stimmen abgelehnt.<sup>43</sup>

- 37 BT-Drs. IV/270, S. 88 f.; zur Begründung auch *Apel*, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts (§ 72 UrhG), FS Vogel, 2017, S. 205, 217; hierzu auch *Obly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, 2014, F 37.
- 38 Anschaulich am historischen Beispiel zum Filmrecht in der Zwischenkriegszeit und die Kontroverse Georg Roebens vs. Carl Schmitt bei *Götz von Olenhuse*n, in: FS Vogel, 2017, S. 85.
- 39 So in Bezug auf den Schutz von Lichtbildern, BT-Drs. IV/270, S. 89.
- 40 Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/2 Sitzungsberichte, 2015, Abteilung Urheberrecht, Diskussion, O 141.
- 41 *Obly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, 2014, F 127, 5. These („Das Leistungsschutzrecht für Lichtbilder, Laufbilder und Presseerzeugnisse soll abgeschafft werden.“).
- 42 Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/2 Sitzungsberichte, 2015, Abteilung Urheberrecht, Diskussion, O 141. Wurde der Abschaffung auch durchaus zugestimmt, so zum Beispiel von *Peukert*, der auf eine fehlende Rechtfertigung des Lichtbildschutzes hinwies (Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/2 Sitzungsberichte, 2015, Abteilung Urheberrecht, Diskussion, O 125 f.). Es wurden aber ebenso kritische Stimmen laut. So sprach sich zum Beispiel *Peifer* eher für eine Abkürzung der Schutzfrist aus (Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/2 Sitzungsberichte, 2015, Abteilung Urheberrecht, Diskussion, O 117).
- 43 Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/2 Sitzungsberichte, 2015, Abteilung Urheberrecht, Diskussion, O 198, 7. a).

Die deutsche Ausgestaltung ist völkerrechtlich möglich, aber nicht zwingend. Als Werke der Kunst umfasst Art. 2 Abs. 1 RBÜ Filmwerke und photographische Werke.<sup>44</sup> Art. 7 Abs. 4 RBÜ enthält lediglich eine Mindestschutzdauer: Die Verbandsländer können die Schutzdauer für Werke der Fotografie festsetzen, die Dauer darf jedoch nicht weniger als 25 Jahre seit der Herstellung der Fotografie betragen.<sup>45</sup> Davon abgesehen ist es den Konventionsstaaten überlassen, wie sie das Schutzregime für Fotografien ausgestalten.<sup>46</sup>

Die nationalen Schutzsysteme für Fotografien unterscheiden sich auch innerhalb der EU. Es gibt monistische, dualistische und dreigleisige Schutzkonzepte.<sup>47</sup> So werden im monistischen System von Frankreich Fotografien wie alle anderen Werkarten behandelt: Für einen Urheberrechtsschutz müssen sie sich als Werk qualifizieren.<sup>48</sup> Nach Artikel L. 112–2 9° Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) sind nur „fotografische Werke“ geschützt, die eine hinreichende Originalität aufweisen („un caractère original“). Schon im Begriff kommt zur Geltung, dass das Schutzobjekt mehr als das Ergebnis eines technischen Vorgangs sein muss.<sup>49</sup> Schnappschüsse unterhalb der Werkschwelle genießen in Frankreich keinen urheberrechtlichen Schutz – auch wenn in ihnen technische Fertigkeit zum Ausdruck kommt.<sup>50</sup> Andere Länder haben sich hingegen für ein mehrspuriges Schutzsystem für Fotografien entschieden, so zum Beispiel Spanien, Italien, Österreich und Deutschland: Neben den Werkschutz tritt ein Leistungsschutz für Fotografien, welche die Voraussetzungen eines Werkes nicht erfüllen.<sup>51</sup> In Italien hat man ein dreistufiges Schutzkonzept für Fotografien normiert. Es wird unterschieden zwischen: fotografischen Werken, einfachen Fotografien und Fotografien zur reinen Dokumentation.<sup>52</sup> Ein urheberrechtlicher Schutz wird gewährt, wenn die fotografischen Werke einen kreativen Charakter aufweisen, also das Ergebnis einer freien und

44 *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright and Neighbouring Rights, 2022, 8.49.

45 Tiefgehend zur Entwicklung des Fotoschutzes in der Berner Übereinkunft, *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright and Neighbouring Rights, 2022, 9.28 f.; *Walter*, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, 2001, S. 593; mit einer Übersicht zu den Schutzfristen in den Mitgliedstaaten der EU v. *Lewinski*, GRUR Int 1992, 724, 728.

46 *Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, 2010, 8.6.1.

47 Hierzu *Fabris*, Copyright Protection of Photographs: a Comparative Analysis Between France, Germany and Italy, Kluwer Copyright Blog 21.12.2022.

48 Das Gesetz von 1957 hatte in Art. 3 noch einen urheberrechtlichen Schutz für Fotografien künstlerischen oder dokumentarischen Charakters vorgesehen, letzterer wurde mit der Nouvelle 1985 aber wieder beseitigt.

49 *Gendreau*, in: *Gendreau/A. Nordemann/Oesch* (Hrsg.), Copyright and Photographs, 1999, S. 117, 118.

50 Cour d'appel de Paris, 5 décembre 2007, 06/15937, abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018632722>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023; Cour d'appel de Paris, Pôle 5 chambre 2, 24 février 2012, n° 10/10583, abrufbar unter <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2012/R1E3E47443DD1B7195548>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

51 Hierzu COM (1992)0033 final, Part I Nr. 8 und 09; *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, 2010, 8.6.13.

52 *Ubertazzi*, in: *Gendreau/A. Nordemann/Oesch* (Hrsg.), Copyright and Photographs, 1999, S. 161, 163.

kreativen Entscheidung („scelte libere e creative“) des Fotografen sind.<sup>53</sup> Einfache Fotografien, welche die vorgenannten Kriterien nicht erfüllen, werden leistungsschutzrechtlich nach Art. 87 (1) des italienischen Urheberrechtsgesetzes (L. 633/1941) geschützt.<sup>54</sup> Art. 87 (2) enthält die Abgrenzung zu Fotografien zur reinen Dokumentation und die Klarstellung, dass solche bloßen Vervielfältigungen von Schriften, Dokumenten, Geschäftspapieren, materiellen Gegenständen, technischen Zeichnungen und ähnlichen Erzeugnissen keinen leistungsschutzrechtlichen Schutz beanspruchen können. Der italienische Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass in Bezug auf derartige Fotografien das wirtschaftliche Interesse des Fotografen hinter dem öffentlichen Informationsinteresse zurücktreten muss.<sup>55</sup> In Österreich wurde mit der öUrhG-Nov 1953 ein doppeltes Schutzsystem für Lichtbildwerke (§ 3 Abs. 2 öUrhG) und bloße Lichtbilder (§ 73 ff. öUrhG) eingeführt.<sup>56</sup> Diese zweigleisige Struktur urheberrechtlichen und leistungsschutzrechtlichen Schutzes hat das deutsche UrhG übernommen.<sup>57</sup> Das deutsche zweispurige Schutzkonzept eines vollen Urheberrechtsschutzes mit parallelem Leistungsschutzrecht wird nachfolgend dargestellt.

#### a) Lichtbildwerke vs. Lichtbilder

Jede Fotografie ist mindestens als Lichtbild i.S.v. § 72 UrhG, bei Werkfähigkeit zusätzlich als Lichtbildwerk i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhG geschützt. Damit ist jede alltägliche Amateuraufnahme, jedes Knippsbild mit dem Handy jedenfalls leistungsschutzrechtlich geschützt. Die dem Urheber bzw. Lichtbildner zustehenden Rechte sind identisch: Nach § 72 Abs. 1 UrhG gelten die für Lichtbildwerke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG geltenden Vorschriften für Lichtbilder entsprechend – dem Lichtbildner stehen damit dieselben persönlichkeitsrechtlichen, dieselben verwertungsrechtlichen Befugnisse wie dem Urheber eines Lichtbildwerkes zu.<sup>58</sup> Allein die Schutzdauer hängt am Werkcharakter: Lichtbildwerke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG genießen nach § 64 UrhG bis siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers Schutz. Als Lichtbildwerke sind solche Aufnahmen geschützt, die sich durch ihre Individualität gegenüber dem Alltäglichen abheben – sei es durch besondere Bildausschnitte, Licht- und Schattenkontraste oder ungewohnte Perspektiven.<sup>59</sup> Dem Lichtbildner einer Fotografie, welche sich nicht

53 *Ubertazzi*, in: Gendrau/A. Nordemann/Oesch (Hrsg.), *Copyright and Photographs*, 1999, S. 161, 164f.

54 *Ubertazzi*, in: Gendrau/A. Nordemann/Oesch (Hrsg.), *Copyright and Photographs*, 1999, S. 161, 169.

55 *Fabris*, *Copyright Protection of Photographs: a Comparative Analysis Between France, Germany and Italy*, Kluwer Copyright Blog, Beitrag v. 21.12.2022.

56 *Walter*, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, S. 594.

57 *Walter/v. Lewinski*, *European Copyright Law*, 2010, 8.6.6.

58 *Dreier/Schulze/Schulze*, *Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl. 2022, UrhG § 72 Rn. 16.

59 Hierzu *Erdmann*, in: *FS Bornkamm*, 2014, 761, 764.

als persönliche geistige Schöpfung i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG qualifiziert, steht aus seinem Leistungsschutzrecht nach § 72 UrhG ein reduzierter Schutz von 50 Jahren zu.<sup>60</sup>

Das zweigleisige Schutzsystem für Lichtbildwerke und Lichtbilder ist ein nationales Konstrukt. Das Unionsrecht harmonisiert nur den Schutz von Fotografien, die individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind (Art. 6 Abs. 1 Schutzdauer-RL<sup>61</sup>). In der Umschreibung der erforderlichen Originalität übernimmt die Schutzdauer-RL die Formulierung aus Art. 1 Abs. 3 Software-RL, somit deren reduzierten Originalitätsbegriff, nach dem keine anderen Kriterien herangezogen werden dürfen.<sup>62</sup> Nach Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 muss die Schutzfrist derartiger Fotografien – anders als nach Art. 7 Abs. 4 RBÜ 70 Jahre betragen. Hierin liegt der Harmonisierungseffekt.<sup>63</sup> Das Sekundärrecht überlässt es jedoch den Mitgliedstaaten, einen Schutz für „andere Fotografien“ – also solche, die keine eigene geistige Schöpfung darstellen – in ihren nationalen Urheberrechtsordnungen vorzusehen (Art. 6 Abs. 3 Schutzdauer-RL, 16. ErwGrd. der Schutzdauer-RL).<sup>64</sup> Die nationalen Rechtsordnungen können somit einen ergänzenden (leistungsschutzrechtlichen) Sonderschutz für nicht-werkfähige Fotografien normieren, müssen dies aber nicht. Die Mitgliedstaaten sind völlig frei darin, ob und wie sie „einfache“ Lichtbilder schützen.

## b) Filmwerke vs. Laufbilder

Entsprechend ist auch der Schutz von Videosequenzen ausgestaltet: Jede Bildfolge und Ton- und Bildfolge ist zumindest als Laufbild i.S.v. § 95 UrhG, bei Werkfähigkeit zugleich als Filmwerk i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2 UrhG geschützt. Somit ist jedes wackelige Handyvideo jedenfalls über Leistungsschutzrecht geschützt. Der ergänzende Leistungsschutz soll der Rechtssicherheit dienen. Denn bei der Herstellung eines Filmes sei nicht immer vorauszusehen, ob der Film Werkqualität erreichen oder mangels schöpferischer Gestaltung der Bildfolge lediglich ein Laufbild bleiben wird.<sup>65</sup> Er soll zudem Abgrenzungsprobleme vermeiden.<sup>66</sup> Das Urheberrecht versteht den Begriff des

60 Vor dem Dritten ÄnderungsG vom 23.06.1995 normierte § 72 a.F. UrhG eine differenzierte Schutzfrist: 50 Jahre Schutzfrist für Aufnahmen, die als Dokumente der Zeitgeschichte anzusehen waren, und 25 Jahre für andere Aufnahmen.

61 Richtlinie 2006/116/EG v. 12.12.2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte.

62 *Walter*, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, S. 592, 595.

63 So *Dietz*, GRUR Int 1995, 670, 677.

64 Hierzu *Schricker/Loewenheim/Vogel*, *Urheberrecht*, 6. Aufl. 2020, UrhG § 72 Rn. 11 und 12; *Fromm/Nordemann/A. Nordemann*, 12. Aufl. 2018, UrhG § 72 Rn. 4; zur Entstehungsgeschichte von Art. 6 der Schutzdauer-RL, siehe *Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, *European Copyright Law*, 2010, 8.6.2.

65 BT-Drs. IV/270, S. 102.

66 *Dreier/Schulze/Schulze*, *Urheberrechtsgesetz*, 7. Aufl. 2022, UrhG § 95 Rn. 1.

Laufbildes<sup>67</sup> dabei entwicklungs offen: Das verwendete Aufnahmeverfahren, der Inhalt und Verwendungszweck ebenso wie der Umstand, ob eine körperliche Aufzeichnung stattfindet oder nicht, sind für die Einordnung irrelevant.<sup>68</sup> Damit können insbesondere auch Live-Aufnahmen, wie die derzeit beliebten Live-Videos auf TikTok oder Live-Stories bei Instagram, Schutzobjekt sein. Neuartige, sehr kurze Videoformate wie GIF(-Memes) können als Laufbilder ebenfalls Schutz beanspruchen.<sup>69</sup> Auch dem Filmhersteller und Laufbildner stehen dieselben verwertungs- und persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse zu (§ 95 UrhG i.V.m. § 94 Abs. 1 UrhG). Wiederum unterscheidet sich nur die Schutzdauer: Filmwerke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG sind gem. § 64 UrhG bis siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers geschützt. Videosequenzen können zum Beispiel aufgrund ihres besonderen Schnitts, einer außergewöhnlichen Kameraführung oder Erzählstruktur als persönliche geistige Schöpfung i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG Werkschutz genießen. Einen 50-jährigen Leistungsschutz als Laufbild (§ 95 i.V.m. § 94 Abs. 3 UrhG) können die Filmhersteller in jedem Fall beanspruchen, auch wenn sie nicht als persönliche geistige Schöpfung einzustufen sind. Die Vorschrift des § 95 UrhG kann lediglich einen Leistungsschutz des Filmherstellers, aber keinen Leistungsschutz etwa für die Filmurheber begründen. Denn sie schützt nicht eine „weniger“ schöpferische Leistung, sondern den unabhängig von der Werkeigenschaft des Videomaterials getätigten wirtschaftlichen und organisatorischen Aufwand des Filmherstellers.<sup>70</sup> Beim Film normiert das UrhG damit keinen Schutz unterhalb der Werkschwelle der fehlenden Schutzfähigkeit wegen, wenn er auch Reflex ist. Hierin liegt ein Unterschied zur Schutzintention des leistungsschutzrechtlichen Schutzes von Lichtbildern, welche gerade geschützt werden, weil sie die Schwelle der urheberrechtlichen Schöpfung i.S.d. § 2 Abs. 2 nicht erreichen.<sup>71</sup> Der dargestellte, werküberschreitende Licht- und Laufbildschutz wird durch die technisch bedingte Proliferation seiner Schutzobjekte zu einem immer größeren Problem.

67 Der Begriff ist an das englische Vorbild der „Motion Pictures“ angelehnt, Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2022, UrhG § 95 Rn. 3.

68 Schricker/Loewenheim/*Katzenberger/N. Reber*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 95 Rn. 6.

69 Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2022, UrhG § 95 Rn. 11.

70 Dreier/Schulze/*Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, UrhG § 95 Rn. 1.

71 Schricker/Loewenheim/*Katzenberger/N. Reber*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 95 Rn. 20. Insoweit kann lediglich der Leistungsschutz an Filmeinzelbildern aus § 72 UrhG mittelbar zu einem entsprechenden Schutz von Filmmaterial führen (BGH GRUR 2014, 363, 365 – Peter Fechter).

### III. Urheberrecht im Zeitalter digitaler Reproduzierbarkeit

#### 1. Die Inflation der Schutzobjekte

*Benjamins* Engel der Geschichte schaut rückwärts auf die Verheerungen der Geschichte, während ihn der Fortschritt vorwärts zieht.<sup>72</sup> Das Urheberrecht ist in einer ähnlichen Position. Es ist seit jeher Technikfolgenrecht. Ein klassisches Beispiel ist der ausübende Künstler. Er bekommt, weil sich seine Darbietung erst in Ton und dann in Bild konservieren und ohne sein Zutun wiedergeben lässt, ein Recht auf seine Leistung, das sich in einer Zahlungspflicht bei Wiedergaben mittels technischer Gerätschaften ausdrückt. Das Recht gleicht jeweils die Folgen technischen Fortschritts aus. Auch das UrhG wird in den Materialien mit technischen Veränderungen begründet.<sup>73</sup>

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ging es um neue Medien und ihre Folgen für den alten Produzentenkreis. Heute geht es zumindest auch um eine massive Ausweitung des Produzentenkreises. Denn das Internet führt nicht nur zu einer Proliferation von Wissen und Kommunikation, sondern aufgrund eines dafür nicht hinreichend ertüchtigten deutschen UrhG auch zu einer Inflation urheberrechtlicher Schutzobjekte.<sup>74</sup> Diese Inflation ist dabei auf zwei WerkGattungen begrenzt und betrifft keineswegs alle Objekte in diesen Gattungen. Es ist nicht so, dass ein Studioalbum, ein Blockbuster oder ein Videospiel mit neuester Grafik kostenlos zu produzieren wäre, auch wenn technischer Fortschritt sicher Zugangshürden senkt und Wertschöpfungsketten umleitet. Die Vermehrung geschützter Objekte ist vor allem eine des „user generated contents“ und hier primär der Licht- und Laufbilder.

Die von ihnen ausgehende Vermehrung führt zu einer generellen Entwertung, weil sie den Schutzzweck des Urheberrechts insgesamt unglaubwürdig macht. Wie *Dreier* und *Leistner* es formulieren: Ist „das dem 19. Jahrhundert zum Schutz der seinerzeit gesellschaftlich hochverehrten Künstlergenies ausgeformte Urheberrecht tatsächlich jedem überzustülpen, der auf YouTube seine in der heimischen Küche verfertigten kreativen Basteleien zum Besten gibt“?<sup>75</sup> Die Inflation der Schutzobjekte sorgt dafür, dass ein erheblicher Teil der Bevölkerung das Urheberrecht im besten Falle nicht ernst oder aber als ein Ärgernis wahrnimmt. Wenn sich Recht vom Alltagsempfinden allzu weit

72 *Benjamin*, Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1991, S. 697 f.

73 BT-Drs. IV/270, S. 27. Deutlich insbesondere bei der Einführung der Leistungsschutzrechte, siehe hierzu *Sommer*, Die Geschichte des Werkbegriffs im deutschen Urheberrecht, 2017, S. 201 ff.; zur technischen Bedingtheit des abstrakten Werkbegriffs selbst *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, S. 74.

74 Zur Hypertrophie der Schutzrechte im digitalen Raum *Zypries*, GRUR 2004, 977; *Haller*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band II/1 Sitzungsberichte, 2015, Abteilung Urheberrecht, Diskussion, O 34 (unter dem Titel „Alles ist geschützt“).

75 *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 882. Siehe auch die Kritik bei *Hansen*, Warum Urheberrecht?, 2009, S. 44: „Die ‚Banalisierung der Schutzvoraussetzungen‘, ein Prozess, der freilich nicht nur der europäischen Urheberrechtsharmonisierung sondern auch einer großzügigen Handhabung der Schutzkriterien durch die Rechtsprechung geschuldet ist, führt die tradierte personalistische Rechtfertigung und individualistische Konzeption des Urheberrechts letztlich ad absurdum.“

entfernt, steigt der Aufwand der Umsetzung. Es wird schnell als Nebensächlichkeits abgetan oder ist auf eine Sanktionsverschärfung angewiesen, welche die Zustimmung zum Recht zusätzlich senkt und Anlass für neue Ressentiments gibt.<sup>76</sup> Die Unfähigkeit der Industrie, im Streit um Uploadfilter und DSM-Richtlinie Verständnis für die eigene Position zu finden, macht dies deutlich.<sup>77</sup>

## 2. Der Bedeutungsverlust des Aufwandes als Indikator

Aber es gibt nicht nur Akzeptanzprobleme nach außen hin, sondern auch eine technisch bedingte Auflösung von Kategorien, auf welche sich das Urheberrecht bisher verlässt.<sup>78</sup> Dies wird an zwei Beispielen deutlich: Hier dem Bedeutungsverlust des Aufwandes als faktischem Indikator für Schutzwürdigkeit, anschließend dem Umstand, dass, was sich sozial als Zeigen darstellt, unter der Bedingung digitaler Nutzung technisch – und damit rechtlich – als Vervielfältigung erscheint.

In der Gegenüberstellung von *Taylor Swift*-Album und Karaoke-Aufzeichnung, Hollywood-Film und TikTok-Tanz, wird nicht nur deutlich, wie sehr die Schutzobjekte sich auch innerhalb einer Werkart unterscheiden, sondern auch, welche Bedeutung der Aufwand der Herstellung praktisch für die Zuschreibung von Wert hat. Aufwand gibt zwar normativ keinen unmittelbaren Grund für eine Werkqualifikation. Faktisch hat er aber nicht nur bei Leistungsschutzrechten, sondern auch beim urheberrechtlichen Werk eine erhebliche Bedeutung: Wenn in ein Objekt durch seinen Erschaffer genau wie durch Dritte Mühe gesteckt wird, spricht viel für eine Wertzuschreibung nicht nur durch diesen Personenkreis, sondern auch bei Dritten. Denn es ist anzunehmen, dass diejenigen, die Mühe auf sich nehmen, dies in Erwartung einer positiven Aufnahme bei anderen tun. In Anbetracht des Aufwandes, den die Herstellung eines Buches selbst mit beweglichen Lettern lange bedeutete, war es offensichtlich, dass die Zahl der Autoren begrenzt blieb und der Drucker eine erhebliche Mühe auf sich nahm. Wenn man Druckerzeugnissen Werkschutz zusprach, ohne eine Detailprüfung anhand von qualitativen Maßstäben vorzunehmen, war dies eingängig.<sup>79</sup> Der technische Aufwand nahm den Juristen die Last genauer Definitionen ab. Mit dem technischen Fortschritt gehen aber die Kosten der Produktion bei vielen Werktypen gegen Null. Technik ist kein begrenzender Faktor mehr, sondern führt zu einer Inflation an Werken, der Juristen nur mit ihren eigenen Instrumenten Herr werden können.

76 Mit der Krisendiagnose bereits früh *Hansen*, Warum Urheberrecht?, 2009, S. 40.

77 Zum teilweise unzureichenden Werkschutz nach dem UrhDaG siehe *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109.

78 Hierzu auch *Lennartz/Kraetzig*, Werk ohne Wert, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 31.08.2022, S. 11.

79 Dass es Phasen des systematischen Verstoßes auch früher schon gab, wird deutlich am Beispiel der Raubdrucke des 18. Jahrhunderts bei *Darnton*, Die Wissenschaft des Raubdrucks, 2003.

### 3. Vervielfältigen als Zeigen

Aufgrund der Demokratisierung der Fotografie<sup>80</sup> sind Bilder Teil alltäglicher Kommunikation geworden. Im Netz hat sich eine neue Kultur der Kommunikation durch Bilder herausgebildet – Dreier schreibt insoweit von „Gesten des Zeigens“<sup>81</sup>. In seinem Begriff des „Zeigens“ kommt zum Ausdruck, was Digitalität mit Kommunikation macht: Es geht um Akte, die in der analogen Welt nicht mehr als ein „Zeigen“ sind, und nur aufgrund der Distanzüberbrückung zur urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungshandlung werden. Auf Plattformen fließt heute ein ununterbrochener Kommunikationsstrom aus Bildern und Videos, die den Moment abbilden.<sup>82</sup> Als Dokumentation des Alltags wie als Träger von Gefühlen werden eigene Schnappschüsse genau wie wiedererkennbare, darob meme-taugliche Werkschnipsel aus bekannten Filmen eingesetzt.<sup>83</sup> Die neue Kommunikationskultur im Netz beschränkt sich jedoch nicht auf Alltagsbilder, welche der Selbstdarstellung dienen. Microblogging-Dienste wie Twitter, auf denen sich neuartige Publikationsformen des „Personal Publishing“ entwickelt haben, ermöglichen es heute jedem, sich zu gesellschaftlichen und politischen Themen einzulassen – oft durch oder unterlegt mit Licht- und Laufbildern. Durch die eigene Verwendung verwischen die Kategorien, welche das Fach eigentlich vom als passiven Rezipienten imaginierten „Normalbürger“ fernhalten sollen. Akzeptiert man die Alltagserfahrung der Bürger, in der viele Vervielfältigungen in der digitalen Kommunikation nur ein Zeigen langer Hand sind, dann greift das Urheberrecht unpassend tief in die Alltagskommunikation ein. Ein Kernsatz der Begründung des UrhG gilt im Netz heute nicht mehr: „Der rezeptive Genuß des Werkes durch Lesen, Hören oder Anschauen ist dem Recht des Urhebers nicht unterworfen; hierzu bedarf es niemals seiner Erlaubnis.“<sup>84</sup> So schneidet das Urheberrecht zunehmend in die Kommunikationsrechte Dritter.

80 Siehe die Einleitung der SchlA. d. *GA Szpunar* v. 07.03.2019, Rs. C-145/18.

81 *Dreier*, ZGE 2017, 133, 145; *Dreier*, Bild und Recht, 2019, S. 196 ff.; siehe auch *Dreier*, Copyright, 2022, 32 f.

82 Auch wenn sie für lange Zeit auf den Profilen der Nutzer oder deren Endgeräten gespeichert werden, siehe hierzu *Dreier*, Bild und Recht, 2019, S. 197.

83 Der häufigere und auch freiere Umgang mit Medien beschränkt sich nicht auf Bilder, Lawrence Lessig hat ihn früh als Remix-Kultur beschrieben, siehe *Lessig*, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, 2008.

84 BT-Drs. IV/270, S. 27.

#### IV. Privatisierung von Kommunikationsinhalten

##### 1. Urheberrecht und Kommunikation

Urheberrecht ist seinem Wesen nach Kommunikationsregulierungsrecht.<sup>85</sup> Es gibt ein Monopol auf „qualifizierte menschliche Kommunikation“<sup>86</sup>. Die Inflation des Urheberrechtsschutzes ist deshalb nicht nur überflüssig aus der Binnenperspektive des Urheberrechts. Sie ist schädlich für die Rechte Dritter. Denn mit der Kontrolle des Urhebers über dessen Werk geht immer ein Freiheitsentzug bei allen anderen einher.<sup>87</sup> Grundrechtsdogmatisch handelt es sich um Einschränkungen der Freiheitsrechte Dritter.

Die rechtliche Gestaltung digitaler Kommunikation wird zum einen durch die grundrechtliche Vorformung verkompliziert, bei welcher sich Plattformbetreiber wie Nutzer wie Rechteinhaber auf Grundrechte berufen können.<sup>88</sup> Zum anderen liegen regelmäßig Schutzschichten übereinander: Lädt zum Beispiel ein Nutzer ein Lichtbild hoch, auf dem ein Werk abgebildet ist, liegen Urheber- und Leistungsschutz übereinander. Wie in einer russischen Matroschka verbirgt sich in einem Recht ein weiteres Recht. Solche doppelten Schutzschichten führen zu Unsicherheiten und Komplexität bei der Rechtereklärung und erhöhen so die Transaktionskosten. Sie stiften zudem Rechtsunsicherheit bei den Nutzern, was das Greifen von Schrankentatbeständen angeht – wenn diese überhaupt erkennen, dass Schutzschichten übereinanderliegen.<sup>89</sup> Je mehr Schutzobjekte es gibt, desto größer wird die Rechtsunsicherheit.

Weil Werke und sonstige geschützte Leistungen Gegenstand oder Mittel der Kommunikation sein können, greift ihr Schutz in Grundrechte ein, welche diese Kommunikation schützen. Auch jenseits von spezifischen Missbrauchsfällen, bei denen Kommunikation gezielt durch Verwertungsrechte unterdrückt wird,<sup>90</sup> ist die Monopolisierung von Kommunikationsinhalten immer begründungsbedürftig. Und je mehr digitale Spuren es gibt, desto mehr potentielle Konflikte gibt es auch. Mit der Folge: Urheberrechtsschutz frisst sich auch jenseits des Missbrauchsfalles in die kommunikative Praxis. Der Schutz für digitale Alltagsspuren schneidet in die inzwischen gän-

85 *Kraetzig*, Das Urheberrecht als Zensurrecht, 2022, 7; *Schricker/Loewenheim/Peukert*, 6. Aufl. 2020, § 12 UrhG Rn. 25; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2018, S. 182; dazu, dass Rechte des geistigen Eigentums grundsätzlich systemische Konflikte mit widerstreitenden Grundrechten hervorrufen, *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, 5.

86 *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, Einl. zum UrhG Rn. 7.

87 *Goldstein*, Copyright's Highway, From the Printing Press to the Cloud, 2. Aufl. 2019, S. 3.

88 Hierzu anhand der Meinungsfreiheit *Balkin*, Col. L. Rev. 118 (2019); speziell für das Urheberrecht *Lennartz*, EuGRZ 2022, 482.

89 European Copyright Society, Answer to the EC Consultation on the role of publishers in the copyright value chain of 15 June 2016, Seite 6, abrufbar unter <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2016/06/ecs-answer-to-ec-consultation-publishers-role-june16.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

90 Siehe zu dieser Konstellation und ihrer Lösung im Rahmen des geltenden Rechts *Kraetzig*, Das Urheberrecht als Zensurrecht, 2022.

gige Kommunikation mit und durch Bilder. Denn die vereinfachte Produktion von Bildern hat nicht nur Folgen für das Urheberrecht, sondern auch das beschriebene Nutzungsverhalten. Die Gefahr ist dabei nicht neu. Schon 1929 gibt der Urheberrechtler *Elster* ein Schreckensbild des entgrenzten Schutzes einer jeden geistigen Leistung: „im Geistigen würde man überall auf Schranken stoßen und etwa einen Tageshandel mit Gedanken, Wortprägungen, Sätzen und Kombination treiben müssen.“<sup>91</sup> Durch technische Mittel lässt sich dergleichen heute mit größerer Reichweite realisieren.

Der überschießende Leistungsschutz kann derart in die Kommunikationsfreiheiten Dritter einschneiden, dass politisch relevanten Themen Belege entzogen werden: Das LG Berlin hat jüngst entschieden, dass der SWR3 es zu unterlassen hat, ein wie ein einfaches Handybild anmutendes Lichtbild von allgemeinem Informationsinteresse öffentlich wiederzugeben.<sup>92</sup> In der Entscheidung heißt es insoweit wieder einmal lapidar: Es kann dahinstehen, „ob es sich um ein Lichtbildwerk oder ein Lichtbild im Sinne des § 72 Abs. 1 UrhG handelt.“ Konkret ging es um ein Foto, das Bundesfinanzminister *Christian Lindner* nach einem Abendessen mit einem Immobilienunternehmer und Honorarkonsul von Weißrussland zeigte – unter Missachtung der damaligen Corona-Regeln. Parallel zu einem Bericht über den Vorfall in der Radiosendung in der Rubrik „Top Themen im Netz“ retweetete der SWR3 das Lichtbild. Er wurde von der Fotoagentur, welche die ausschließlichen Rechte an dem streitgegenständlichen Foto hält, wegen einer Nachlizenzierung angeschrieben und entfernte das Bild daraufhin unverzüglich – zu einem Zeitpunkt, in dem ohne Zweifel ein öffentliches Informationsinteresse an dem Lichtbild bestand. Kurzum: Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, der nach § 30 MStV angehalten ist, durch eine zeitgemäße Gestaltung der Telemedienangebote eine Teilhabe an der Informationsgesellschaft zu ermöglichen, wurde genau dies aus Urheberrecht untersagt. Das Beispiel zeigt, dass der Schutz nicht nur den Komfort digitaler Bildnutzung berührt oder missbräuchlichen Abmahnpraktiken in die Hände spielt.<sup>93</sup> Er kann die politische Kommunikation behindern.

## 2. Vollzug durch digitale Helfer

Das Problem von Rechtsverletzungen durch überschießenden Urheberrechtsschutz steht vor einer technischen Verschärfung. Während die Zahl der Schutzobjekte früher durch den Aufwand ihrer Vervielfältigung technisch reguliert wurde, konnte man in jüngerer Zeit dem Verfolgungsaufwand eine ähnliche Rolle zuschreiben. Schnappschüsse mögen zwar ein unpassend hohes Schutzniveau erfahren. Wenn sie nur als digitale Alltagsspuren angesehen werden, wird der Rechteinhaber das rechtlich bereitgestellte Instrumentarium zum Schutz seiner Rechte aber kaum in Anspruch nehmen.

91 *Elster*, Eintrag „Urheberrecht“, in: Stier-Somlo/Elster (Hrsg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 6, 1929, S. 316.

92 LG Berlin, Urt. v. 29.03.2022, Az.: 15 O 419/20 (nicht veröffentlicht).

93 Zu missbräuchlichen Abmahnpraktiken bei Laufbildschutz an pornographischen Filmen siehe *Obly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, 2014, F 37.

Er selbst schreibt der eigenen Kreation keinen oder nur einen geringen Wert zu, dessen urheberrechtlicher Schutzfähigkeit wird er sich in den allermeisten Fällen nicht einmal bewusst sein. Aber lässt sich die Schutzwürdigkeit eines Rechtes über die Rechtsverfolgung belegen? Rechtsverfolgung hängt nicht nur am Wert eines Gegenstands, sondern auch am Aufwand der Rechtsverfolgung. Diese ist im Netz stark technisch bedingt.

Absehbar stehen der Durchsetzung des Urheberrechts neue, automatische Hilfsmittel zur Verfügung. Die Rechtsverfolgung wird zunehmend automatisiert.<sup>94</sup> Das europäische Sekundärrecht ordnet den Einsatz von Upload-Filtern an und der EuGH akzeptiert dies.<sup>95</sup> Für die Rechteinhaber ist das erst einmal erfreulich, für die Kommunikation Dritter ist es eine schlechte Nachricht. Denn die eingesetzten Algorithmen sind noch lange nicht in der Lage, die für die Schranken des Urheberrechts und die Abwägungsdogmatik des Verfassungsrechts gleichermaßen wichtigen Verwendungszusammenhänge zu unterscheiden. Algorithmen können anhand von in einer Datenbank hinterlegten Mustern konkrete Werke und sonstige vom Urheberrecht geschützte Objekte oder deren Teile erkennen, nicht aber den Kontext von deren Verwendung juristisch bewerten.<sup>96</sup> Dadurch besteht die Gefahr eines Overblockings, welches nicht adäquat zwischen Kommunikation und Konsum zu unterscheiden weiß.<sup>97</sup> So bieten Filter die Möglichkeit, von einem systematischen Untervollzug zu einem systematischen Übervollzug des Urheberrechts zu gelangen, aber einstweilen nicht den sicheren Weg zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen allen Beteiligten. Generell unfähig sind sie, qualitative Wertungen etwa einer wie auch immer verstandenen Schöpfungshöhe vorzunehmen. Nimmt man das deutsche UrhDaG als Beispiel, dann geht der digitale Werkschutz den Weg einer möglichst weitgehend quantitativen Grenzziehung zwischen freier Nutzung und Schutz.<sup>98</sup>

## V. Fazit: Die Pflicht zum Begriff

Wenn die Technik die Vermehrung der Werke nicht mehr im Zaum hält, müssen die juristischen Begriffe dies leisten. In einer Welt beliebiger Vervielfältigung muss sich das Fach dem Anspruch der eigenen Begriffe stellen. Dabei geht es nicht unbedingt darum, sie selbst zu verschärfen. Es mag schon reichen, den normativen Status quo ernst zu nehmen und den Urheberrechtsschutz nicht auf immer banalere Objekte aus-

94 Algorithmen dienen nicht nur der Rechtsdurchsetzung, sondern werden auch immer wichtiger bei der Auswahl der Inhalte, die Nutzer wahrnehmen; hierzu *Mengden*, Zugangsfreiheit und Aufmerksamkeitsregulierung, 2018. Zur Automatisierung der Rechtsdurchsetzung *Eidenmüller/Wagner*, Law by Algorithm, 2021.

95 Hierzu *Lennartz*, EuGRZ 2022, 482, 485; *Kraetzig/Lennartz*, NJW 2022, 2524.

96 Zur Thematik siehe auch *Grosse Ruse-Khan*, Automated Copyright Enforcement Online: From Blocking to Monetization of User-Generated Content, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 8/2020, abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3565071](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3565071), zuletzt abgerufen am 20.01.2023.

97 Hierzu *Lennartz*, EuGRZ 2022, 482, 487.

98 Deutlich bei §§ 9, 10 UrhDaG, hierzu *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109.

zuweiten. Dies gilt jedenfalls für den Werkbegriff, der für eine Verengung nicht auf den Gesetzgeber angewiesen ist. Bei den Leistungsschutzrechten wäre deren Abschaffung, zumindest deren gesetzliche Verengung wünschenswert. Nötig ist der Appell an den deutschen oder auch europäischen Gesetzgeber zur Korrektur des fehlerhaften Schutzes von Licht- und Laufbild. Daneben braucht es mehr Bewusstsein für die Rechte Dritter. Statt weiter in die Breite zu gehen, sollte der Urheberrechtsschutz in die Höhe streben.

**Zusammenfassung:** Das Urheberrecht meidet qualitative Wertungen bei der Bestimmung des Werkbegriffs. Die Schöpfungshöhe für ein Werk wird dafür erstens interpretativ gebeugt, zweitens werden dem Werk mit Leistungsschutzrechten legislativ kleine Geschwister beigegeben – so den Lichtbild- und Filmwerken die ebenfalls geschützten Licht- und Laufbilder. Die Erweiterung der Schutzobjekte führt gemessen am Anspruch von §§ 1, 2 UrhG zu einem überschießenden Schutz. Ein Gesetz, welches dem Schutze „persönlicher geistiger Schöpfungen“ der „Literatur, Wissenschaft und Kunst“ dienen soll, behandelt Schnappschüsse wie große Kunst. Dies wird durch die Digitalisierung immer problematischer: Zum einen führt die vereinfachte Herstellung von Licht- und Laufbildern zu ihrer ungehörigen Vermehrung und Verwendung in digitaler Kommunikation. Zum anderen fällt der Aufwand als Kriterium für die Anerkennung eines Werks oder einer Leistung als schützenswert weg. Ohne die alten technischen Grenzen müssen Juristen ihre Arbeit machen: den Werkbegriff qualitativer verstehen und der Anwendung des Urheberrechts jenseits seiner Grenzen skeptisch gegenüberstehen. Der Urheberrechtsschutz sollte digitale Alltagsspuren nicht umfassen.

**Summary:** Copyright law avoids qualitative evaluations when defining the concept of a work. Firstly, the level of creation for a work is bent interpretatively. Secondly, small siblings are added to the work legislatively in the form of ancillary copyrights – as is the protection of photographic and cinematographic works supplemented by one for simple photographs and videos. Measured against the claim of §§ 1, 2 UrhG, the expansion of the objects of protection leads to excessive protection. A law that is supposed to serve the protection of „personal intellectual creations“ of „literature, science and arts“ treats snapshots like great art. This is becoming increasingly problematic due to digitalization: On the one hand, the simplified production of photos and videos leads to their unseemly proliferation and use in digital communication. On the other hand, effort as a criterion for recognizing a work or performance as worthy of protection is falling away. Without the old technical boundaries, lawyers need to do their job: understand the concept of a work more qualitatively and be sceptical of the application of copyright beyond its boundaries. Copyright protection should not include digital traces of everyday life.



© Jannis Lennartz und Viktoria Kraetzig