

Kapitel 3: Rechtsinhaberschaft; Schutzzumfang/-inhalt; Folgen von Verletzungshandlungen

A) *Rechtsinhaberschaft*

Im Folgenden sollen die Grundzüge der Rechtsinhaberschaft im Zusammenhang mit dem Lichtbildschutz gem. § 72 Abs. 1 UrhG dargestellt und insoweit bestehende Besonderheiten hervorgehoben werden.

I) Originärer Rechtserwerb

Gemäß § 72 Abs. 2 UrhG steht der Leistungsschutz nach § 72 Abs. 1 UrhG dem „Lichtbildner“ zu; dieser erwirbt die aus § 72 UrhG resultierenden Rechte originär. Lichtbildner ist hierbei, wer das Lichtbild herstellt, also derjenige, der die Kamera oder ein anderes Gerät, das ein Lichtbild i.S.d. § 72 UrhG produziert, bedient und die erforderlichen Einstellungen vornimmt. Werden technische Hilfsmittel, wie etwa ein Selbstauslöser verwendet, ist Lichtbildner derjenige, der die Einstellung desselben vorgenommen und das Aufnahmegerät eingerichtet³²³, mithin den Auslösemechanismus in Gang gesetzt hat.

Ebenso ist Lichtbildner, wer sich bei der Ausführung der Aufnahme weisungsgebundener Hilfspersonen bedient, jedoch selbst die Bedingungen der Aufnahme festlegt und bestimmt.³²⁴

Nach einhelliger Auffassung³²⁵ kann Lichtbildner i.S.v. § 72 Abs. 2 UrhG nur eine natürliche Person sein, denn nur natürliche Per-

323 Statt vieler vgl. *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 12. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 26 mit Hinweis auf Röntgenologen bei der Aufnahme von CTs, Zahnarzthelferinnen bei der Aufnahme von Röntgenaufnahmen, Polizisten bei Radaraufnahmen, oder denjenigen, der den Passbildautomaten in Betrieb nimmt und die Aufnahme auslöst.

324 *Vogel*, in: *Loewenheim*, *Handbuch des Urheberrechts*, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 12.

325 LG Berlin, Urt. v. 30.05.1989 – 16 O 33/89, GRUR 1990, 270, *Satellitenfoto*; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 12. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 26; *Lauber-Rönsberg*, in: *BeckOK UrhG*, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 28; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, S. 33;

sonen seien in der Lage, ein Minimum an geistiger Leistung zu erbringen und darüber hinaus dem gem. §§ 72 Abs. 1, 7 UrhG anzuwendenden Schöpferprinzip gem. § 7 UrhG gerecht zu werden.

Während dem Erfordernis des Minimums an persönlicher geistiger Leistung nach der hier vertretenen Auffassung keine Bedeutung beigemessen werden kann, ist der Verweis auf § 7 UrhG überzeugend. Die Vorschriften über den Schutz von Lichtbildwerken sind entsprechend auf Lichtbilder anzuwenden, § 72 Abs. 1 UrhG, Schutzzweck des § 72 UrhG sind die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen schöpferischem Lichtbild und nicht-schöpferischem Lichtbild. Da eine schöpferische Leistung jedoch nur durch eine natürliche Person erbracht werden kann³²⁶ und damit dort keine Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten können, wo eine schöpferische Leistung naturgemäß ausgeschlossen ist, besteht kein Grund, die Eigenschaft des Lichtbildners einfacher Lichtbilder auf juristische Personen oder auf Sachverhalte auszudehnen, in denen die Aufnahmemechanismen von Tieren oder durch technische Vorrichtungen ausgelöst werden. Vor diesem Hintergrund stünden nach deutschem Recht z.B. einem Affen, der durch Drücken des Auslösers einer Kamera ein Selfie von sich selbst erstellte³²⁷, keine Ansprüche auf Grundlage des Urheberrechts zu – weder wegen des Vorliegens eines Lichtbildwerkes noch eines einfachen Lichtbildes. Es mangelte insoweit an der Eigenschaft als Lichtbildner.

Thum, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, S. 101; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 72 *UrhG*, 2019, Rn. 6; *Vogel*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 12; *Vogel*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 46.

326 LG Berlin, Urt. v. 30.05.1989 – 16 O 33/89, GRUR 1990, 270, *Satellitenfoto*.

327 Vgl. hierzu den US-amerikanischen Fall des Affen *Naruto*, der mit der Kamera des Fotografen David Slater Selfies von sich erstellte. *Naruto*, vertreten durch die Tierschutzorganisation *PETA*, versuchte, urheberrechtliche Ansprüche geltend zu machen. Dieses Begehren wurde mit Urteil des *US Court of Appeals for the Ninth Circuit*, Az. 16–15469, in der Berufungsinstanz zurückgewiesen, u.a., da der Copyright Act keine Klageberechtigung für Tiere vorsehe. Urteil abrufbar unter <https://www.heise.de/downloads/18/2/4/1/3/1/5/8/Naruto-Monkey-PETA-v-Slater-CA9-Opinion-04-23-18.pdf>, zuletzt abgerufen am 09.02.2020.

II) Abgeleiteter Rechtserwerb durch Einräumung von Nutzungsrechten über das Urhebervertragsrecht

Neben dem originären Rechtserwerb kommt der derivative, abgeleitete Rechtserwerb in Betracht, bei dem Nutzungsrechte vom Rechtsinhaber auf einen Dritten übertragen werden.

1) Keine Abtretbarkeit bzw. Abtretung

Ein Rechtserwerb ist allerdings nach überwiegender Auffassung³²⁸ wie bei Werken gem. § 2 Abs. 1 UrhG auch beim einfachen Lichtbildschutz nicht durch vollständige Übertragung bzw. Abtretung des Rechts aus § 72 UrhG möglich. *Vogel*³²⁹ geht demgegenüber von einer Abtretbarkeit des Rechts aus § 72 UrhG aus. Die Entscheidung darüber, ob eine Abtretbarkeit der aus § 72 UrhG fließenden Rechte angenommen werden kann, setzt eine Auseinandersetzung mit den für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften der §§ 28, 29 UrhG voraus, bei der zu prüfen ist, ob eine Anwendung derselbe auf einfache Lichtbilder gerechtfertigt ist:

Gem. §§ 28, 29 UrhG sind Urheberrechte vererblich, eine vollständige Übertragung zu Lebzeiten ist nicht vorgesehen. Der Urheber ist gem. § 29 Abs. 2 UrhG darauf verwiesen, einem Dritten Nutzungsrechte einzuräumen, schuldrechtliche Einwilligungen und Vereinbarungen zu Verwertungsrechten oder Veränderungsabreden im Sinne von § 39 UrhG zu treffen. Hintergrund der Unübertragbarkeit der Urheberrechte ist, dass die Rechte des Urhebers aus dem *droit moral* fließen, sodass die Rechte in ihrem Kern nicht übertragen werden können.³³⁰

328 *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 31; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 125; *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 16; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 72 *UrhG*, 2019, Rn. 10; *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 725; *Heitland, Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1995, S. 122 f.; *Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auflage, 1980, S. 511

329 *Vogel*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 11; *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 56.

330 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 55.

Vielmehr soll durch die Unübertragbarkeit und den Verweis auf die schuldrechtliche Einräumung von Nutzungs- und Verwertungsrechten sichergestellt werden, dass der engen Verbundenheit des Urheberpersönlichkeitsrechts mit den Verwertungsrechten hinreichend Rechnung getragen wird und ein gewisser Kern der Rechte stets beim Urheber verbleibt.³³¹ Eine besondere Bedeutung kommt der Wahrung dieses Kerns vor allem in den Fällen zu, in denen ein Nutzungsberechtigter auf seiner Rechte verzichtet. Durch die Unübertragbarkeit des vollständigen Urheberrechts wird dann sichergestellt, dass die Rechte an einem Werk an den Urheber zurückfallen und nicht die hieran bestehenden Rechte erlöschen.³³²

Unter Beachtung dieser Hintergründe ist die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschrift (§ 72 i.V.m. § 29 UrhG) auch für einfache Lichtbilder zu bewerten:

Insoweit ist zwar *Vogel* dahingehend zuzustimmen, dass der einfache Lichtbildschutz die persönlichkeitsrechtlichen Elemente in der Regel nicht aufweist, die der Vorschrift des § 29 UrhG zugrunde liegen. Dies ist jedoch nicht immer der Fall. Auch wenn es nach hier vertretener Auffassung nicht auf das Vorliegen eines Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung ankommt, um einen Schutz nach § 72 UrhG zu begründen, kann auch ein einfaches Lichtbild Elemente aufweisen, die eine Zuordnung zu einer bestimmten Person zulassen. Wie unter Kapitel 2, B) III) 3) a) ausgeführt, knüpfen einige Autoren³³³ zur Bestimmung des Vorliegens des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung (auch) an subjektive Elemente an. Von dem hier vertretenen Begriff des einfachen Lichtbildes i.S.v. § 72 UrhG sind solche Konstellationen ebenfalls erfasst. Dies bedeutet, dass jedenfalls in den Fällen, in denen ein Lichtbild solche Elemente aufweist, die einen Bezug zur Persönlichkeit des Lichtbildners darstellen, eine vergleichbare Interessenlage besteht, sodass auch hier von einer Unübertragbarkeit ausgegangen werden muss. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte dann aber für sämtliche Lichtbilder eine Unübertragbarkeit der aus ihnen resultierenden Rechte angenommen werden.

Auch im Übrigen sprechen andere, überzeugende Gründe für eine Anwendung der Vorschrift und eine damit einhergehende Unübertragbarkeit

331 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 55.

332 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 55.

333 *Nordemann*, GRUR 1987, 15 (17); *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrbG*, Rn. 32; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrbG*, Rn. 27.

der Rechte aus § 72 UrhG: Ginge man von einer vollständigen Übertragbarkeit der Rechte aus § 72 UrhG aus, führte dies zu der zwingenden Erforderlichkeit einer Abgrenzung zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk. In der Praxis müsste nämlich dann entschieden werden, ob ein einfaches Lichtbild oder ein Lichtbildwerk vorliegt, um im nächsten Schritt zu klären, ob eine vollständige Übertragung der Rechte möglich ist oder lediglich eine Einräumung von Nutzungs- und Verwertungsrechten erfolgen kann. Damit könnte entgegen des mit dem Schutz einfacher Lichtbilder verfolgten Zweckes in vielen Fällen nicht mehr offengelassen werden, ob ein einfaches Lichtbild oder ein Lichtbildwerk vorliegt. Gingen die Parteien z.B. vom Vorliegen eines einfachen Lichtbildes aus und einigten sich auf eine Übertragung sämtlicher Rechte, führte die nachträgliche Feststellung einer hinreichenden Schöpfungshöhe i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG dazu, dass im Einzelfall geklärt werden müsste, ob trotz der unwirksamen Übertragung ggf. eine Auslegung oder Umdeutung der getroffenen Vereinbarung in eine Gewährung von Nutzungsrechten erfolgen könnte.³³⁴ Fraglich wäre dann auch der weitere Umgang mit Nutzungsrechten, die der vermeintlich neue Rechtsinhaber Dritten eingeräumt hatte.

Soweit *Vogel*³³⁵ darauf hinweist, dass auch in anderen Fällen, z.B. aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Schutzdauer, zu klären sei, ob ein einfaches Lichtbild oder ein Lichtbildwerk vorliege, führt auch dies nicht zu einer anderen Bewertung. Denn bezüglich der Schutzdauer ist gerade bei einfachen Lichtbildern (insbesondere Knipsbildern und Alltagsfotografien) davon auszugehen, dass sich die Fragen der Rechtseinräumung und insbesondere des Umfangs der Rechtseinräumung üblicherweise zu einem Zeitpunkt stellen, der in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufnahme des Lichtbildes steht. Nur bei wenigen Lichtbildern, die als einfache Lichtbilder zu bewerten sind, wird eine Rechtseinräumung oder eine widerrechtliche Verwendung der Lichtbilder noch nach Ablauf der Schutzfrist des § 72 Abs. 3 UrhG von Relevanz sein (so z.B. bei der kurzfristigen Verbreitung von Lichtbildern in sozialen Medien, die nach kurzer Zeit wieder an Interesse verlieren, z.B. #thedress), demnach wird auch in den meisten Rechtsstreitigkeiten die Frage offengelassen, ob ein Lichtbild oder ein Lichtbildwerk vorliegt.

Auch im Übrigen geht die Qualität etwaiger unwirksamer Rechtsübertragungen besonders weit. Bei sonstigen Unterschieden hinsichtlich des Schutzzumfangs zwischen einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk treten al-

334 Vgl. hierzu *Hoche*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 29 *UrhG*, Rn. 8.

335 *Vogel*, in: Schrickter/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 56.

lenfalls Streitigkeiten darüber auf, ob ein bestimmtes Recht dem Lichtbildner zusteht oder nicht, an dem er Nutzungsrechte einräumen kann, während im Falle einer Übertragung eines Lichtbildwerkes in der Annahme des Vorliegens eines einfachen Lichtbildes die Wirksamkeit der Rechteinräumung insgesamt in Frage stünde und ggf. eine Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses erforderlich würde. Damit aber entstünden weitaus praxisrelevantere Schwierigkeiten bei einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Übertragbarkeit der Rechte aus § 72 UrhG gegenüber der Unübertragbarkeit der Rechte aus § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG. Es erscheint daher vorzugswürdig, von einem Gleichlauf des einfachen Lichtbildschutzes mit dem Schutz von Lichtbildwerken und damit von einer Unübertragbarkeit der Rechte auszugehen.

Letztlich dürfte selbst bei Annahme einer Übertragbarkeit der Rechte aus § 72 UrhG die praktische Relevanz äußerst gering sein. Denn auf der einen Seite dürften die meisten Lichtbildner daran interessiert sein, die von Ihnen hergestellten Lichtbilder zur Steigerung des Schutzzumfangs und des damit einhergehenden Wertes als Lichtbildwerke einzustufen und zu versuchen, diese als solche im Rechtsverkehr zu vermarkten – dies nicht zuletzt aufgrund der fehlenden Schutzfähigkeit des einfachen Lichtbildes in anderen europäischen Ländern, vgl. hierzu Kapitel 1, D) IV) 3). Es erscheint daher fraglich, ob sich ein Lichtbildner von vorne herein auf eine Vereinbarung einlasse, in der das von ihm hergestellte Lichtbild als einfaches Lichtbild bewertet würde, er also ein Interesse an der vollständigen Übertragung überhaupt hätte.³³⁶ Gleichermaßen dürfte davon auszugehen sein, dass ein Dritter, der ein Interesse an der Nutzung und Verwertung eines Lichtbildes hätte, dem rechtssicheren Weg der Einräumung von Nutzungsrechten den Vorzug gäbe, bevor er die Folgen einer möglicherweise unwirksamen Rechtsübertragung und den damit einhergehenden Unsicherheiten einginge. Dies gilt jedenfalls für die weit überwiegenden Fälle, in denen zur Erreichung der gewünschten Rechtsfolge nicht zwingend die Annahme eines Lichtbildwerkes nötig ist. Die Vorteile einer vollständigen Rechtsübertragung gegenüber der Einräumung eines (ggf. ausschließlichen) Nutzungsrechts dürften diese Unsicherheiten in der Regel nicht aufwiegen, sodass einer Übertragungsmöglichkeit für einfache Lichtbilder in der Praxis keine wesentliche Bedeutung zukäme, eine solche vielmehr von nur theoretischer Relevanz bliebe.

336 Dies insbesondere, da eine solche Vereinbarung in einem Prozess sicherlich als Indiz für die mangelnde schöpferische Leistung herangezogen werden könnte.

2) Nutzungsverträge über Lichtbildrechte

Lichtbildnern bleibt es jedoch unbenommen, Nutzungsverträge über die Lichtbildrechte zu schließen, über § 72 Abs. 1 UrhG sind insbesondere die §§ 31 ff. UrhG entsprechend anzuwenden.

Vermehrt gewinnt hierbei die Einräumung von Lizenzen in Form sog. Creative Commons Lizenzen von Bedeutung.³³⁷ Da sich insoweit jedoch keine Besonderheiten für den Lichtbildschutz ergeben, die im Rahmen dieser Dissertation besondere Relevanz entfalteteten, wird auf eine umfassende Darstellung der einschlägigen Bestimmungen und denkbaren Vertragsgestaltungen verzichtet.³³⁸

3) Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst und Bildagenturen

Für die Lichtbildner besteht außerdem die Möglichkeit, die Wahrnehmung bestimmter Rechte durch Abschluss eines Wahrnehmungsvertrages auf die Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst zu übertragen. Lichtbildner fallen unter die Berufsgruppe der Bildautoren (Berufsgruppe II), sodass der Muster-Wahrnehmungsvertrag für die Berufsgruppen I und II³³⁹ einschlägig ist.

Daneben besteht die in der Praxis verbreitete Möglichkeit, einen Agenturvertrag mit einer Bildagentur zu schließen.³⁴⁰

337 Zu den verschiedenen Formen der Creative Commons Lizenzen vgl. Creative Commons, <https://creativecommons.org/licenses/?lang=de>, zuletzt abgerufen am 19.02.2020. Sachverhalte betreffend Creative Commons Lizenzen im Zusammenhang mit Lichtbildern sind in den vergangenen Jahren regelmäßig Gegenstand der Rechtsprechung gewesen, vgl. z.B. OLG Köln, Urt. v. 31.10.2014 – I-6 U 60/14, 6 U 60/14, GRUR 2015, 2015, *Creative-Commons-Lizenz*; LG Frankfurt, Urt. v. 16.08.2018 – 2–03 O 32/17, ZUM 2018, 809. Zu Creative Commons Lizenzen und damit einhergehenden rechtlichen Fragestellungen vgl. *Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht*, 6, 2019, Rn. 146 ff.; *Rauer/Ettig*, WRP 2015, 153; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 146 f.

338 Eine lichtbildbezogene Darstellung findet sich u.a. bei *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 126 ff.

339 Der Musterwahrnehmungsvertrag ist abrufbar unter https://www.bildkunst.de/fileadmin/user_upload/downloads/wahrnehmungsvertrag/2019_10_11_MUSTE_R_Wahrnehmungsvertrag_BG_I_u_II.pdf, zuletzt abgerufen am 09.02.2020.

340 *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, S. 628.

III) Beweis der Rechtsinhaberschaft im Prozess

1) Vermutungsregelung des § 10 UrhG

Wer sich im gerichtlichen Prozess darauf beruft, Inhaber eines Rechtes aus § 72 UrhG zu sein, muss dies nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen auch beweisen. In der Regel ist es jedoch mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden, zu beweisen, das streitgegenständliche Lichtbild geschaffen zu haben. Aus diesem Grund sieht § 72 Abs. 1 i.V.m. § 10 UrhG Beweiserleichterungen zugunsten des Lichtbildners und anderen Berechtigten vor:

Gem. § 72 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 UrhG streitet zu Gunsten des Lichtbildners die Vermutung der Rechtsinhaberschaft, wenn er (ggf. auch unter seinem Decknamen oder Künstlerzeichen) auf den Vervielfältigungsstücken oder auf dem Original des Lichtbildes in der üblichen Weise als Lichtbildner bezeichnet ist. Eine Angabe, die den Lichtbildner in der üblichen Weise bezeichnet, setzt voraus, dass der Verkehr darin die Angabe einer natürlichen Person (§ 7 UrhG) erkennt, der Verkehr muss die Urheberbezeichnung deshalb als Hinweis auf eine natürliche Person verstehen.³⁴¹

In der gleichen Weise werden gem. § 72 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 UrhG Herausgeber bzw. Verleger geschützt, soweit eine Angabe des Lichtbildners nicht erfolgt ist.

Ferner kommt dem Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts³⁴² die Vermutung der Rechtsinhaberschaft zugute, soweit er auf den Vervielfältigungstücken oder auf dem Original des Lichtbildes in der hierfür üblichen Weise bezeichnet ist. Hierbei gilt allerdings die Einschränkung, dass die Vermutung gegenüber dem Lichtbildner selbst keine Anwendung fin-

341 BGH, Urt. v. 18.09.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 (261, Rn. 41), *CT-Paradies* Für eine Bezeichnung in der üblichen Weise soll es bei Fotodateien auf einer CD-ROM genügen, wenn eine Textdatei enthalten ist, die den Urheber kennzeichnet, nicht jede einzelne Datei soll der Kennzeichnung bedürfen, LG Kiel, Urt. v. 02.11.2004 – 16 O 112/03, NJOZ 2005, 126 (128). Es ist fraglich, ob diese Auffassung heute noch Geltung beanspruchen kann, vgl. Fn. 344. Insgesamt ist der Begriff der Üblichkeit i.S.d. § 10 UrhG weit auszulegen, *Loewenheim/Pfeifer*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 10 UrhG, Rn. 8.

342 Insoweit eingeschränkt auf Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und Unterlassungsansprüche; Hintergrund ist wohl, dass der Gesetzgeber Zahlungsverpflichtungen an einen nichtberechtigten Dritten zu verhindern, die allein auf einer wiederlegbaren Vermutung aufgebaut sind, vgl. *Ahlberg*, in: BeckOK UrhG, 25. Edition (Stand 15.07.2019), 2019, § 10, Rn. 58.

det, § 72 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 UrhG. Die Einschränkung auf Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts ist konsequent, eine Vermutungsregelung für einfache Nutzungsberechtigte führte nämlich dazu, dass mehrere, nebeneinander Berechtigte sonst auf die Vermutungsregelung zurückgreifen könnten und diese ad absurdum führten.

2) Weitere Indizien

Neben der Vermutungsregelung des § 10 UrhG kommen weitere Indizien in Betracht, die eine Vermutung der Urheberschaft begründen können:

Im Bereich der analogen Fotografie dient etwa die Vorlage der Negative als Indiz für die Urheberschaft bzw. Inhaberschaft des Leistungsschutzrechtes aus § 72 UrhG.³⁴³

Bei der digitalen Fotografie demgegenüber genügt die Vorlage der Bilddateien in der Regel nicht, da diese leicht reproduzierbar sind und entsprechend leicht verbreitet werden können, auch eine nachträgliche Manipulation der Bilddateien kann nicht ausgeschlossen werden.³⁴⁴

Für Lichtbilder und deren schnelle Verbreitung in der digitalen Welt von besonderer Bedeutung ist insoweit allerdings der Fall, in dem Dateien vorgelegt werden können, die über eine höhere Auflösung als die im Internet zugänglich gemachten Dateien verfügen. Hierin kann ein Indiz für die Urheberschaft liegen.³⁴⁵ So werden z.B. in sozialen Medien häufig die Datensätze verkleinert, sodass bei Übernahme eines Lichtbildes aus einem sozialen Netzwerk nicht selten nur der Lichtbildner über eine Datei mit höherer Auflösung verfügen wird.

B) Schutzzumfang/-inhalt

Die Rechte, die dem Lichtbildner zustehen, ergeben sich aus §§ 72 Abs. 1 i.V.m. 12 ff. UrhG.

343 AG Düsseldorf, Urt. v. 18.08.2009 – 57 C 14613/08, ZUM-RD 2010, 95.

344 *Lerach*, in: Taeger, IT und Internet – mit Recht gestalten, *Lichtbildschutz im Internet*, 2012, S. 175 (179). Vor diesem Hintergrund ist auch fraglich, ob eine auf einer CD befindliche Textdatei nach heutigen technischen Standards und der leichten Reproduzierbarkeit und Manipulierbarkeit von Datenträgern noch genügt, um die Wirkung des § 10 UrhG zu begründen.

345 BGH, Urt. v. 18.09.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 (261), *CT-Paradies* Rn. 47; *Koch*, jurisPR-ITR 4/2015 Anm. 6.

Die entsprechende Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften auf einfache Lichtbilder setzt voraus, dass dem Nicht-Vorliegen einer schöpferischen Leistung Rechnung getragen wird. Im Folgenden werden die einzelnen Rechte, die dem Lichtbildner zugestanden werden, dargestellt, typische Anwendungsfälle aufgezeigt und Besonderheiten bezüglich der Ausgestaltung der Rechte mit Blick auf den Schutz einfacher Lichtbilder dargelegt.

I) Rechte gem. §§ 12 ff. UrhG

Die §§ 12–14 UrhG regeln

- das Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG),
- das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG) sowie
- das Recht des Urhebers, sich gegen eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zur Wehr zu setzen (§ 14 UrhG).

1) Veröffentlichungsrecht gem. § 12 UrhG

Das Veröffentlichungsrecht gem. § 12 UrhG ist in entsprechender Anwendung gem. § 72 Abs. 1 UrhG uneingeschränkt entsprechend auf Lichtbildner anzuwenden.³⁴⁶ Dem Lichtbildner obliegt es mithin, darüber zu entscheiden, ob und wie sein Lichtbild zu veröffentlichen ist (§ 12 Abs. 1 UrhG) sowie den Inhalt des Lichtbildes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, solange weder das Lichtbild noch der wesentliche Inhalt oder eine Beschreibung des Lichtbildes mit seiner Zustimmung veröffentlicht worden ist. (§ 12 Abs. 2 UrhG). Eine Veröffentlichung liegt dann vor, wenn das Lichtbild mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist, § 6 Abs. 1 UrhG.³⁴⁷

Hat z.B. eine Person ein einfaches Lichtbild erstellt und sendet sie dieses unter Zuhilfenahme eines Messengerdienstes an eine einzelne, dritte Person (was mangels Öffentlichkeit noch keine Veröffentlichung oder öffentliche Mitteilung bzw. Beschreibung darstellt), steht dem Lichtbildner

346 U.a. *Erdmann*, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, *Der urheberrechtliche Schutz von Lichtbildwerken und Lichtbildern*, 2014, S. 761 (770); *Vogel*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 42.

347 Zum Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung vgl. unter Kapitel 3, B) II) 2) a).

selbst die Entscheidung über das Ob und das Wie einer etwaigen Veröffentlichung und öffentlichen Mitteilung oder Beschreibung des Inhaltes weiterhin zu. Der Empfänger des Lichtbildes ist hierzu nicht berechtigt.

- 2) Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und
Namensnennungsrecht, § 72 Abs. 1 i.V.m. § 13 UrhG

a) Inhalt

Daneben gebietet § 13 Satz 1 UrhG in entsprechender Anwendung (= Recht auf Anerkennung der Lichtbildnerschaft, § 72 Abs. 1 i.V.m. § 13 UrhG) die Anerkennung der Leistung des Lichtbildners in der Form, dass ein Dritter sich nicht als Lichtbilder ausgeben und sich damit die Lichtbildnerschaft anmaßen darf sowie dahingehend, dass es einem Dritten untersagt ist, die Lichtbildnerschaft des Lichtbildners zu leugnen.³⁴⁸ § 13 Satz 2 UrhG in entsprechender Anwendung räumt dem Lichtbildner das Recht ein, darüber zu bestimmen, ob das Lichtbild mit einer Bezeichnung seiner Person versehen wird und welche Bezeichnung zu verwenden ist (Namensnennungsrecht).³⁴⁹

Auch der Lichtbildner hat ein Interesse daran, mit der von ihm erbrachten Leistung in Verbindung gebracht zu werden. Er muss es nicht hinnehmen, dass ein Dritter sich als Lichtbildner anmaßt oder ihm die Leistung abgesprochen wird, z.B. konkludent durch Unterlassen der Urheberbezeichnung gem. § 13 Satz 2 UrhG.³⁵⁰

Daneben schützt das Namensnennungsrecht nicht nur die ideellen Interessen eines Urhebers, dessen schöpferische Verbindung zu dem Werk zu kommunizieren, sondern auch die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers, u.a., da die Namensnennung dazu führen kann, Folgeaufträge zu erhalten.³⁵¹ Dies ist auch auf den Lichtbildner eines einfachen Lichtbildes

348 *Dietz/Peukert*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 13 *UrhG*, Rn. 9 ff.

349 Der Schutz des Lichtbildners aus § 13 UrhG kann sich mit dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz überlagern, z.B. bei der Entfernung eines Urheberhinweises auf einem Lichtbild durch einen Mitbewerber, vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 31.03.1995 – 2 U 208/94, NJW-RR 1995, 935.

350 Die Nutzung des Werkes ohne die vom Urheber festgelegte Bezeichnung stellt den häufigsten Fall der konkludenten Urheberschaftsleugnung dar, *Dietz/Peukert*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 13 *UrhG*, Rn. 11.

351 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 13 *UrhG*, Rn. 13; AG Hamburg, Urt. v. 28.03.2006 – 36A C 181/05, juris, Rn. 47; LG Hamburg, Urt. v.

übertragbar. Insbesondere Lichtbildner solcher einfacher Lichtbilder, die unter nicht nur unerheblichem technischem Aufwand hergestellt wurden, jedoch als Lichtbildwerk nicht schutzfähig sind, z.B. ein Teil der Reproduktionsfotografien (vgl. unter Kapitel 2, B) IV)), haben ein erhebliches Interesse an der Namensnennung zur Generierung von Folgeaufträgen. Bei rein alltäglichen Knipsbildern z.B. eines Jugendlichen mit seinem Smartphone oder eines Familienvaters im Urlaub, dürfte allerdings fraglich sein, ob hier überhaupt in Betracht zu ziehen wäre, dass etwaige Folgeaufträge erteilt würden. Denn Folgeaufträge wurzeln in der Regel in besonderen technischen Fertigkeiten, einem besonderen Sinn für Ästhetik oder vergleichbaren Eigenschaften des Lichtbildners, die im Lichtbild selbst zu Tage treten. Diese sind zwar insbesondere Lichtbildwerken zu entnehmen und liegen bei alltäglichen Knipsbildern in der Regel nicht vor. Doch auch bei einfachen Lichtbildern existieren Fallgruppen, in denen Folgeaufträge relevant sein können. So kann die Herstellung originalgetreuer Reproduktionsfotografien, bei denen die Qualität der Aufnahme und das technische Know-how sich dem Betrachter offenbaren, zur Erteilung von Folgeaufträgen aufgrund der Namensnennung durchaus in Betracht kommen. Auch ein Kriegsphotograf oder ein Pressephotograf kann sich durch überzeugende Aufnahmen und ein sich aus seinen Bildern ergebendes Gefühl für die jeweilige Situation und das Gespür für das richtige „Timing“ hervortun.

Ferner weist *Schulze*³⁵², bezugnehmend auf zwei Urteile des *AG Düsseldorf*³⁵³ und des *OLG Braunschweig*³⁵⁴, in denen Lichtbilder aus Ebay-Angeboten übernommen wurden, um diese zur Bebilderung eigener Angebote auf zu verwenden, zutreffend darauf hin, dass die Namensnennung nicht nur für etwaige Folgeaufträge relevant ist, sondern auch für die Art und Weise der Nutzung des konkreten Lichtbildes durch Dritte Bedeutung erlangen kann. Liegt eine Namensnennung vor, erscheint es für einen Dritten deutlich einfacher, etwaige Nutzungsrechte beim wahren Lichtbildner anzufragen als beim Fehlen einer Namensnennung. Damit führt eine fehlende Namensnennung ggf. auch zum Entgehen weiterer Lizenzvereinbarungen und -gebühren. Die genannten wirtschaftlichen Interessen betref-

06.11.2015 – 308 O 446/14, juris, Rn. 49; OLG Hamm, Urt. v. 17.11.2015 – I-4 U 34/15, 4 U 34/15, GRUR-RR 2016, 188 (193), *Beachfashion*; BGH, Urt. v. 15.01.2015 – I ZR 148/13, GRUR 2015, 780 (784), *Motorradteile* Rn. 39.

352 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 13 UrhG, Rn. 35.

353 AG Düsseldorf, Urt. v. 13.07.2011 – 57 C 1701/11, BeckRS 2012, 14861.

354 OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920, *MFM-Honorarempfehlungen*.

fen damit nicht nur den Lichtbildner einer schöpferischen Leistung sondern auch den Lichtbildner i.S.v. § 72 UrhG. Damit ist § 13 UrhG entsprechend auf den Lichtbildner eines einfachen Lichtbildes anzuwenden.

Ausreichend ist für die Erfüllung der Anforderungen des § 13 UrhG nicht die Angabe einer (ggf. nutzungsberechtigten) juristischen Person, vielmehr fordert § 72 Abs. 1 i.V.m. § 7 UrhG³⁵⁵, dass eine natürliche Person als Lichtbildner angegeben wird.³⁵⁶ Um dem Namensnennungsrecht Genüge zu tun, ist die Herstellung eines Zusammenhangs zwischen Lichtbild und Lichtbildner erforderlich. Der österreichische OGH³⁵⁷ hat für das vergleichbar ausgestaltete österreichische Recht angenommen, dass die Urhebernennung in den Metadaten einer Lichtbilddatei genüge. Wenn im analogen Bereich sogar die Umhüllung von Negativfilmen oder die Rückseite eines Papierabzugs ausreicht, müsse dies umso mehr für die Metadaten einer Bilddatei gelten, zumal die Metadaten für den Nutzer leicht abrufbare Bestandteile der elektronischen Datei seien. Dem ist indes zu widersprechen. Das Namensnennungsrecht soll dem Lichtbildner die Beteiligung an einer Zweitverwertung sichern. Bei einer Speicherung des Namens in den Metadaten ist – anders als bei der Angabe des Namens auf der Umhüllung eines Negativfilms oder auf der Rückseite des Papierabzugs – nicht sichergestellt, dass der Nutzer die Metadaten abrufen kann. Denn auch wenn der Abruf der Metadaten technisch keine allzu hohen Schwierigkeiten bereitet, kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem durchschnittlichen Internetnutzer diese Möglichkeit bekannt oder diese technische Vorgehensweise geläufig ist. Insbesondere könnte ein Dritter, dem diese Möglichkeit nicht geläufig ist, in der Annahme, ein Lichtbildner sei nicht benannt, das Lichtbild im Wege eines Screenshots vervielfältigen und weiterverwenden, die Metadaten wären dann nicht mehr abrufbar. Zum umfassenden Schutz des Lichtbildners (eines einfachen Lichtbildes wie auch eines Lichtbildwerkes) sollte die Angabe des Urhebers in den Metadaten nicht als hinreichend aufgefasst werden.

Die auf Lichtbildner i.S.v. § 72 UrhG anwendbare Vorschrift des § 13 UrhG gewährt nicht nur den positiven Anspruch auf Namensnen-

355 Wie auch § 10 UrhG.

356 BGH, Urt. v. 18.09.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 (261), *CT-Paradies* Rn. 41.

357 Oberster Gerichtshof, Urt. v. 28.03.2017 – 4 Ob 43/17b, ZUM-RD 2017, 699 (700).

nung, sondern auch den Anspruch auf Anonymität, soweit sich ein Urheber bzw. Leistungsschutzberechtigter explizit hierfür entscheidet.³⁵⁸

- b) Sonderfall: Annahme eines Anonymisierungswillens bei Veröffentlichung oder Verbreitung durch den Lichtbildner ohne Namensnennung?

Es stellt sich die Frage, wie solche Fälle zu behandeln sind, in denen ein Lichtbildner sein Lichtbild lediglich ohne Angabe seiner Person veröffentlicht oder verbreitet. Einer solchen anonymen Veröffentlichung bzw. Verbreitung könnten zwei verschiedenen Erklärungen innewohnen,

- die Erklärung, anonym bleiben zu wollen oder
- die Erklärung, auf den Anspruch aus § 72 Abs. 1 i.V.m. § 13 UrhG zu verzichten.

Die Annahme der konkludenten Äußerung eines Anonymitätswillens überzeugt nicht. Vielmehr werden, insbesondere in sozialen Medien, oftmals Lichtbilder veröffentlicht und verbreitet, ohne dass sich der Lichtbildner mit der Bedeutung, z.B. möglichen Folgeverwertungen auseinandersetzt. Ein positiver Erklärungswille sollte aus diesem Grund der Veröffentlichung und Verbreitung ohne Namensnennung im Umkehrschluss nicht entnommen werden. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein solcher Erklärungsgehalt der Nicht-Angabe der Lichtbildnerschaft durch den Lichtbildner selbst tatsächlich innewohnt. Vor diesem Hintergrund ist dem LG Kassel³⁵⁹ zuzustimmen, das betont hat, dass die Nennung des Lichtbildners in einem solchen Fall, in dem die Anonymität gerade bezweckt war, die Angabe der Lichtbildnerschaft zu einer Rechtsverletzung in der Form der Verletzung des Anspruchs auf Anonymität führen könnte. Es erscheint jedoch vorzugswürdig, diesen Konflikt auf Rechtsfolgenebene dahingehend zu lösen, dass dem Lichtbildner, der eine Vervielfältigung oder Veröffentlichung anonym bzw. ohne Namensnennung vornimmt bzw. eine unmittelbare Zuordnung nicht ermöglicht, keine Schadensersatzansprüche wegen der nicht erfolgten Urhebernennung durch

358 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 13 *UrhG*, Rn. 32; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 13 *UrhG*, Rn. 12; *Czernik*, *Kunst und Recht* 2016, 69. Kritisch gegenüber einem Anspruch auf Anonymität: *Schmidt-Gabain*, *KUR – Kunst und Recht* 18 (2016), 130, der das Recht auf Anonymität (fast) auf unveröffentlichte Werke beschränken möchte.

359 LG Kassel, Urt. v. 04.11.2010 – 1 O 772/10, ZUM-RD 2011, 250 (252).

Dritte zugestanden werden. Dies kann zum einen auf ein Mitverschulden des Lichtbildners gestützt werden, zum andern auf das mangelnde Verschulden desjenigen, der die Namensnennung unterlassen hat.

Soweit die konkludente Erklärung eines Verzichts auf das Recht auf Namensnennung im Raum steht, überzeugt auch die Annahme einer solchen im Ergebnis nicht. Für den Urheber eines Lichtbildwerkes ist der Anspruch auf Namensnennung unverzichtbar.³⁶⁰ Zur Sicherung des Gleichlaufs mit dem Schutz von Lichtbildwerken und zur Wahrung der Rechtssicherheit sollte ebenso wie bei schöpferischen Leistungen von einer Unverzichtbarkeit auf das Namensnennungsrecht ausgegangen werden und lediglich ein Recht auf Anonymisierung zugestanden werden, falls und soweit ein solches vom Lichtbildner tatsächlich ausgeübt wird bzw. ein Verhalten vorliegt, dem konkludent nach dem objektiven Empfängerhorizont eine solche Erklärung entnommen werden kann. Andernfalls entstünden Schwierigkeiten bei fehlerhaften Kategorisierungen von Lichtbildwerken als einfache Lichtbilder und vice versa.

3) Integritätsschutz gem. § 14 UrhG

§ 14 UrhG gewährt dem Urheber eines Werkes einen Schutz vor Entstellungen und sonstigen Beeinträchtigungen seines Werkes. Eine Entstellung im Sinne der Vorschrift kann bei Lichtbildwerken z.B. in der Verwendung eines Bildausschnitts³⁶¹ oder der (insbesondere digitalen) Bildbearbeitung³⁶² (z.B. Retouchierung) liegen.³⁶³ Das Verbotungsrecht gem. § 14 UrhG findet seine Wurzeln in der engen Verbindung des Urhebers zu seinem Werk; geschützt wird das zwischen dem Urheber und seinem Werk bestehende geistige und persönliche Band.³⁶⁴

360 Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 13 UrhG, Rn. 1.

361 So wurde eine „schwerwiegende Interessenverletzung“ angenommen für die Wiedergabe eines Teiles eines Lichtbildwerkes in einer „einer Verstümmelung gleichkommenden“ und „künstlerisch abwertenden Weise“ in BGH, Urt. v. 05.03.1971 – I ZR 94/69, GRUR 1971, 525 (526 f.), *Petite Jacqueline*.

362 OLG Hamburg, Urt. v. 04.12.2014 – 5 U 72/11, ZUM 2015, 577 (580); BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 (1161), *auffett getrimmt*

363 Vgl. auch Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 14 UrhG, Rn. 38; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 14 UrhG, Rn. 60 jeweils m.w.N.

364 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 45.

Mangels schöpferischer Leistung des Lichtbildners i. S. d. § 72 UrhG liegt eine derart enge Beziehung zwischen Lichtbildner und einem einfachen Lichtbild jedoch nicht vor. Damit kann auch eine Entstellung oder sonstige Beeinträchtigung des einfachen Lichtbildes grundsätzlich kein Verbotungsrecht des Lichtbildners begründen.³⁶⁵ In entsprechender Anwendung des § 14 UrhG kann anderes nur dann gelten, wenn der Lichtbildner durch die Entstellung oder sonstige Beeinträchtigung in ähnlicher Weise wie ein Urheber eines Werkes betroffen ist, seine Interessen einer vergleichbaren Beeinträchtigung unterliegen.

*Vogel*³⁶⁶ erkennt insoweit an, dass eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegen könne, wenn z.B. eine minderwertige Wiedergabe oder Vervielfältigung geeignet ist, das berufliche Ansehen des Lichtbildners in Mitleidenschaft ziehen. Eine Lösung dieser Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über § 14 UrhG in entsprechender Anwendung kann den Ausführungen *Vogels* jedoch nicht entnommen werden. *Nordemann*³⁶⁷ führt demgegenüber zutreffend aus, dass jedenfalls Beeinträchtigungen des beruflichen Ansehens eines Lichtbildners durch eine Entstellung des Lichtbildes hervorgerufen werden können, sodass in diesen Fällen nach *Nordemann* dann § 14 UrhG entsprechend anwendbar ist und es keines Rückgriffs auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedarf.

Zunächst ist beiden zuzustimmen, dass auch der einfache Lichtbildner solche Beeinträchtigungen nicht hinnehmen muss, die geeignet sind, sein allgemeines Persönlichkeitsrecht bzw. sein berufliches Ansehen zu beeinträchtigen. Die Bewertung *Nordemanns*, derartige Konstellationen über § 14 UrhG zu lösen, verdient Zuspruch. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann im Lichte des § 72 UrhG als Weniger gegenüber dem Urheberpersönlichkeitsrecht bewertet werden, da es sämtlichen natürlichen Personen (damit auch Urhebern und Leistungsschutzberechtigten) zusteht und

365 Wie hier *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 12. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 17; Dies ebenfalls andeutend *Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auflage, 1980, S. 513; a.A. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 16; *Lauber-Rönsberg*, in: *BeckOK UrhG*, 25. Edition (Stand 15.07.2019), 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 21; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, S. 97 f.; *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 724.

366 *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 41; Auch *Thum* meint die Fallgruppen, in denen § 14 UrhG für Lichtbilder relevant sein könnten, könnten über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gelöst werden, *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 98.

367 *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 12. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 17.

dieses von einer Entstellung oder sonstigen Beeinträchtigung betroffen sein kann. Dem Lichtbildner gem. § 72 UrhG mögen keine Ansprüche zustehen, die dem spezifischen Urheberpersönlichkeitsrecht entspringen; Bewirkt eine Entstellung oder sonstige Beeinträchtigung seines Lichtbildes jedoch die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes und wird hierdurch eine Verbindung zwischen dem einfachen Lichtbild und der Persönlichkeit des Lichtbildners hergestellt, ist dies durch eine entsprechende Anwendung von § 14 UrhG zu berücksichtigen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG steht jedem Lichtbildner zu. Ist es betroffen, besteht kein Grund, den Lichtbildner auf die Geltendmachung allgemeiner zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu verweisen, § 14 UrhG kann entsprechend angewendet werden. Denkbar sind insbesondere Fälle, in denen eine Entstellung z.B. dergestalt erfolgt, dass dem Lichtbild eine extremistische, rassistische oder politische Bedeutung entnommen werden kann, da diese mit der Person des Lichtbildners in Verbindung gebracht werden könnte. Dies insbesondere, da dem Lichtbildner gem. §§ 72 Abs. 1, 13 UrhG das Recht auf Namensnennung zusteht. Wird nun sein Lichtbild unter Wahrung des Anspruchs auf Namensnennung in Verbindung mit extremistischen, rassistischen oder politischen Themen genutzt, wird der objektive Betrachter üblicherweise einen Bezug zwischen dem genannten Namen und dem Kontext der Nutzung herstellen. Er wird nämlich davon ausgehen, dass das Einverständnis des Lichtbildners zur konkreten Nutzung vorliege. Ob eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes vorliegt, bleibt eine Frage des Einzelfalls.

Nach hier vertretener Auffassung sind solche Beeinträchtigungen nicht auf Beeinträchtigungen des beruflichen Ansehens begrenzt, wie dies in den Ausführungen *Nordemanns*³⁶⁸ jedenfalls angedeutet ist. Vielmehr sind sämtliche Entstellungen und sonstigen Beeinträchtigungen, die geeignet sind, das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Lichtbildners zu beeinträchtigen, als Beeinträchtigungen und Entstellungen i.S.d. § 14 UrhG zu bewerten, ungeachtet dessen, ob er in seinem privaten oder beruflichen Rechtskreis betroffen ist.

368 *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 12. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 17.

II) Verwertungsrechte, §§ 15 ff. UrhG

Dem Lichtbildner stehen gem. §§ 72 Abs. 1, 15 ff. UrhG außerdem die in §§ 15 ff. UrhG genannten Verwertungsrechte zu. Da sich nur geringfügige, dem einfachen Lichtbildschutz spezifisch zuzuordnenden Besonderheiten ergeben, soll an dieser Stelle nur auf diejenigen Verwertungsrechte eingegangen werden, die im Gesamtkontext dieser Arbeit Relevanz entfalten. Dies betrifft konkret diejenigen Verwertungsrechte, die bei der Verfolgung von Rechtsverletzungen mit Bezug zu einfachen Lichtbildern gesteigerte tatsächliche Bedeutung erfahren.

Namentlich handelt es sich hierbei um

- das Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG;
- das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG;
- das Verbreitungsrecht gem. § 17 UrhG;
- das Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht gem. § 23 UrhG und
- das Recht auf freie Benutzung gem. § 24 UrhG.

1) Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG, Art. 2 InfoSoc-RL

a) Allgemeines

Eine Vervielfältigung ist jede körperliche³⁶⁹ Festlegung eines Werkes (bzw. einfachen Lichtbildes, §§ 72 I UrhG, 16 UrhG), die geeignet ist, das Werk (oder Lichtbild) den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.³⁷⁰

Eine solche Vervielfältigung liegt vor bei der bloßen technischen Herstellung von Lichtbildkopien wie auch bei der Herstellung von Reproduktionsfotografien. In beiden Fällen wird die Vorlage dupliziert und das neue, körperlich festgelegte Duplikat hergestellt, das für die menschlichen Sinne wahrnehmbar ist. Auch der Ausdruck eines digital auf dem Computer oder einem sonstigen Speichermedium gespeicherten Lichtbildes stellt

369 In Abgrenzung zu den unkörperlichen Verwertungsformen gem. § 15 Abs. 2 UrhG.

370 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 47.

eine Vervielfältigung dar³⁷¹, die dem menschlichen Betrachter durch Sehen und Tasten zugänglich gemacht wird.

In der digitalen Umgebung stellt insbesondere der Upload von Lichtbildern eine Vervielfältigung des Lichtbildes dar.³⁷² Der Upload eines Lichtbildes bewirkt zunächst die Herstellung einer digitalen Lichtbildkopie, die auf den jeweiligen Server eingestellt wird. Hierbei wird das Lichtbild dauerhaft körperlich festgelegt und damit den menschlichen Sinnen (Sehen) wahrnehmbar gemacht. Gleiches gilt für den Download von Lichtbildern, bei dem eine Kopie des Lichtbildes auf dem Computer des Nutzers gespeichert wird.³⁷³ Hingegen erfolgt durch Linksetzung keine Vervielfältigungshandlung, da lediglich auf eine vorhandene Abbildung durch elektronische Verknüpfung verwiesen wird.³⁷⁴ Ein Vervielfältigungsstück wird hierbei nicht hergestellt. Ferner stellt die Digitalisierung von Lichtbildern eine Vervielfältigung derselben dar, da hier eine körperliche Festlegung in einer Datei erfolgt.³⁷⁵ Daneben existieren zahlreiche weitere mögliche Vervielfältigungshandlungen.³⁷⁶

371 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 16 UrbG, Rn. 19 m. w. N.; EuGH, Urt. v. 16.07.2009 – C-5/08, GRUR Int 2010, 35 (40), *Infopaq International ./. Danske Dagblades Forening [Infopaq]*.

372 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 16 UrbG, Rn. 21; BGH, Urt. v. 18.09.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 (260), *CT-Paradies*; Urt. v. 10.01.2019 – I ZR 267/15, GRUR 2019, 813 (818), *Cordoba II*; Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 (269), *World of Warcraft I*; KG Berlin, Urt. v. 28.09.2015 – 24 U 178/14, GRUR 2016, 265 (267), *Davidoff-Parfum*.

373 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 16 UrbG, Rn. 21; BGH, EuGH-Vorlage v. 03.02.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 (419), *Used-Soft*.

374 Kroitzsch/Götting, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 16 UrbG, Rn. 6.

375 BGH, Urt. v. 10.12.1998 – I ZR 100/96, GRUR 1999, 325 (327), *Elektronische Pressearchive*; KG Berlin, Urt. v. 28.09.2015 – 24 U 178/14, GRUR 2016, 265 (267), *Davidoff-Parfum*.

376 Besonders umfassende Darstellung möglicher Vervielfältigungshandlungen bei Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 16 UrbG, Rn. 7 ff.; vgl. außerdem Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 16 UrbG, Rn. 9 ff. sowie spezifisch bzgl. Lichtbildern und Lichtbildwerken vgl. Heerma, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 16 UrbG, Rn. 14.

b) Vervielfältigung trotz Veränderung? – Bewertung von Abweichungen, Format- und Größenänderungen

Für das Vorliegen einer Vervielfältigung ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht zwingend die identische Nachbildung erforderlich, auch die Herstellung eines bis zu einem gewissen Grad abweichenden Vervielfältigungsstücks, z. B. durch Bearbeitung oder Umgestaltung, ist unter den allgemeinen urheberrechtlichen Vervielfältigungsbegriff des § 16 UrhG zu subsumieren. Dies gilt nach einhelliger Auffassung bei der Vervielfältigung von Werken jedenfalls dann, wenn die Vervielfältigung ohne eigene schöpferische Ausdruckskraft geblieben ist und sich daher – trotz der vorgenommenen Umgestaltung – noch im Schutzbereich des Originals hält, weil dessen Eigenart auch in der Nachbildung erhalten bleibt und ein übereinstimmender Gesamteindruck besteht.³⁷⁷ Deshalb sind z.B. Kunstfälschungen, denen es typischerweise innewohnt, dass die Eigenarten der Vorlage übernommen werden, als Vervielfältigungen i. S. d. § 16 UrhG zu bewerten.³⁷⁸ Bei einfachen Lichtbildern ist insoweit allerdings zu berücksichtigen, dass eine nachschaffende Übernahme grundsätzlich zulässig ist und keine unzulässige Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG darstellt.³⁷⁹ Z.B. das Abzeichnen eines einfachen Lichtbildes stellt demnach keine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG dar. Bei einfachen Lichtbildern kann nur bei Verwendung der konkreten Abbildung selbst eine Vervielfältigung vorliegen. Wird diese minimal verändert, sodass der Gesamteindruck bestehen bleibt, liegt auch hier eine Vervielfältigung vor, angesichts des deutlich engeren Schutzbereiches einfacher Lichtbilder gegenüber Werken können jedoch nur geringfügige Veränderungen zur Annahme einer Vervielfältigung i.S.d.

377 BGH, Urt. v. 10.12.1987 – I ZR 198/85, GRUR 1988, 533 (535), *Vorentwurf II*; Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (629), *Vorschaubilder*; Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 16 UrhG, Rn. 10; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 16 UrhG, Rn. 7; Loschelder, GRUR 2011, 1078 (1083); Ott, ZUM 2007, 119 (125); a.A. für einfache Lichtbilder Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auflage, 1980, S. 512.

378 OLG Hamburg, Urt. v. 29.01.1998 – 3 U 244/94, ZUM 1998, 938 (941 f.).

379 BGH, Urt. v. 04.11.1966 – Ib ZR 77/65, GRUR 1967, 315 (316), *skaicubana*; OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94 ZUM, 217 (221); OLG München, Urt. v. 17.01.1991 – 6 U 5167/90, NJW-RR 1992, 369; Sowie näher zur fehlenden Sperrwirkung bzgl. des Motivs *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrhG, Rn. 37. In der Übernahme eines Motivs kann bei Hinzutreten unlauterer Umstände eine wettbewerbswidrige Handlung vorliegen, vgl. OLG München, Urt. v. 17.01.1991 – 6 U 5167/90, NJW-RR 1992, 369.

§ 16 UrhG führen, auf das Hinzutreten einer schöpferischen Ausdruckskraft o.ä. kommt es nicht an.

Ferner soll es sich auch bei solchen Nachbildungen, bei denen Format- und Größenveränderungen (z.B. bei Vorschaubildern bzw. sog. Thumbnails³⁸⁰) gegenüber der Vorlage erfolgen, grundsätzlich um zustimmungspflichtige Vervielfältigungen i. S. d. § 16 UrhG handeln.³⁸¹ Bei einfachen Lichtbildern gilt dies erst Recht. Hinsichtlich einfacher Lichtbilder gem. § 72 UrhG ist nämlich zu berücksichtigen, dass diesen keine Individualität oder besondere Eigenart innewohnt, die durch die Formatänderung entfallen könnte. Die Verwendung von Vorschaubildern, bei denen ein geschütztes Werk in verkleinerter Form auf den Server der verlinkenden Website hochgeladen wird, stellt hiernach grundsätzlich eine Vervielfältigung dar³⁸², die jedoch dann gerechtfertigt ist, wenn davon auszugehen ist, dass der Rechtsinhaber damit einverstanden ist.³⁸³ Dies soll dann der Fall sein, wenn ein Rechtsinhaber sein Werk ohne Beschränkungen in das Internet einstellt, denn grundsätzlich müsse derjenige, der ein Werk in das Internet einstelle und diese ohne Einschränkungen frei zugänglich mache, mit den üblichen Nutzungen, z.B. einer Bildersuche, rechnen.³⁸⁴ Werde das Werk ohne Einschränkungen eingestellt, sei nach dem objektiven Empfängerhorizont durch den Suchmaschinenbetreiber davon auszugehen gewesen, dass ein Einverständnis in die Werknutzung dieses Umfangs

380 Vgl. hierzu ausführlich unter Kapitel 3, B) II) 2) b) dd).

381 BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 (673), *Bibelreproduktion*; Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (629), *Vorschaubilder*; Dreier, in: Blaurock/Bornkamm/Kirchberg, Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, *Thumbnails als Zitate?*, 2009, S. 225 (227).

382 Vgl. auch Dreier, in: Blaurock/Bornkamm/Kirchberg, Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, *Thumbnails als Zitate?*, 2009, S. 225 (227) mit Hinweis auf a.A. Nolte, *Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht*, 1. Auflage 2009, 2009, S. 252 f., der eine Analogie zu Abstracts annimmt und den Vorschaubildern ein reines Informationsinteresse zuweist und aus diesem Grund eine analoge Anwendung von § 12 Abs. 2 UrhG befürwortet.

383 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (629, Rn. 16), *Vorschaubilder*; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 16 UrhG, Rn. 26. Vgl. hierzu außerdem Bullinger/Garbers-von-Boehm, GRURPrax 2010, 257

384 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (632, Rn. 36), *Vorschaubilder*.

als übliche Nutzung vorliege.³⁸⁵ Hierauf wird unter Kapitel 3, B) II) 2) b) dd) näher eingegangen werden.³⁸⁶

c) Verwendung von Teilen eines einfachen Lichtbildes als Vervielfältigungshandlung

aa) Problemaufriss

Es stellt sich außerdem die Frage, inwiefern die Übernahme von Teilen eines Lichtbildes eine Vervielfältigung i. S. d. § 16 UrhG darstellt. Dass auch Teile eines Lichtbildes oder eines Lichtbildwerkes tatbestandlich von § 72 UrhG erfasst werden, wurde bereits unter Kapitel 2, C) II) erörtert. Würde demnach ein kleinstes Pixel eines Lichtbildes dupliziert, stellte dies bei uneingeschränkter Anwendung des § 16 UrhG hierauf eine zustimmungspflichtige Vervielfältigungshandlung im Sinne des § 16 UrhG dar. Auch könnte sich ein Lichtbildner aus seinem Recht gem. § 16 UrhG gegen die Vervielfältigung seines Lichtbildes zur Wehr setzen, die aufgrund geringfügiger Veränderungen oder Verpixelungen nach hier vertretener Auffassung³⁸⁷ nicht mehr als Vervielfältigung des ganzen einfachen Lichtbildes bewertet werden kann, da jedenfalls eine Vervielfältigung von Teilen des Lichtbildes vorläge.

Während einige Autoren³⁸⁸ den Pixelschutz uneingeschränkt annehmen und in Kauf nehmen, dass ggf. im Rahmen der Beweisführung Schwierigkeiten des Lichtbildners entstehen könnten, die dann durch Grundsätze der Beweislast zu klären seien, haben sich insbesondere die Gerichte³⁸⁹ mit

385 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (632, Rn. 36), *Vorschau-bilder*.

386 Die Abhandlung erfolgt parallel zur Rechtsprechung des BGH, der ein Sachverhalt zugrunde lag, bei dem die Vervielfältigungshandlung in den USA erfolgt, vgl. BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (629), *Vorschau-bilder*, sowie der darauf aufbauenden Auseinandersetzung in der Literatur im Zusammenhang mit der öffentlichen Zugänglichmachung.

387 Vgl. hierzu zuvor unter Kapitel 3, B) II) 1) b).

388 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 15; *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 40; *Dreier*, in: Lehmann, Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), *Bildwerke und Multimedia*, 1997, S. 119 (131); *Schulze*, ZUM 1994, 15 (22); LG Berlin, Urt. v. 30.07.2015 – 16 O 410/14, ZUM 2015, 1011 (1012).

389 Vgl. insbesondere zu Tonträgerherstellerrechten die (noch nicht abgeschlossene) Historie der sog. „Metall auf Metall“-Verfahren: LG Hamburg, Urt. v.

möglichen Einschränkungen des Teileschutzes auf der Ebene der Verwertungsrechte befasst. Auch wenn diese Rechtsprechung insoweit zum Tonträgerherstellerrecht ergangen ist, kommt ggf. eine Übertragbarkeit der dort festgestellten Grundsätze auf Lichtbilder in Betracht. Die Hintergründe zur Diskussion um den Teileschutz bei Leistungsschutzrechten wird zunächst unter bb) dargestellt werden, bevor die Grundsätze der Rechtsprechung wiedergegeben (hierzu unter cc)) und diese einer Bewertung unterzogen (hierzu unter dd)) und die Übertragbarkeit der Grundsätze auf Lichtbilder thematisiert wird (hierzu unter ee)).

bb) Hintergrund

Während bei Teilen eines dem Urheberrechtsschutz unterworfenen Werkes bereits im Rahmen der Schutzfähigkeit eine erhebliche Einschränkung dahingehend besteht, einen Teileschutz nur dann zu gewähren, wenn der Werkteil die notwendige Schöpfungshöhe erreicht hat und damit ein Maß an Individualität aufgewiesen muss, ist bei Teilen einer leistungsschutzrechtlich geschützten Vorlage, wie unter Kapitel 2, C) II) dargelegt, tatbestandlich jeder kleinste Teil dem Leistungsschutz zugänglich. Dass in der Übernahme eines solchen Teils und einer isolierten Vervielfältigung desselben eine zustimmungsbedürftige Vervielfältigung i. S. d. § 16 UrhG liegt, ist damit folgerichtig. Denn es wird ein geschützter Lichtbildteil dupliziert – also vervielfältigt.

Dieses Ergebnis ist gleichwohl verbreitet auf Widerstand gestoßen, insbesondere soweit es sich um Teile handelt, die in ein neues Werk übernommen werden. Denn es ist einhellig anerkannt, dass Neuentwicklungen und neues künstlerisches Schaffen es oftmals voraussetzen, auf bereits Bestehendes aufzubauen, weshalb die Anlehnung an bereits existente Werke bzw. andere Vorlagen sowie die Einholung von Inspirationen auf Basis derselben grundsätzlich zulässig sein soll, soweit ein hinreichender innerer

08.10.2004 – 308 O 90/99; OLG Hamburg, Urt. v. 07.06.2006 – 5 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3; BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403, *Metall auf Metall*; OLG Hamburg, Urt. v. 17.08.2011 – 5 U 48/05, GRUR-RR 2011, 396, *Metall auf Metall 2*; BGH, Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614, *Metall auf Metall II*; BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690, *Sampling*; BGH, EuGH-Vorlage v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, *Metall auf Metall III*; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, *Pelham/Hütter u.a.*

Abstand zur Vorlage besteht.³⁹⁰ Vor diesem Hintergrund wurden verschiedene Ansätze entwickelt, den Teileschutz einzuschränken.

cc) Rechtsprechungsentwicklung

Die Frage der Verwertung von Teilen leistungsschutzrechtlich geschützter Objekte hat in der Rechtsprechung vor allem in Bezug auf das sog. Tonträger-Sampling, bei dem kürzeste Audiosequenzen von bestehenden Tonträgern entnommen und sodann in ein neues Musikstück eingefügt werden, Bedeutung erfahren.

(1) BGH: Metall auf Metall (2008) & Metall auf Metall II (2012)

Eine Einschränkung des so weitreichenden Schutzbereiches für Audiofragmente eines Tonträgers wurde durch den BGH zunächst über eine (analoge³⁹¹) Anwendung von § 24 UrhG herbeigeführt.³⁹² § 24 Abs. 1 UrhG ermöglicht die Veröffentlichung und Verwertung eines urheberrechtlich geschützten Werkes, das in freier Benutzung eines Werkes eines anderen geschaffen worden ist, ohne dass eine Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes erforderlich wäre. Zweck der Regelung ist die Fortentwicklung des Kulturschaffens aufgrund zuvor erwähnter Annahme, dass künstlerische

390 *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 24 *UrhG*, Rn. 2; *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 24 *UrhG*, Rn. 1; *Ahlberg*, in: BeckOK *UrhG*, 26. Edition, Stand: 20.01.2018, 2018, § 24 *UrhG*, Rn. 1; BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*; Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 (615, Rn. 14), *Metall auf Metall II*.

391 Der BGH hat in der Entscheidung *Metall auf Metall* (mangels Benutzung eines Werkes eines anderen und mangels Verweises in § 85 UrhG auf § 24 UrhG zutreffend) eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die Frage einer freien Benutzung thematisiert, vgl. BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*. Eine Analogie ist bei Lichtbildern jedoch aufgrund der ausdrücklich in § 72 Abs. 1 UrhG angeordneten entsprechenden Anwendung nicht erforderlich.

392 BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*; Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 (404 ff.), *Metall auf Metall II*.

sches Schaffen es oftmals voraussetze, auf bereits Bestehendes aufzubauen.³⁹³

Der BGH hatte zunächst eine freie Benutzung bei der Verwendung fremder Audiosequenzen nur dann angenommen, wenn es sich um solche Teile handelte, die vom Übernehmenden nicht selbst in einer solchen Weise hätten hergestellt werden können, die aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise dem Original gleichwertig wären.³⁹⁴ Habe der Übernehmende diese Teile gleichwertig selbst herstellen können, sei der Übernehmende zur Fortentwicklung des Kulturschaffens nämlich nicht auf die Übernahme angewiesen, ihm stehe vielmehr die Möglichkeit zur Verfügung, die Audiosequenzen eigenständig herzustellen.³⁹⁵

(2) BVerfG: Sampling (2016)

Dieser Auffassung hat das BVerfG eine Absage erteilt.³⁹⁶ Bei der Beantwortung der Frage, ob eine freie Benutzung vorliege, sei die in § 24 UrhG zum Ausdruck kommende Kunstfreiheit angemessen zu berücksichtigen. Die Annahme einer freien Benutzung kleinster Teile führe zu einem nur geringfügigen Eingriff in das verwandte Schutzrecht ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile für den Tonträgerhersteller. Die Nichtannahme einer freien Benutzung hingegen führe zu einer erheblichen Beeinträchtigung der künstlerischen Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit desjenigen, der sich einer kurzen Audiosequenz eines Dritten bedienen wolle, ohne diese selbst herzustellen.³⁹⁷ Das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit stelle den Neuschaffenden

„vor die Alternative, sich entweder um eine Samplelizenzierung durch den Tonträgerhersteller zu bemühen oder das Sample selbst nachzuspielen. In beiden Fällen würden jedoch die künstlerische Betätigungs-

393 BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*; Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 (405), *Metall auf Metall II*.

394 BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*; Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 (615), *Metall auf Metall II*.

395 BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*; Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614 (615), *Metall auf Metall II*.

396 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690, *Sampling*.

397 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 (695), *Sampling*.

freiheit und damit auch die kulturelle Fortentwicklung eingeschränkt, was der BGH im Rahmen seiner Prüfung der Kunstfreiheit nicht hinreichend berücksichtigt“

habe.³⁹⁸ Ferner führe die Anwendung dieses Kriteriums zu einer erheblichen Unsicherheit für die Kunstschaffenden.³⁹⁹ Es sei außerdem nicht geeignet, einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Interesse an einer ungehinderten künstlerischen Fortentwicklung und den Eigentumsinteressen der Leistungsschutzinhaber (Tonträgerproduzenten) herzustellen.⁴⁰⁰ Das BVerfG hob die vorangegangenen Urteile demnach wegen einer Verletzung der Nachschaffenden in ihrem Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an den BGH zurück.⁴⁰¹ Dies jedoch nicht, ohne dem BGH nahezu legen, die europarechtliche Beurteilung der in Rede stehenden Rechtsfragen zu prüfen und diese, falls notwendig, dem EuGH vorzulegen.⁴⁰²

(3) BGH: Metall auf Metall III (2017)

Der BGH ist dem nach erfolgter Zurückverweisung letztlich gefolgt und hat dem EuGH mit Vorlagebeschluss vom 01.06.2017⁴⁰³ verschiedene Fragen bezüglich des Tonträger-Samplings vorgelegt.

(4) EuGH: Pelham/Hütter u.a. (2019)

Der Generalanwalt ging in seinen Schlussanträgen noch davon aus, dass das Sampling eine Zustimmung des Tonträgerherstellers voraussetze, da in der Verwendung der Tonträgerteile eine Vervielfältigung vorliege, die ohne Zustimmung des Tonträgerherstellers unzulässig sei. Von etwaigen Einschränkungen ließ sich der Generalanwalt nicht überzeugen. Insbesondere

398 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 (694), *Sampling*.

399 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 (694 f.), *Sampling*. Das BVerfG hat bei dieser Feststellung insbesondere darauf verwiesen, dass im Ausgangsverfahren zur Klärung der Frage der Nachspielbarkeit mehrere Gutachter bestellt und mehrere Verhandlungstage anberaumt worden waren.

400 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 (695), *Sampling*.

401 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 (695), *Sampling*.

402 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 (696 f.), *Sampling*.

403 BGH, EuGH-Vorlage v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, *Metall auf Metall III*.

stelle die Einholung einer Lizenz keine unangemessene Beschränkung der Kunstfreiheit dar, die zu einem anderen Ergebnis führe.⁴⁰⁴ Ferner sei die Anwendung einer Vorschrift wie der des § 24 UrhG unzulässig, da insoweit der Rahmen der in Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (im Folgenden: InfoSoc-RL) vorgesehenen, vollharmonisierten Ausnahmen und Beschränkungen der ausschließlichen Rechte überschritten werde.⁴⁰⁵

Auch der EuGH führte im Ergebnis aus, dass eine Vorschrift, die eine Ausnahme oder Beschränkung des Tonträgerherstellerechtes vorsehe, die nicht in Art. 5 InfoSoc-RL vorgesehen sei, einen Verstoß gegen das Unionsrecht darstelle.⁴⁰⁶ Ausnahmen und Beschränkungen eingeräumter Urheber- und Leistungsschutzrechte seien in Art. 5 InfoSoc-RL abschließend geregelt; die Befugnis, eine Regelung wie § 24 UrhG vorzusehen, die in Abweichung zu Art. 5 InfoSoc-RL eine Ausnahme oder Beschränkung der Rechte aus Art. 2 bis 4 InfoSoc-RL darstelle, bestehe nicht.⁴⁰⁷

Anders als noch der Generalanwalt hat der EuGH allerdings nicht pauschal das Vorliegen einer unzulässigen Beschränkung der Kunstfreiheit abgelehnt. Vielmehr hat der EuGH sich mit der Kunstfreiheit des Samplenden befasst. Der EuGH hat zunächst festgestellt, dass zwar rein begrifflich die Entnahme einer kurzen Audiosequenz eine teilweise Vervielfältigung i.S.v. Art. 2c InfoSoc-RL darstelle und auch Sinn und Zweck des Investitionsschutzes eine solche Bewertung forderte. Ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers liege demnach grundsätzlich auch beim Sampling vor. Allerdings mangle es an einer „Vervielfältigung“, wenn das entnommene Audiofragment in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk benutzt werde.⁴⁰⁸ Liege eine Wiedererkennbarkeit der Audiosequenz nicht vor, sei auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch eine „Vervielfältigung“ des Tonträgers nicht anzunehmen, außerdem entspreche dies auch nicht dem er-

404 Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts v. 12.12.2018 – C-476/17, ZUM 2019, 237 (248).

405 Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts v. 12.12.2018 – C-476/17, ZUM 2019, 237 (244).

406 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (932 f.), *Pelham/Hütter u.a.* Diese Frage war und ist noch immer äußerst umstritten, die Folgen sind noch unklar, vgl. hierzu sogleich unter ee).

407 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (933), *Pelham/Hütter u.a.*

408 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (931), *Pelham/Hütter u.a.*

forderlichen Interessenausgleich, da die Entnahme eines kurzen Audiofragmentes dem Tonträgerhersteller nicht die Möglichkeit nehme, einen zufriedenstellenden Ertrag aus seinen Investitionen zu erzielen.⁴⁰⁹ Insoweit hat der EuGH eine Abwägung zwischen dem in Art. 17 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta einerseits und der in Art. 13 der EU-Grundrechtecharta geschützten Kunstfreiheit andererseits vorgenommen und der Kunstfreiheit den Vorrang eingeräumt, solange und soweit eine Wiedererkennbarkeit nicht vorliege. Im Übrigen komme die Annahme eines Zitates nicht in Betracht, soweit eine Wiedererkennbarkeit und damit eine Interaktion der Vorlage nicht gegeben sei.⁴¹⁰

dd) Bewertung der Lösung des EuGH – Ablehnung einer Vervielfältigungshandlung

Im Ergebnis überrascht es nicht, dass der EuGH die Kunstfreiheit deutlich stärker berücksichtigt hat, als dies noch der Generalanwalt getan hatte.⁴¹¹ Dieses Ergebnis ist auch zu begrüßen. Selbst wenn nämlich bei rein objektiver und wortlautgetreuer Anwendung des Gesetzes bzw. der Richtlinie eine Vervielfältigung vorliegt, darf bei angemessener Berücksichtigung der Kunstfreiheit eine Einschränkung Dritter, die sich künstlerisch verwirklichen möchten und hierbei auf entsprechende Vorlagen zurückgreifen, nicht erfolgen, soweit keine relevante Interessenbeeinträchtigung des Inhabers des älteren Schutzrechts vorliegt.

Wird eine zwei Sekunden andauernde Sequenz entnommen und in ein neues Werk eingebracht, wird das durch das UrhG sowie durch die Richtlinie 2001/29/EG geschützte Interesse des Tonträgerherstellers an einem Investitionsschutz nicht beeinträchtigt. Bestehen daneben keine anderen Interessen des Tonträgerherstellers, die einem Überwiegen der Kunstfreiheit des Übernehmenden entgegenstünden, sind das Überwiegen der Kunstfreiheit und die Rechtfertigung eines Eingriffes in das Tonträgerherstellerrecht festzustellen.

409 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (931), *Pelham/Hütter u.a.*

410 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (933), *Pelham/Hütter u.a.*

411 Ausführlich zu den Schwierigkeiten, die aufzutreten wären, wenn der EuGH nach Auffassung des BVerfG die Grundrechte nicht hinreichend bewahrt hätte (Solange-Rechtsprechung): *Apel*, MMR 2019, 97 (99); *Apel*, MMR 2019, 601 (602).

Auch wenn damit im Ergebnis dem EuGH dahingehend zuzustimmen ist, dass in bestimmten Fällen der Kunstfreiheit Vorrang vor der pauschalen Annahme einer unzulässigen Vervielfältigungshandlung zu gewähren ist, ist jedoch die Verortung der Problematik bei der Bewertung des (Nicht-)Vorliegens einer „Vervielfältigung“ fragwürdig und dogmatisch kaum tragbar.⁴¹² Durch diese Verortung setzt sich der EuGH außerdem zu seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch. Zunächst führt er nämlich aus, dass auch die Vervielfältigung eines nur sehr kurzen Audiofragmentes eines Tonträgers grundsätzlich eine „teilweise“ Vervielfältigung darstelle⁴¹³, bevor er sodann darlegt, dass nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch eine Vervielfältigung nicht vorliege, wenn diese in nicht wiedererkennbarer Form erfolge.⁴¹⁴ Der EuGH stuft damit die Entnahme eines kurzen Audiofragmentes selbst als Vervielfältigung ein, bevor er diese Bewertung rein ergebnisorientiert revidiert. Bereits aus diesem Grund kann die Begründung nicht überzeugen.

In dogmatischer Hinsicht ist des Weiteren zu beachten, dass der Begriff der Vervielfältigung an eine Vervielfältigungshandlung anknüpft, deren Vorliegen rein objektiv danach zu beurteilen ist, ob ein Erzeugnis hergestellt wird, das der Vorlage entspricht, also ein Duplikat hergestellt wird. Der Vervielfältigungsbegriff ist hierbei wertneutral und einer Abwägung nicht zugänglich. Auch die Übernahme einer sehr kurzen Sequenz eines Tonträgers oder eines kleinen Anteils eines sonstigen geschützten Rechtsgutes stellt – sowohl nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als auch nach der Dogmatik der einschlägigen Regelungen – eine Vervielfältigung dar. Die Bewertung des EuGH führte jedoch dazu, dass die Handlung der Entnahme einer kurzen Sequenz je nach Wiedererkennbarkeit als Vervielfältigung einzustufen wäre oder eben nicht. Außerdem wirft die Begründung des EuGH die Frage auf, ob nach seinen Ausführungen auch die reine Entnahme eines Teils ohne Einfügung in ein anderes Werk eine zulässige Vervielfältigung darstellte, soweit eine Wiedererkennbarkeit nicht vorläge. Dieses Ergebnis würde jedenfalls dem Umstand nicht gerecht, dass in einem solchen Fall schlicht Elemente entnommen werden, ohne dass eine Abwägung mit der Kunstfreiheit des Entnehmenden geboten ist.

412 Ebenfalls kritisch *Papastefanou*, CR 2019, 600 (600 f.); *Rauer*, K&R 2019, 572 (573).

413 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (931), *Pelham/Hütter u.a.* Rn. 29.

414 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (931), *Pelham/Hütter u.a.* Rn. 31 ff.

Es wäre vorzugswürdig gewesen, der EuGH hätte in solchen Fällen, in denen er eine Vervielfältigungshandlung aufgrund der angestellten Wertungen nicht zu erkennen vermag, infolge der Abwägung eine teleologische Reduktion des Vervielfältigungsrechts des Tonträgerherstellers vorgenommen, statt auf widersprüchlichem und dogmatisch zweifelhaftem Weg eine Einschränkung am Begriff der Vervielfältigung zu begründen.⁴¹⁵

Im Übrigen wird in der Literatur⁴¹⁶ die Entscheidung des EuGH zutreffend dahingehend kritisiert, dass die angewendeten Kriterien nicht sachgerecht seien. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Auseinandersetzung mit der Kunstfreiheit erfolgt ist, erscheint es nämlich problematisch, das Kriterium der Wiedererkennbarkeit als Abgrenzungskriterium zwischen zulässiger und unzulässiger Vervielfältigung bzw. Übernahme eines Audiofragmentes anzuwenden. Denn gerade die wiedererkennbare Übernahme von Audiofragmenten bzw. Werkteilen kann als stilistisches Mittel verwendet werden, ohne dass dies der Entstehung eines neuen Kunstwerkes entgegenstünde. Gerade mit Blick auf Lichtbilder stellt sich z.B. die Frage, wie sog. Fotomosaik, bei denen eine Vielzahl von Lichtbildern oder Lichtbildteilen verwendet wird, um ein neues Gesamtbild zu schaffen, zu bewerten sind. Bei naher Betrachtung können diese Teile wiedererkennbar sein, gleichwohl kann nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass der Hersteller des Mosaikes die Lichtbilder bzw. Lichtbildteile im Rahmen künstlerischen Schaffens benutzt hat. Die Anwendung des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit bedeutete demnach, dass eine konkrete Kunstform, in der eine erkennbare Auseinandersetzung mit oder Benutzung von einem anderen geschützten Werk oder sonstigem Objekt erfolgt, nicht hinreichend gewürdigt würde.⁴¹⁷ Es wäre vor diesem Hintergrund vorzugswürdig gewesen, auf diejenigen Kriterien abzustellen, die letztlich die vorzunehmende Abwägung der grundrechtlich geschützten Positionen maßgeblich bestimmen – nämlich die Beeinträchtigung der geschützten Interessen (namentlich des Investitionsschutzes) des Tonträgerherstellers einerseits und die Wahrung der Kunstfreiheit des Nutzers andererseits. Sind die Interessen des Tonträgerherstellers nicht beeinträchtigt, sollte dem Tonträgerhersteller zugunsten des neu schaffenden Künstlers die Gewährung eines Leistungsschutzrechts zulasten des Kunstschaffenden

415 Ebenso *Rauer*, K&R 2019, 572 (573).

416 *Rauer*, K&R 2019, 572 (573); *Papastefanou*, CR 2019, 600 (601).

417 Eine solche Übernahme wäre dann nur im Rahmen eines Zitates gem. § 51 UrhG möglich, allerdings wird es hier nicht selten an dem erforderlichen Zitat Zweck mangeln.

versagt werden. Eine solche Interessenbeeinträchtigung ist bei Übernahme einer zweisekündigen Sequenz auch dann nicht per se festzustellen, wenn diese Sequenz in der neu entstandenen Leistung wiedererkennbar ist. Es müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, die eine Interessenbeeinträchtigung begründen. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn ein Teil übernommen wird, der eine Länge und Relevanz aufweist, die zu einer Substituierbarkeit der Leistungen führt. In diesem Fall kommt nämlich eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Tonträgerherstellers in Betracht. Auch wenn die entnommenen Teile dergestalt eingesetzt werden, dass ihnen Inhalte beigegeben oder sie in einen Kontext gesetzt werden, die den Schutzrechtsinhaber in sonstiger Weise negativ betreffen, kann eine teleologische Reduktion geboten sein, um die Interessen des Rechtsinhabers zu wahren. Dies z.B., wenn durch die Übernahme eine Verbindung zu politischen oder sonstigen Werten hergestellt wird, mit denen der ursprüngliche Schutzrechtsinhaber sich nicht identifizieren kann bzw. möchte oder wenn durch die konkrete Verwendung des Teils eine Herabwürdigung des Schutzrechtsinhabers erfolgt.

ee) Übertragbarkeit auf Lichtbildschutz?

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Grundzüge der zum Tonträgerherstellerrecht ergangenen Rechtsprechung auf den Lichtbildschutz übertragen werden können, sodass sich die künftige Rechtspraxis an der diesbezüglichen Rechtsprechung zu orientieren hätte.

Im Ergebnis hat der EuGH seine Entscheidung auf eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Tonträgerherstellers und des Übernehmenden gestützt, die er im Rahmen der Bestimmung der Vervielfältigungshandlung verortet hat. Das Vorliegen einer Vervielfältigung hat der EuGH ausgeschlossen, soweit eine Wiedererkennbarkeit des übernommenen Teils nicht vorliegt. Auch beim Schutz einfacher Lichtbilder ist der Vervielfältigungsbegriff heranzuziehen, der für Lichtbildwerke zugrunde gelegt wird⁴¹⁸, § 72 Abs. 1 UrhG, sodass auch bei einfachen Lichtbildern im Falle einer uneingeschränkten Anwendung der Rechtsprechung des EuGH das Kriterium der Wiedererkennbarkeit zu berücksichtigen ist.

Liegt eine Wiedererkennbarkeit nicht vor, müssen die Interessen des Lichtbildners hinter den Interessen desjenigen zurücktreten, der in Ausübung der ihm zustehenden Kunstfreiheit kleinste Teile übernimmt. Bei

418 Art. 2 lit. a InfoSoc-RL i.V.m. Art. 2 Abs. 1 RBÜ.

der Übernahme kleinster Teile eines einfachen Lichtbildes in ein fremdes Werk ist bei nicht vorliegender Wiedererkennbarkeit davon auszugehen, dass es sich nicht um eine zustimmungsbedürftige Vervielfältigungshandlung handelt. Dies umso mehr als die Interessen des Lichtbildners i.S.v. § 72 UrhG in vielen Fällen noch geringer zu gewichten sind als diejenigen des Tonträgerherstellers, der erhebliche Investitionen zur Herstellung des Tonträgers vornimmt. Beim Schutz einfacher Lichtbilder kommt eine dem Tonträgerhersteller vergleichbare Interessenlage nur in Ausnahmefällen, z.B. bei der Herstellung aufwändiger Lichtbilder durch Berufslichtbildner, in Betracht. Der durchschnittliche Smartphone-Nutzer wird hingegen keine relevanten Interessen vortragen können, die ein Überwiegen seiner Interessen gegenüber denjenigen eines Kunstschaffenden, der sich auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG beruft, begründeten. Vor diesem Hintergrund ist sogar fraglich, ob nicht in Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH sogar eine weitergehende Einschränkung des Vervielfältigungsbegriffes bei der Übernahme erkennbarer Teile eines einfachen Lichtbildes – oder wie nach hier vertretener Auffassung eine weitergehende teleologische Reduktion des Vervielfältigungsrechts für einfache Lichtbilder – zugunsten der Kunstfreiheit in Betracht käme.

Für nicht wiedererkennbare Sekundärnutzungen von Lichtbildteilen ist damit in Übertragung der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls geklärt, dass eine Vervielfältigungshandlung bereits nicht vorliegt. Offen bleibt insbesondere die Frage, wie mit wiedererkennbaren Sekundärnutzungen umzugehen sein wird und ob ggf. insoweit § 24 UrhG weiter Anwendung finden kann. Dem wird unter Kapitel 3, B), II) 4) b) nachgegangen werden.

- 2) Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und insbesondere Recht auf öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL

Gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 UrhG hat der Urheber das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe). Von diesem Recht erfasst ist insbesondere das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, vgl. § 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UrhG.

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe einschließlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ist außerdem in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL niedergelegt und wird damit erheblich durch europäische Einflüsse bestimmt. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffent-

lichen Zugänglichmachung sind vielfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen gewesen, die Auslegung der Begriffe wurde stets fortentwickelt. Hierbei wurde regelmäßig nicht klar differenziert zwischen dem Recht der öffentlichen Wiedergabe im Allgemeinen und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Besonderen, da die öffentliche Zugänglichmachung lediglich eine Form der öffentlichen Wiedergabe darstellt, kommt es auf eine klare Abgrenzung in der Regel auch nicht an.⁴¹⁹ Relevant wird die Differenzierung nur, soweit Leistungsschutzrechte gem. Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL betroffen sind. Den Rechtsinhabern der dort genannten Leistungsschutzrechte steht nämlich lediglich das engere Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zu, während den Urhebern schöpferischer Werke gem. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL ein Ausschließlichkeitsrecht für die öffentliche Wiedergabe eingeräumt wird. Da § 72 Abs. 1 UrhG auf die für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften verweist, steht auch dem Lichtbildner eines einfachen Lichtbildes das umfassendere Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. § 72 Abs. 1 i.V.m. §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG bzw. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL zu.

Im Folgenden werden zunächst vorhandene (Legal-)Definitionen sowie entwickelte Voraussetzungen dargestellt werden (unter a)), bevor im Anschluss auf typische Handlungen der öffentlichen Wiedergabe eingegangen werden wird (unter b)). Ferner werden weitere Sonderkonstellationen behandelt, die jüngst Gegenstand der Rechtsprechung gewesen sind (unter c)).

- a) (Legal-)Definitionen und Voraussetzungen der öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL

Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe setzt kumulativ das Vorliegen einer „Handlung der Wiedergabe“ sowie die „Öffentlichkeit“ dieser Wie-

419 So hat der BGH in seiner Entscheidung *Córdoba II*, ausgehend vom Vorliegen einer öffentlichen Zugänglichmachung, festgestellt, dass es sich „bei der öffentlichen Zugänglichmachung um einen besonderen Fall der öffentlichen Wiedergabe handelt“ und daher „eine öffentliche Zugänglichmachung nur vorliegen [könne], wenn das beanstandete Verhalten die Tatbestandsmerkmale einer öffentlichen Wiedergabe erfüllt.“. Sodann hat der BGH das Vorliegen einer „öffentlichen Wiedergabe“ geprüft. BGH, Urt. v. 10.01.2019 – I ZR 267/15, GRUR 2019, 813 (817, Rn. 38 ff.), *Córdoba II*.

dergabe voraus.⁴²⁰ Die Wiedergabehandlung kann in einer Zugänglichmachung bestehen, vgl. § 19a UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL.

aa) Handlung der Wiedergabe

Die Handlung der Wiedergabe ist durch Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und durch § 15 Abs. 2 UrhG nicht abschließend definiert. Die Handlung der Wiedergabe ist jedoch weit zu verstehen, um für die Inhaber eines Urheberrechts ein hohes Schutzniveau sicherzustellen, wie es durch die InfoSoc-RL vorgesehen ist, vgl. Erwägungsgründe Nr. 4 und 9 der InfoSoc-RL.⁴²¹ Grundsätzlich stellt jede Übertragung geschützter Werke unabhängig vom eingesetzten technischen Mittel oder Verfahren eine Wiedergabe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL dar.⁴²²

Für eine Wiedergabehandlung ist es ausreichend, wenn ein Werk einer Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder dazu Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit nutzen oder nicht.⁴²³ Dem Nutzer des Werkes muss bei der Wiedergabehandlung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine zentrale Rolle zukommen, die dann vorliegt, wenn er dem Publikum Zugang zu dem Werk in der Weise verschafft, dass ohne sein Tätigwerden dieses Pu-

420 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360 (361, Rn. 16), *Nils Svensson ua/Retriever Sverige*; Urt. v. 19.11.2015 – C-325/14, GRUR 2016, 60 (61, Rn. 15), *SBS/SABAM*; Urt. v. 31.05.2016 – C-117/15, GRUR 2016, 684 (686, Rn. 37), *Reha Training/GEMA*; Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, GRUR 2016, 1152 (1153, Rn. 32), *GS-Media*; Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, GRUR 2017, 610 (611 f., Rn. 29), *Stichting Brein/Wullems*; Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (912, Rn. 19), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]*; BGH, Urt. v. 10.01.2019 – I ZR 267/15, GRUR 2019, 813 (817, Rn. 39), *Cordoba II*.

421 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360 (361, Rn. 17), *Nils Svensson ua/Retriever Sverige*; Urt. v. 04.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 (165, Rn. 193), *Football Association Premier League Ltd. u.a./QC Leisure u.a.u. Karen Murphy/Media Protection Services Ltd., Football Association Premier League u. Murphy*.

422 EuGH, Urt. v. 04.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 (165, Rn. 193), *Football Association Premier League Ltd. u.a./QC Leisure u.a.u. Karen Murphy/Media Protection Services Ltd., Football Association Premier League u. Murphy*; Urt. v. 19.11.2015 – C-325/14, GRUR 2016, 60 (61, Rn. 16), *SBS/SABAM*.

423 EuGH, Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, GRUR 2007, 225 (227), *SGAE/Rafael Hoteles SL*; Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360 (361), *Nils Svensson ua/Retriever Sverige* m. w. N.

blikum grundsätzlich nicht in den Genuss des ausgestrahlten Werkes kommen könnte.⁴²⁴

bb) Zugänglichmachung

Die öffentliche Zugänglichmachung stellt eine Form der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL) dar, bei der ein Werk (bzw. einfaches Lichtbild, §§ 72 I UrhG, 19a UrhG) drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich gemacht wird, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist, § 19a UrhG. Eine öffentliche Zugänglichmachung erfordert, dass Dritten der Zugriff auf ein urheberrechtlich geschütztes Werk eröffnet wird, das sich in der Zugriffssphäre des Vorhaltenden befindet.⁴²⁵ Eine Wiedergabe in Form der Zugänglichmachung liegt bereits dann vor, wenn das Werk für die Öffentlichkeit bereitgehalten wird.⁴²⁶

cc) Öffentlichkeit

Eine „Öffentlichkeit“ im Sinne des maßgeblichen Unionsrechts⁴²⁷ liegt vor, wenn eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten angesprochen

424 EuGH, Urt. v. 31.05.2016 – C-117/15, GRUR 2016, 684 (686 Rn. 46), *Reha Training/GEMA*; Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, GRUR 2007, 225 (227, Rn. 42), *SGAE/Rafael Hoteles SL*; Urt. v. 04.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 (165, Rn. 194 f.), *Football Association Premier League Ltd. u.a./QC Leisure u.a.u. Karen Murphy/Media Protection Services Ltd., Football Association Premier League u. Murphy*; Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (914, Rn. 46), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]*.

425 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (629, Rn. 19), *Vorschau-bilder*; Urt. v. 21.09.2017 – I ZR 11/16, GRUR 2018, 178 (180, Rn. 19), *Vorschau-bilder III*. Weitere Nachweise und Beispiele bei Dreier, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 19a UrhG, Rn. 6.

426 *Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 19a UrhG, Rn. 57 m.w.N.; zur Unterscheidung zwischen Bereithaltungsrecht und Recht auf Abrufübertragung außerdem ausführlich Ziegler, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 82 ff.; *Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 19a UrhG, Rn. 6 ff.

427 Davon zu unterscheiden ist der nationale Öffentlichkeitsbegriff, legaldefiniert in § 15 Abs. 3 UrhG: "Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen

wird und zudem eine ziemlich große Zahl von Personen impliziert wird.⁴²⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist insoweit erforderlich, dass „recht viele Personen“ erreicht werden, eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen ist damit ausgeschlossen.⁴²⁹ Hierbei ist eine kumulative Betrachtung dahingehend möglich, dass nicht auf den gleichzeitigen Zugang verschiedener Personen allein abzustellen ist, sondern auch der aufeinanderfolgende Zugang verschiedener Personen ausreichend ist.⁴³⁰ Ab welcher Personenzahl die notwendige Öffentlichkeit erreicht sein soll, ist bislang unklar, die Anzahl von ca. 7 Personen sollte ausreichen.⁴³¹ Es gilt jedenfalls als gesichert, dass eine über das deutsche Verständnis gem. § 15 Abs. 3 UrhG hinausgehende Mehrheit von Personen er-

Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.“ Dieser Öffentlichkeitsbegriff ist aufgrund der Vollharmonisierung des Art. 3 InfoSoc-RL richtlinienkonform im Lichte des Unionsrechts auszulegen, vgl. anstatt vieler nur *Ungem-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 15 UrhG, Rn. 354. Sicherlich ist dieses Ergebnis für einfache Lichtbilder gem. § 72 UrhG nicht zwingend, da insoweit gerade keine Vollharmonisierung vorliegt. Eine fortdauernde Anwendung des engeren, deutschen Verständnisses von der Öffentlichkeit führte jedoch dazu, dass der Lichtbildner eines einfachen Lichtbildes einen umfassenderen Schutz erhalte als der Lichtbildner eines Lichtbildwerkes. Denn der einfache Lichtbildner wäre in diesem Fall vor der öffentlichen Wiedergabe seines Lichtbildes durch einen Dritten bereits bei einem zweiköpfigen Publikum (ein zweiköpfiges Publikum für ausreichend erachtend: BGH, Urt. v. 11.07.1996 – I ZR 22/94, GRUR 1996, 875 (876), *Zweibettzimmer im Krankenhaus*) geschützt, während dies auf den Lichtbildner eines Lichtbildwerkes nicht zuträfe. Dieses Ergebnis wäre mit der entsprechenden Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften auf einfache Lichtbilder (§ 72 Abs. 1 UrhG) sowie der höhergradigen Schutzwürdigkeit der Lichtbildwerke gegenüber einfachen Lichtbildern nicht vereinbar.

428 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360 (361), *Nils Svensson ua/ Retriever Sverige*.

429 EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-135/10, juris, 84, 86, *SCF ./ Del Corso*; Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, GRUR 2016, 1152 (1154), *GS-Media* Rn. 36.

430 EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-135/10, juris, Rn. 87, *SCF ./ Del Corso*.

431 *Ziegler* geht von einer Personenzahl ab ca. 30 Personen aus, *Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 95 mit Verweis auf *Riesenhuber*, ZUM 2012, 433 (443), der von 3–7 Personen ausgeht. Die Annahme *Zieglers*, dass für eine „Öffentlichkeit“ eine Anzahl von ca. 30 Personen erforderlich sei, unter Verweis darauf, dass diese Größenordnung wohl auf eine durchschnittliche Gaststätte oder ein Hotel zutreffen dürfte, scheint zu kurzgreifend. Eine solche Betrachtung lässt insbesondere ländliche Örtlichkeiten außer Betracht, in denen an den genannten Örtlichkeiten von durchaus niedrigeren Personenzahlen auszugehen ist, ohne dass eine Öffentlichkeit abzulehnen wäre. Gleichermä-

reicht werden muss, um die Anforderungen an eine Öffentlichkeit im Sinne des Unionsrechts zu erreichen.⁴³²

Im Übrigen darf es sich bei den angesprochenen Personen nicht um einen privat miteinander verbundenen Kreis von Personen, also eine private Gruppe handeln.⁴³³

cc) Weitere Kriterien

Zur Bewertung, ob eine öffentliche Wiedergabe – und damit eine öffentliche Zugänglichmachung – vorliege oder nicht, hat der EuGH ferner weitere Kriterien herangezogen:

So soll eine Aufnahmebereitschaft der Empfänger erforderlich sein, an der es fehle, wenn die Adressaten nur zufällig erreicht würden.⁴³⁴ Für eine öffentliche Wiedergabe könne außerdem ein mit der Wiedergabe verfolgter bzw. verbundener⁴³⁵ Erwerbsszweck sprechen.⁴³⁶ Ein solcher könne als Indiz für eine bestehende Öffentlichkeit herangezogen werden.

Zur Erfüllung des Tatbestandes der öffentlichen Wiedergabe ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁴³⁷ bei vorangegangener öffentlicher

ßen dürften 3 Personen nicht genügen, um dem Begriff der „recht vielen Personen“ gerecht zu werden. Nach Auffassung der Verfasserin ist die Annahme einer Personenzahl ab ca. 7 Personen erforderlich.

432 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 15 UrbG, Rn. 21.

433 Dreier, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 15 UrbG, Rn. 39.

434 EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-135/10, juris, Rn. 91, *SCF ./ Del Corso* (Das Merkmal der Aufnahmebereitschaft wurde vom EuGH im konkreten Fall abgelehnt; Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass Patienten im Wartezimmer eines Zahnarztes für vom Tonträger abgespielte Hintergrundmusik aufnahmebereit seien, der Zugang hierzu sei vielmehr zufällig und vom Zeitpunkt des Eintreffens, der Dauer des Wartens sowie der Art der Behandlung abhängig, vgl. Rn. 98 d. Urteils).

435 Ein mittelbarer Bezug zum Erwerbsszweck genügt nach der Rechtsprechung des EuGH, z.B. soll das Aufstellen von TV-Geräten den Standard des Hotels steigern und damit zu höheren Zimmerpreisen führen, vgl. EuGH, Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, GRUR 2007, 225 (227), *SGAE/Rafael Hoteles SL*.

436 EuGH, Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, GRUR 2007, 225 (227), *SGAE/Rafael Hoteles SL*; Urt. v. 04.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 (166), *Football Association Premier League Ltd. u.a./QC Leisure u.a.u. Karen Murphy/Media Protection Services Ltd., Football Association Premier League u. Murphy*.

437 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360 (361), *Nils Svensson ua/Retriever Sverige*; Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, GRUR 2017, 610 (612 m. w. N.), *Stichting Brein/Wullems*.

Wiedergabe durch den Rechtsinhaber außerdem erforderlich, dass entweder ein neues technisches Verfahren eingesetzt oder die Wiedergabe gegenüber einem neuen Publikum erfolgt.

b) Typische Handlungen der „Zugänglichmachung“

Eine öffentliche Zugänglichmachung kann auf unterschiedlichste Weisen erfolgen. Eine öffentliche Zugänglichmachung kann z.B. innerhalb eines Netzwerkes (Intranet) oder im Internet vorgenommen werden. Die Art und Weise, auf welche die jeweiligen Werke oder sonstigen Schutzgüter zum Abruf bereitgehalten werden, ist in ihrer Vielfalt nicht abschließend darstellbar. In Betracht kommen insbesondere Wiedergabehandlungen wie Uploads auf eine Website, Verlinkungen im Internet oder innerhalb eines geschützten Netzwerkes oder Intranets, das Einstellen von Werken in eine Cloud oder ein offenes Netzwerk.

Inwiefern diese Wiedergabehandlungen sodann als rechtlich relevante öffentliche Wiedergabe bzw. Zugänglichmachung i.S.d. §§ 15 Abs. 2, 19a UrhG bzw. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL zu bewerten sind, gilt es im Folgenden zu klären. Aufgrund der tatsächlichen Relevanz von Uploads, des Setzens von Hyperlinks/Deeplinks sowie des Framings und der Nutzung von Vorschaubildern, die sich nicht zuletzt durch die Vielzahl gerichtlicher Verfahren bestätigt hat, werden sich die weiteren Ausführungen auf diese Wiedergabehandlungen und deren rechtliche Bewertung beschränken.

aa) Upload

In dem Upload von Lichtbildern ins Internet liegt neben der bereits festgestellten Vervielfältigungshandlung auch eine öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG.⁴³⁸ Durch den Upload von Lichtbildern auf eine Website kopiert der Nutzer diese nicht nur auf den Server sondern macht dieselben regelmäßig auch für andere Nutzer zugänglich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er den Zugang Dritter und damit die Wiedergaben gegenüber einer Öffentlichkeit nicht durch Schutzmaßnahmen verhindert.

438 Zur Notwendigkeit der Einführung des § 19a UrhG zur Vermeidung von Schutzlücken für Inhaber verwandter Schutzrechte durch Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 19a UrhG, Rn. 3.

Auch wenn der Tatbestand des § 19a UrhG technologieneutral ist und nicht auf das Internet beschränkt ist⁴³⁹, stellt der Upload eines geschützten Objektes auf eine Website einen typischen Fall einer öffentlichen Zugänglichmachung dar, soweit die Anforderungen an die Öffentlichkeit i. S. d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL erfüllt sind.⁴⁴⁰

bb) Hyperlink/Deeplink

(1) Grundsätzliche Bewertung

Fraglich ist, ob das Setzen von Hyperlinks⁴⁴¹ bzw. Deep-Links als „öffentliche Zugänglichmachung“ bewertet werden kann. Ein üblicher Hyperlink bzw. Surface-Link stellt einen elektronischen Querverweis dar, der beim Anklicken durch den Nutzer diesen auf eine andere Website bzw. ein elektronisch hinterlegtes Dokument weiterleitet. Ein Deep-Link ist eine Sonderform des Hyperlinks, der unter Umgehung der Startseite auf andere Seiten der Website führt.⁴⁴² Befindet sich am Zielort des jeweiligen Links ein Lichtbild oder ein sonstiges zur Anwendbarkeit des § 19a UrhG führendes Schutzgut, gilt es zu klären, ob das Setzen des Links eine Verwertungsform gem. § 19a UrhG darstellt, die dem Rechtsinhaber vorbehalten ist.

Während Einigkeit dahingehend besteht, dass das Setzen von Hyperlinks und Deep-Links den Tatbestand des § 19a UrhG im Ergebnis grundsätzlich⁴⁴³ nicht erfüllt, gehen die hierfür angeführten Begründungen auseinander:

439 Götting, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 19a UrhG, Rn. 3 m.w.N.

440 Zur Frage, ob bei einem Upload eines geschützten Objektes in ein soziales Netzwerk diese Anforderungen erfüllt sind, näher unter Kapitel 4, C) II) 2) g).

441 Hyperlink ist der Oberbegriff. Als Sonderformen kommen insbesondere Surface Links, Inline Links und Deep Links in Betracht, vgl. zu den verschiedenen Formen und den technischen Funktionsweisen ausführlich hierzu Sosnitzka, CR 2001, 693 (694); Nolte, *Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht*, 1. Auflage 2009, 2009, S. 218 f.

442 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 (58), *Session-ID*, Rn. 24; Nolte, *Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht*, 1. Auflage 2009, 2009, S. 218.

443 Differenzierend für Fälle, in denen der Hyperlink zu einer Zielseite führt, auf der geschützte Inhalte ohne die Erlaubnis des Rechtsinhabers veröffentlicht

Der BGH⁴⁴⁴ sieht in dem Setzen des Links bereits keine Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG. Mittels eines solchen Links verweise der Nutzer lediglich auf das Werk bzw. sonstige Objekt und erleichtere damit nur einen bereits eröffneten Zugang, eröffne diesen jedoch nicht selbst. Es erfolge lediglich eine Erleichterung des Auffindens wie bei einer Fußnote in einem Dokument oder auf einer Website.⁴⁴⁵ Er halte das Schutzgut weder selbst öffentlich zum Abruf bereit, noch übermittele er es selbst auf Abruf an Dritte. Außerdem verfüge letztlich derjenige, der das Objekt ins Internet gestellt habe über die erforderliche Kontrolle. Anders als der Link-Setzende könne dieser nämlich das Objekt aus dem Internet entfernen, wodurch der Link ins Leere laufe, sodass das Objekt der Öffentlichkeit nicht mehr zugänglich bleibe.

Der EuGH⁴⁴⁶ demgegenüber bewertet die Bereitstellung eines anklickbaren Links, der zum jeweiligen Objekt führt, als Zugänglichmachung. Die Einordnung des Linkings als öffentliche Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG lässt der EuGH sodann jedoch daran scheitern, dass ein „neues Publikum“ nicht vorliege. Ein neues Publikum sei nämlich ein solches, das der Rechtsinhaber nicht habe erfassen wollen. Da aber das Zielpublikum des Rechtsinhabers, der das Objekt ins Internet einstellt, alle potentiellen Besucher der Website und damit sämtliche Internetnutzer seien, handele es sich auch bei den Nutzern von Links nicht um ein neues Publikum.⁴⁴⁷

Letztlich kommen beide Auffassungen zu demselben Ergebnis. Vorzugswürdig scheint gleichwohl die Auffassung des EuGH. Die Links führen den Nutzer unmittelbar zu dem vom Rechtsinhaber bzw. von einem Dritten mit dessen Zustimmung eingestellten Schutzobjekt und ermöglichen damit den direkten Zugriff hierauf. Für die Nutzer ist mittels eines einzigen Klicks der Inhalt sofort abrufbar. Unter dieser Prämisse eine Wiedergabehandlung in Form der Zugänglichmachung abzulehnen wirft Fragen auf, entspricht jedenfalls nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch.⁴⁴⁸ Sach-

wurden: EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, GRUR 2016, 1152 (1154 f.), *GS-Media*. Hierzu näher sogleich unter (2).

444 BGH, Urt. v. 17.07.2003 – I ZR 259/00, GRUR 2003, 958 (962), *Paperboy*; Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 (58), *Session-ID* Rn. 24.

445 BGH, Urt. v. 17.07.2003 – I ZR 259/00, GRUR 2003, 958 (962), *Paperboy*.

446 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360 (361), *Nils Svensson ua/Retriever Sverige* Rn. 20 ff.

447 EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360 (361), *Nils Svensson ua/Retriever Sverige* Rn. 26.

448 Kritisch ebenfalls *Ott*, WRP 2004, 52 (56, 58); *Wiebe*, MMR 2003, 724 (224 f.) mit Hinweis auf alternative Lösungsmöglichkeiten.

gerechter erscheint es, mit dem EuGH den Weg über die angesprochene Öffentlichkeit zu suchen und hier Handlungen gegenüber denjenigen Personen auszuschließen, die der Einstellende ansprechen wollte. Und hierzu gehören – soweit keine Anhaltspunkte für eine gegenteilige Bewertung vorliegen⁴⁴⁹ – auch diejenigen Nutzer, die über Links auf die relevante Internetseite gelangen.

(2) Sonderfall: Verweis auf Inhalte unter Umgehung von Zulassungsbeschränkungen sowie Verweis auf Inhalte, die ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers eingestellt wurden

(a) Ausgangssituation

Etwas anderes gilt, wenn es sich um Links bzw. Deep-Links handelt, die den Nutzer unter Umgehung zulassungsbeschränkender Maßnahmen zu geschützten Inhalten führen sowie in denjenigen Fällen, in denen der Link bzw. Deep-Links zu geschützten Inhalten führt, die ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers hochgeladen wurden.⁴⁵⁰ In beiden Fällen ist nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁵¹ jedenfalls dann von einer öffentlichen Zugänglichmachung auszugehen, wenn der Linksetzende diese Umstände kannte oder hätte kennen müssen. Die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis soll vermutet werden, soweit der Verlinkende mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, da von einer mit Gewinnerzielungsabsicht handeln-

449 Solche Anhaltspunkte ergeben sich etwa daraus, dass der Berechtigte technische Schutzmaßnahmen ergriffen hat, um den Zugang zu dem geschützten Werk nur bestimmten Nutzern zu eröffnen oder nur auf einem bestimmten Weg zu ermöglichen. Werden diese durch den Link-Verwender umgangen, liegt eine öffentliche Zugänglichmachung i.S.d. § 19 a UrhG vor, vgl. sogleich unter (2).

450 Ferner steht in Frage, wie es sich auf die urheberrechtliche Bewertung auswirkt, wenn ein Rechtsinhaber eine technische Schutzmaßnahme gegen ein Verlinken des von ihm zugänglich gemachten Inhaltes nutzt und diese von einem Dritten umgangen wird. Denn hier handelt es sich nicht um eine Zugangsbeschränkung, sondern um einen Verlinkungsschutz. Diese Frage wurde mit Blick auf das sog. Framing durch den BGH dem EuGH vorgelegt, vgl. BGH, EuGH-Vorlage v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, GRUR 2019, 725, *Deutsche Digitale Bibliothek./Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst*. Die Frage stellt sich gleichermaßen für die Fälle des Verlinkens mittels Hyperlink und Deeplink. Näher zur Problematik unter Kapitel 3, B) II) 2) c) bb).

451 EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, GRUR 2016, 1152 (1155), *GS-Media* Rn. 50 f.

den Person erwartet werden könne, dass sie die erforderlichen Nachprüfungen vornimmt, um sich zu vergewissern, dass das betroffene Werk auf der Zielseite nicht unbefugt veröffentlicht wurde.⁴⁵² Hierzu im Einzelnen:

(b) Öffentliche Zugänglichmachung bei Verweis auf rechtswidrige Vorveröffentlichung bzw. Umgehung von Schutzmaßnahmen

Die Annahme einer öffentlichen Zugänglichmachung im Falle der vorangegangenen rechtswidrigen Zugänglichmachung sowie im Fall der Umgehung von Schutzmaßnahmen ist grundsätzlich konsequent:

Folgt man den zuvor dargelegten Grundsätzen des EuGH, ist im Fall des vorangegangenen Einstellens eines Schutzobjektes ohne Zustimmung des Rechtsinhabers von einem neuen Publikum auszugehen. Handelt es sich nämlich um eine Vorveröffentlichung, die ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers eingestellt wurde, liegt keine Erlaubnis des Rechtsinhabers vor, auf die sich der Linksetzende stützen könnte. Damit handelt es sich um ein neues Publikum, an das sich der Rechtsinhaber nicht wenden wollte. Hatte der Rechtsinhaber die Einstellung nur unter Zugangsbeschränkungen vorgenommen, hat er auch nicht sämtliche Internetnutzer, insbesondere nicht diejenigen, die unter Umgehung der getroffenen Schutzmaßnahmen Zugriff auf die geschützten Inhalte erhalten, als Publikum erfassen wollen. Auch insoweit handelt es sich damit um ein neues Publikum im Sinne der Rechtsprechung des EuGH.

Folgt man dem BGH, gelangt man zu demselben Ergebnis. Im Fall der Verweisung auf solche Inhalte, die sich ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers und damit rechtswidrig im Internet befinden, mangelt es an dem maßgeblichen Kontrollkriterium, auf das der BGH seine Bewertung stützt. Der Rechtsinhaber ist gerade nicht in der Lage, zu kontrollieren, ob das Werk weiterhin zugänglich gemacht wird, da er im Falle einer von seiner Erlaubnis nicht gedeckten Zugänglichmachung, praktisch selten in der Lage sein wird, diese Kontrolle effektiv und sofort – wie im Fall einer Änderung der Quelle, sodass die Verlinkung ins Leere ginge – auszuüben. Eine entsprechende Rechtsdurchsetzung gegen denjenigen, der für die erste Zugänglichmachung verantwortlich ist, wird regelmäßig mit Schwierigkeiten verbunden sein, die es nicht zulassen, ihm eine bestehende Kontrollfunktion

452 EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, GRUR 2016, 1152 (1155 Rn. 51), *GS-Media*; Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, GRUR 2017, 610 (613), *Stichting Brein/Wullems*.

zu unterstellen, die den BGH veranlasst hatte, im Falle des eigenen Uploads durch den Rechtsinhaber bzw. bei einem Upload mit seiner Zustimmung eine öffentliche Zugänglichmachung abzulehnen. Bei einer Umgehung von Schutzmaßnahmen, die den Zugang zu den geschützten Objekten beschränken sollten, richtet sich die Linksetzung und damit die Ermöglichung des Zugriffs auf den geschützten Inhalt an ein Publikum, das ursprünglich nicht von der beabsichtigten Zugänglichmachung erfasst gewesen war. Durch die Umgehung der Zugangsbeschränkungen wird damit nicht nur ein bereits eröffneter Zugang erleichtert, sondern ein bereits eröffneter Zugang über die Grenzen dieses Zugangs hinaus ausgedehnt.

Damit liegt nach Anwendung der Kriterien des EuGH wie auch des BGH eine öffentliche Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG vor.

(c) Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang allerdings die vom EuGH entwickelte Voraussetzung der Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung (sowie die damit einhergehende Vermutungsregelung für Handlungen mit Gewinnerzielungsabsicht).⁴⁵³ Die Frage, ob eine öffentliche Zugänglichmachung vorliegt, sollte sowohl aus dogmatischen Gesichtspunkten als auch aus Gründen des gebotenen hohen Schutzniveaus objektiv bestimmt werden: In Frage steht, ob eine Verletzungshandlung vorliegt oder nicht. Subjektive Elemente sind dogmatisch auf Rechtsfolgenebene zu verorten. Nur beim Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit steht dem Rechtsinhaber gegenüber dem Schädiger ein Schadensersatzanspruch gem. § 97 Abs. 2 UrhG zu. Im Übrigen lässt das gem. Erwägungsgrund Nr. 4 der InfoSoc-RL angestrebte hohe Schutzniveau für den Rechtsinhaber, eine Zugrundelegung solch subjektiver Kriterien, die im Regelfall sogar vom Rechtsinhaber als Anspruchssteller nachzuweisen sind, kaum zu. Durch Anwendung dieses subjektiven Kriteriums wird dem Rechtsinhaber gerade in Konstellationen, in denen ihm eine nicht beruflich handelnde Privatperson gegenübersteht, die sich seiner Leistungen mittels Verlinkung bedient hat, die Beweislast für die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Verlinkenden aufgebürdet. Dies kann mit dem Ziel der Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus, das ohne effektive Rechts-

453 Ebenfalls ablehnend u.a. *Lüthge/Peters*, GRUR Int 2019, 756 (758 f.); kritisch *ferner Obly*, GRUR 2016, 1155 (1156 f.).

durchsetzung erheblich an Bedeutung verliert, nicht in Einklang gebracht werden.

cc) Framing

Auch die rechtliche Einordnung des sog. Framing ist regelmäßig Gegenstand urheberrechtlicher Rechtsstreitigkeiten.⁴⁵⁴ Das Framing betrifft solche Sachverhalte, in denen eine Website in Teilbereiche untergliedert wird und sodann in einem oder mehreren Teilbereichen fremde Inhalte einer anderen Internetseite abgebildet werden, die durch Anklicken von Hyperlinks abgerufen werden können.⁴⁵⁵

Das Framing führt nur zu einer Darstellung der bereits vorhandenen Veröffentlichung, ggf. ohne Kenntlichmachung der Quelle. Bei dieser Konstellation handelt es sich damit nicht um eine öffentliche Zugänglichmachung, die Grundsätze des Linkings können übertragen werden. Die Verwendung eines Frames führt unter Zugrundelegung der Kriterien des EuGH nicht dazu, dass ein neues Publikum angesprochen würde.⁴⁵⁶ Denn Zielgruppe der Ursprungsveröffentlichung und Zielgruppe des Frames sind – soweit keine Beschränkungen erfolgen – jeweils sämtliche Internetnutzer. Auch unter Heranziehung der Kriterien des BGH⁴⁵⁷ liegt eine erlaubnispflichtige öffentliche Zugänglichmachung nicht vor, da auch beim

454 Vgl. nur LG München I, Urt. v. 14.11.2002 – 7 O 4002/02, ZUM 2003, 583; Urt. v. 10.01.2007 – 21 O 20028/05, ZUM 2007, 224; Schlussurteil v. 02.02.2011 – 37 O 1577/10, BeckRS 2013, 9318; OLG München, Urt. v. 16.02.2012 – 6 U 1092/11, CR 2013, 331; BGH, EuGH-Vorlage v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, GRUR 2013, 818, *Die Realität*; Beschluss v. 10.04.2014 – I ZR 46/12, K&R 2014, 519, *Aufrechterhalten des Antrags auf Vorabscheidung durch den EuGH*; Urt. v. 09.07.2015 – I ZR 46/12, GRUR 2016, 171, *Die Realität II*; EuGH, Beschluss v. 21.10.2014 – C-348/13, GRUR 2014, 1196, *BestWater International/Mebes ua [Die Realität]*; OLG München, Urt. v. 25.08.2016 – 6 U 1092/11, GRUR-RR 2016, 495, *Die Realität III*.

455 *Leyendecker-Langner*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 26. Edition, Stand: 01.05.2019, 2019, § 12 BGB, Rn. 77; *Grützner et al.*, Compliance von A-Z, S. "F", "Framing".

456 EuGH, Beschluss v. 21.10.2014 – C-348/13, GRUR 2014, 1196 (1197), *BestWater International/Mebes ua [Die Realität]*.

457 So noch BGH, EuGH-Vorlage v. 16.05.2013 – I ZR 46/12, GRUR 2013, 818, *Die Realität*, Rn. 9; nach Beantwortung der Vorlagefrage durch den EuGH dann maßgeblich abstellend auf das Kriterium des neuen Publikums i.S.d. EuGH-Rechtsprechung Urt. v. 09.07.2015 – I ZR 46/12, GRUR 2016, 171 (173 f.), *Die Realität II*

Framing dem Berechtigten die Möglichkeit verbleibt, die Kontrolle auszuüben, indem er dem im Frame enthaltenen Link die Wurzeln entreißt.

Die mangelnde Benennung der Quelle führt nicht zu einer anderen Bewertung. Hieraus kann jedoch auf lauterkeitsrechtlicher Ebene eine Bewertung als irreführende Handlung im Sinne des § 5 UWG in Betracht kommen, da nach dem objektiven Empfängerhorizont insoweit eine Zuordnung des Inhalts zum Verwender des Frames statt zum Rechtsinhaber führen kann.⁴⁵⁸

dd) Vorschaubilder

Einen weiteren Fall, der einer rechtlichen Bewertung zu unterziehen ist, stellen die sogenannten „Vorschaubilder“ dar. In diesen Fällen wird eine Verlinkung vorgenommen, bei der auf der verlinkenden Website selbst bereits das Werk unmittelbar als stark verkleinertes Vorschaubild (sog. „Thumbnail“) wiedergegeben wird.⁴⁵⁹

Neben einer Vervielfältigungshandlung – soweit eine solche angenommen wird⁴⁶⁰ – liegt in der Verwendung von Vorschaubildern auf der verlinkenden Website auch eine öffentliche Wiedergabe und öffentliche Zugänglichmachung. Durch die Suchmaschinen werden die Lichtbilder mittels sog. crawler aufgespürt und wie bei einem Upload Kopien der Vorschaubilder auf der verlinkenden Website (z.B. im Rahmen der Google Bildersuche) erstellt, sodass eine Zugänglichmachung durch den Suchmaschinenbetreiber vorliegt, der den Zugang zu dem Lichtbild kontrolliert.⁴⁶¹

Allerdings wird in diesem Fall davon ausgegangen, dass eine rechtfertigende Einwilligung des Schutzrechtsinhabers vorliege, soweit dieser keine Schutzmaßnahmen gegen die Auffindbarkeit und das Anzeigen durch Suchmaschinen und damit gegen diese Form der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe getroffen habe, da es sich um eine übliche Nut-

458 *Busche*, in: MüKo UWG, 3. Auflage, 2020, § 5 UWG, Rn. 706. Daneben kann die mangelnde Urhebernennung beim Framing ausnahmsweise einen Verstoß gegen § 13 UrhG darstellen, wenn eine Urhebernennung aufgrund der Art und Weise der Verlinkung ausgeblendet wird und aus der Beschreibung des Links dann die Urheberschaft nicht hervorgeht, *Schneider*, CR 2016, 37 (41).

459 *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 16 UrhG, Rn. 26.

460 Hierzu vgl. Kapitel 3, B) II) 1) b).

461 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (629), *Vorschaubilder*.

zungsform handele.⁴⁶² Diese Bewertung verdient Zuspruch. Die Bildersuche dient dem schnellen Zugriff auf relevante Inhalte. Der Nutzer soll schnellstmöglich den für ihn interessanten Inhalt in kleinem Format betrachten können, um ein schnelles Filtern nach passenden Inhalten zu ermöglichen. So wird es vermieden, dass der Nutzer erst zahlreiche Websites aufrufen muss, um die Inhalte zu sehen und zu bewerten. Dadurch werden auch zugunsten desjenigen, der einen entsprechenden Inhalt einstellt, Nutzer angetrugen, die andernfalls seine Internetseite vielleicht nicht aufgesucht hätten. Unter diesen Umständen ist, insbesondere angesichts des Umstandes, dass der Nutzer Schutzvorkehrungen treffen kann, wenn er ausnahmsweise hiermit nicht einverstanden sein sollte, vom Vorliegen seiner Einwilligung auszugehen.

Einige Autoren wenden ein, dem könne jedenfalls in der Zwischenzeit nicht mehr ohne Einschränkungen gefolgt werden. Die Google Bildersuche ermögliche es inzwischen, nicht nur stark verkleinerte Bilder im Rahmen der Vorschau zu betrachten. Vielmehr könne der Nutzer durch die Bildersuche das Lichtbild im Originalformat anzeigen lassen, ohne hierbei den Internetauftritt aufzurufen, auf dem sich das Lichtbild befinde. *Heerma*⁴⁶³ weist deshalb darauf hin, dass dadurch, dass Google in der neuen Bildersuche seit 2017 bereits in der Vorschau die volle Bildqualität zur Verfügung stelle, die Grundsätze des BGH nicht mehr überzeugen können, da sich das Aufsuchen der Ursprungswebsite vielfach erübrige. Auch *Höppner/Schaper*⁴⁶⁴ schließen sich dem an und verweisen auf eine US-amerikanische

462 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (631 f.), *Vorschaubilder*; Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, GRUR 2012, 602 (605), *Vorschaubilder II*; vgl. dort auch zur Möglichkeit, als Betreiber einer Internetseite durch Eingabe entsprechender Befehle bei deren Programmierung zu verhindern, dass eine Suchmaschine auf der Internetseite eingestellte Bilder auffindet und anzeigt. Wohl auch *Dreier*, in: Blaurock/Bornkamm/Kirchberg, Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, *Thumbnails als Zitate?*, 2009, S. 225 (229). Hierzu kritisch *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 16 *UrbG*, Rn. 26 und *Höppner/Schaper*, MMR 2017, 512 (516). A.A. noch vor den Entscheidungen des BGH: OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008 – 2 U 319/07, GRUR-RR 2008, 223 (225), das ausführt, dem reinen Einstellen von Lichtbildern in das Internet könne ein solcher Erklärungsgehalt nicht entnommen werden, allerdings handele der Einstellende rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB, wenn er einerseits suchmaschinenoptimierende Handlungen vornehme, andererseits ein mangelndes Einverständnis mit der Indexierung und Verwertung durch eine Bildersuchmaschine behauptete.

463 *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 16 *UrbG*, Rn. 26.

464 *Höppner/Schaper*, MMR 2017, 512 (516).

Studie⁴⁶⁵, zufolge derer die Klickraten zahlreicher Bildrechtsinhaber nach Einführung der neuen Bildersuche bei Google in den USA im Durchschnitt um 63 % eingebrochen seien. Die Bildersuche führe zu einer Substitutionswirkung, ein Besuch der Ursprungsseite erübrige sich. Dem kann jedoch nur dann zugestimmt werden, wenn es sich bei dem Ergebnis der Bildersuche um eine eigenständige Kopie auf dem Server der Suchmaschine handelt. Die konkrete Aufteilung der Google-Bildersuche lässt hingegen anderes vermuten: Die Vorschau selbst erfolgt nach wie vor in verkleinertem Format, die Wiedergabe des Originalformates erfolgt erst bei Anklicken eines lediglich verkleinert wiedergegebenen Vorschaubildes. Dann erscheint im rechten Bereich des Fensters die vergrößerte Wiedergabe. Hierbei scheint es sich allerdings um einen Frame oder ein ähnliches Konstrukt zu handeln, das eine Verlinkung zur Ursprungsseite enthält, sodass eine lokale Kopie auf dem Server des Suchmaschinenbetreibers in diesem Umfang nicht erfolgt. Ein solcher Frame ist jedoch zulässig, vgl. zuvor unter cc). Sollte sich die Bildersuche jedoch dergestalt entwickeln, dass eine Substituierbarkeit entstünde, da ein eigenständiger Upload der Bilder im Originalformat auf den Server des Suchmaschinenbetreibers stattfände und nicht lediglich eine zulässige Verlinkung gleich welcher Art vorläge, wäre Heerma sowie Höppner/Schaper zuzustimmen.⁴⁶⁶

Die vorbezeichneten Grundsätze finden selbstverständlich nur Anwendung, wenn der Rechtsinhaber selbst bzw. ein Dritter mit der Zustimmung des Rechtsinhabers die Inhalte eingestellt hat. Von einer unzulässigen öffentlichen Wiedergabe ist demgegenüber nach den bereits dargelegten Grundsätzen zur öffentlichen Wiedergabe dann auszugehen, wenn die von der Suchmaschine aufgefundenen und als Vorschaubilder wiedergegebenen Werke ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers im Internet eingestellt wurden und der Suchmaschinenbetreiber dies wusste oder vernünftigerweise wissen musste⁴⁶⁷ oder wenn Maßnahmen gegen die Auffindbarkeit und Anzeige im Suchergebnis einer Suchmaschine getroffen wurden. In diesen Fällen handelt es sich nämlich um eine Wiedergabe gegenüber einem neuen Publikum bzw. um eine Zugangseröffnung, die vom Rechtsinhaber nicht beabsichtigt gewesen ist.

465 *Define media group, How Google's Image Search Update Killed Image SEO*, abrufbar unter <http://www.definemg.com/how-googles-image-search-update-killed-image-seo/>, zuletzt abgerufen am 26.01.2020.

466 So im Ergebnis auch *Stieper*, ZUM 2019, 211 (215).

467 BGH, Urt. v. 21.09.2017 – I ZR 11/16, GRUR 2018, 178, *Vorschaubilder III*. Insofern Anschluss an EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, GRUR 2016, 1152, *GS-Media*.

c) Sonderkonstellationen

- aa) Upload: Öffentliche Zugänglichmachung durch Upload ins Internet bei vorangegangenem Upload durch Rechteinhaber/mit Zustimmung des Rechteinhabers? – Das Córdoba-Urteil des EuGH

Jüngst hat der EuGH in seinem Córdoba-Urteil⁴⁶⁸ zudem klargestellt, dass eine öffentliche Zugänglichmachung durch einen Upload auch dann vorliege, wenn das Objekt des Uploads bereits zuvor im Internet abrufbar gewesen ist, es mithin schon zuvor ohne beschränkende Maßnahme auf einer anderen Website mit Zustimmung des Rechtsinhabers abrufbar gewesen ist:

Fraglich war insoweit aus Sicht des vorliegenden Gerichts⁴⁶⁹, ob das Erfordernis des „neuen Publikums“ erfüllt gewesen ist. Da bereits eine Wiedergabe durch den Rechtsinhaber im Internet vorlag, konnte es nicht auf ein neues technisches Verfahren ankommen, sodass die zweite Variante maßgeblich war, also die Frage, ob sich das nunmehrige Publikum vom bisherigen Publikum unterschied. Ob dies bei der Kopie eines geschützten Objektes auf einen Server der Fall sei, wenn das Objekt bereits mit Zustimmung des Rechtsinhabers anderweitig ohne Einschränkungen online zur Verfügung gestellt wurde, war zunächst unklar.⁴⁷⁰ Der EuGH hat jedoch überzeugend dargelegt, dass der Nutzer des Werkes auch in einer solchen Konstellation, in der der Rechteinhaber selbst bereits das geschützte Werk oder sonstige Objekt im Internet zur Verfügung gestellt hat, die unmittelbare öffentliche Zugänglichmachung dieses Objektes durch einen Dritten auf einer anderen Internetseite einer Zustimmung des Rechteinhabers bedürfe:

Ein neues Publikum sei ein solches, an das der Inhaber des Urheberrechts (bzw. verwandten Schutzrechts) nicht gedacht habe, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe seines Werkes erlaubte.⁴⁷¹ Anders als beim Setzen eines Hyperlinks, mit dem der Nutzer der neuen Fundstelle auf den vom Rechteinhaber oder von einem Dritten mit Zustimmung des

468 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911, *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]*.

469 BGH, Vorlagebeschluss v. 23.02.2017 – I ZR 267/15, GRUR 2017, 514, *Cordoba I*.

470 Aus diesem Grund erfolgte die Vorlage an den EuGH, BGH, Vorlagebeschluss v. 23.02.2017 – I ZR 267/15, GRUR 2017, 514, *Cordoba I*.

471 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (912 m. w. N.), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]*.

Rechteinhabers eingerichteten Internetauftritt gelenkt wird (mittelbare Wiedergabe)⁴⁷², richte sich bei der unmittelbaren Wiedergabe dieselbe an ein neues Zielpublikum; der Rechteinhaber bzw. der berechnigte Dritte habe nur den Nutzern der konkreten Internetseite, auf der das Werk bzw. das leistungsschutzrechtlich geschützte Objekt veröffentlicht wurde, dieses wiedergeben wollen; Nutzer anderer Websites und sonstige Internetnutzer stellten demgegenüber ein neues Publikum dar.⁴⁷³ Es sei insbesondere zu berücksichtigen, dass eine anderweitige Beurteilung der Ausgestaltung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gem. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL als Recht vorbeugender Art zuwiderliefe. Grundsätzlich sei nämlich dem Urheber das Recht eingeräumt, Dritten die öffentliche Zugänglichmachung zu erlauben oder zu verbieten. Die effektive Wahrung dieser Rechte gebiete jedoch auch die Eingriffsmöglichkeit des Urhebers, die im Fall eines zustimmungsfreien Einstellens auf eine Internetseite nicht hinreichend vorliege. Die Ausübung seiner Rechte sei in diesem Fall vielmehr erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich. Entscheide sich der Rechtsinhaber, die öffentliche Zugänglichmachung zu beenden, sei das Werk, selbst wenn es nicht mehr auf der Internetseite wiedergegeben werde, auf der es zunächst mit seiner Zustimmung veröffentlicht worden war, weiterhin auf der Website der Neueinstellung öffentlich zugänglich.⁴⁷⁴ Im Übrigen liefe eine andere Bewertung darauf hinaus, dass eine Erschöpfung der Rechte mit erstmaliger öffentlicher Zugänglichmachung im Internet einträte, die gem. Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL vom Normgeber ausdrücklich nicht gewollt sei.⁴⁷⁵ Insbesondere würde bei Annahme einer Erschöpfungswirkung dem Rechtsinhaber die vom Normgeber vorgesehene Möglichkeit genommen, eine angemessene Vergütung für die Nutzung seines Werkes zu verlangen.⁴⁷⁶

Einer Anwendung der für Hyperlinks entwickelten Grundsätze auf den unmittelbaren Upload geschützter Werke stehe außerdem entgegen, dass anders als das Setzen von Hyperlinks der unmittelbare Upload geschützter

472 Hierzu EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360, *Nils Svensson ua/ Retriever Sverige*.

473 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (913), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 35.

474 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (913), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 29 ff.

475 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (913), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 32 ff.

476 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (913), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]*; 10. Erwägungsgrund der InfoSoc-RL Rn. 34.

Werke ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht für das Funktionieren des Internets und die Ermöglichung der Verbreitung von Informationen erforderlich sei.⁴⁷⁷ Auch werde hier der vorbeugende Charakter schwerwiegender betroffen, da beim Setzen von Hyperlinks ohne Zustimmung des Rechtsinhabers dieser die Kontrolle über die Verbreitung gleichwohl bewahre. Denn ihm stehe es frei, die Quelle, auf welche die Verlinkung den Nutzer lenkt, zu entfernen bzw. die einem Dritten erteilte Erlaubnis zur öffentlichen Zugänglichmachung zu widerrufen und diesen zur Entfernung der Inhalte zu verpflichten.⁴⁷⁸ Ferner habe beim Setzen von Hyperlinks der Website-Betreiber, auf dessen Internetseite der Hyperlink gesetzt wurde, keinen unmittelbaren Beitrag geleistet, während bei dem Upload eines geschützten Werkes auf eine andere Website eine Vervielfältigung und anschließende Einstellung auf diese Website vorliege.⁴⁷⁹ Damit liege eine erhebliche Rolle des Einstellenden an der öffentlichen Zugänglichmachung vor.⁴⁸⁰

Das Urteil des EuGH ist dogmatisch, stringent und überzeugend.⁴⁸¹ Es steht im Einklang mit den ebenfalls überzeugenden Überlegungen des BGH, die dieser in seinen Vorlagebeschluss aufgenommen hat⁴⁸² sowie mit dem Ziel der InfoSoc-RL, dem Urheber ein hohes Schutzniveau zu gewähren und diesem eine angemessene Vergütung zu sichern.⁴⁸³ Insbesondere ist es begrüßenswert, dass der EuGH nicht der Auffassung des Generalanwaltes gefolgt ist, das Merkmal der öffentlichen Zugänglichmachung weiter zu subjektivieren und Kriterien wie die Vorsätzlichkeit des Handelns anzusetzen. Denn insoweit ist vor allem *Ettig*⁴⁸⁴ zuzustimmen, die zutreffend darauf hinweist, dass der Fall „Cordóba“ erst aufgrund der teils

477 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (914), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 40.

478 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (914), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 44.

479 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (914), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 45 f.

480 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (914), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 45 f.

481 Zustimmend im Ergebnis ebenfalls: *Ettig*, K&R 2018, 612 (614); *Wypchol*, EuZW 2018, 822 (822 f.); *Schubert*, MMR 2018, 662 (663); *Rauer/Kaase*, WRP 2018, 1155 (1158 ff.); *Hofmann*, ZUM 2018, 641 (645 ff.); *Grünberger*, ZUM 2019, 281 (291); *Obly*, GRUR 2018, 996 (1000 f.).

482 BGH, Vorlagebeschluss v. 23.02.2017 – I ZR 267/15, GRUR 2017, 514 (ff.), *Cordoba I*.

483 Vgl. hierzu Erwägungsgründe Nr. 9 und 10 der InfoSoc-RL.

484 *Ettig*, K&R 2018, 612.

undurchsichtigen und einzelfallbezogenen Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal der öffentlichen Zugänglichmachung eine solche Bedeutung erfahren hat und ohne dieselbe sicherlich schneller und ohne solch tiefgehende Begründung im Beschlusswege entschieden worden wäre. Eine weitere Subjektivierung hätte zu einer weitgehenden Rechtsunsicherheit geführt und die urheberrechtliche Dogmatik verlassen.⁴⁸⁵

Vor allem ist der klaren Differenzierung des EuGH zwischen dem Upload und der damit einhergehenden unmittelbaren Wiedergabe einerseits sowie dem Setzen von Hyperlinks und der hiermit verbundenen mittelbaren Wiedergabe andererseits zuzustimmen.⁴⁸⁶ Der EuGH hat insoweit nämlich den in der Praxis für den Rechtsinhaber maßgeblichen Unterschied mit Blick auf die Möglichkeit der Rechtswahrnehmung realisiert: Während bei der Verwendung von Hyperlinks durch Dritte dem Rechtsinhaber die Möglichkeit verbleibt, von ihm oder mit seiner Zustimmung ins Internet gestellte Werke oder Leistungen wieder aus dem Internet zu entfernen bzw. entfernen zu lassen, wird es ihm in der Regel faktisch unmöglich sein, bei erfolgten unautorisierten Uploads die jeweiligen Ansprüche durchzusetzen und die Verantwortlichen ausfindig zu machen.⁴⁸⁷ Darin besteht ein Unterschied, der in der rechtlichen Bewertung zwingend zu berücksichtigen ist und dem zur Realisierung des vom Normgeber beabsichtigten hohen Schutzgrades für Urheber entsprechende Bedeutung beizumessen ist.

485 *Obly*, GRUR 2018, 996 mit dem Hinweis darauf, dass die vom Generalanwalt vorgenommene Interessenabwägung "zwar zutreffende Wertungen aufwies, aber mit der klassischen Urheberrechtsdogmatik letztlich nicht mehr viel gemeinsam hatte". *Jani*, GRUR-Prax 2018, 241 sehr deutlich kritisierend (z.B.: "systemwidrig"; "...dreht das Urheberrecht auf den Kopf"; "Mit seiner Auslegung von Art. 3 der InfoSoc-RL legt der Generalanwalt [...] die Axt an die Wurzeln der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte.").

486 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911 (914), *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Rn. 40; a.A. Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin v. 25.04.2018 – C-161/17, BeckRS, 6238 (90, 107).

487 Diese praktischen Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung bleiben in den Schlussanträgen des Generalanwalts leider unberücksichtigt, dieser stellt lediglich fest, der Rechtsinhaber könne die Entfernung verlangen, vgl. EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin v. 25.04.2018 – C-161/17, BeckRS, 6238 (Rn. 107).

bb) Framing: Öffentliche Wiedergabe beim Vorhalten von Schutzmaßnahmen gegen Framing

Jüngst hat sich der BGH mit der Frage befasst, welche Auswirkungen daraus resultieren können, dass ein Rechtsinhaber zwar keine Zugangsbeschränkungen im eigentlichen Sinne (z.B. Passwortschutz) vorhält, jedoch technische Maßnahmen ergreift, um das sogenannte Framing zu verhindern. Diese Frage hat der BGH dem EuGH zur Beantwortung vorgelegt.⁴⁸⁸ Konkret bittet der BGH in seiner Vorlage darum, zu klären, ob

„die Einbettung eines mit Einwilligung des Rechtsinhabers auf einer frei zugänglichen Internetseite verfügbaren Werkes in die Internetseite eines Dritten im Wege des Framing eine öffentliche Wiedergabe des Werkes im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der InfoSoc-RL dar[stellt], wenn sie unter Umgehung von Schutzmaßnahmen gegen Framing erfolgt, die der Rechtsinhaber getroffen oder veranlasst hat“.

Hintergrund der EuGH-Vorlage ist ein Rechtsstreit zwischen der Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB) und der Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst. Die DBB ermöglicht es auf ihrer Website, gezielt nach Digitalisaten vorhandener Werke zu suchen. Über das Suchergebnis gelangt der Nutzer auf eine Internetseite der DBB, auf der ein Vorschaubild des recherchierten Objektes wiedergegeben wird. Über ein Anklicken dieses Schaubildes gelangt der Nutzer auf die Internetseite der liefernden Einrichtung, durch Nutzung der Lupenfunktion ist dem Nutzer auf der Website der DBB selbst eine vergrößerte Ansicht des Vorschaubildes möglich. Die Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst möchte die DDB verpflichten, technische Maßnahmen zum Schutz der zur Nutzung überlassenen Werke oder Schutzgegenstände gegen Framing anzuwenden. Die DDB ihrerseits beruft sich u.a. darauf, dass das Framing keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung darstelle, an deren Erträgen die Rechtsinhaber eine Beteiligung beanspruchen oder deren unautorisierte Vornahme sie aufgrund ihres Ausschließlichkeitsrechts untersagen könnten.⁴⁸⁹

Wie zuvor⁴⁹⁰ dargelegt, stellt das Framing grundsätzlich keine öffentliche Zugänglichmachung bzw. öffentliche Wiedergabe dar, die der Erlaubnis des Rechtsinhabers bedürfte. Anderes gilt jedoch dann, wenn Zugangs-

488 BGH, EuGH-Vorlage v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, GRUR 2019, 725, *Deutsche Digitale Bibliothek./Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst*.

489 KG Berlin, Urt. v. 18.06.2018 – 24 U 146/17, GRUR 2018, 1055, *Framingschutz*.

490 Vgl. Kapitel 3, B) II) 2) b) cc).

beschränkungen umgangen werden oder der Inhalt des Framings sich ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers und damit rechtswidrig im Internet befindet. Der BGH hat mit seiner Vorlage an den EuGH die Frage aufgeworfen, ob ggf. eine andere Bewertung erfolgen müsse, soweit Schutzmaßnahmen gegen Framing getroffen würden. Wäre dies der Fall, stellten nämlich Framing-Handlungen Dritter unter Heranziehung der von der DDB eingestellten Vorschaubilder, die unter Umgehung des Framing-Schutzes vorgenommen würden, erlaubnispflichtige Handlungen dar. Es stellt sich damit die Frage, inwiefern der Rechtsinhaber die grundsätzlichen Möglichkeiten zulässiger Anschlussnutzungen durch die Äußerungen seines entgegenstehenden Willens einschränken kann.⁴⁹¹ Anders als bei einer Zugriffsbeschränkung (z.B. in Form eines Passwortschutzes) befindet sich der konkrete Content nämlich für jeden Internetnutzer ersichtlich im Internet, sodass grundsätzlich eine Verlinkung oder die Nutzung des Inhaltes im Wege des Framings zulässig wäre.

Die Verlinkung des Inhaltes im Wege des Framings stellt zunächst eine Wiedergabehandlung in Form der Zugänglichmachung dar.⁴⁹² Es stellt sich jedoch die Frage, ob es sich auch um eine Wiedergabe gegenüber einer Öffentlichkeit handelt. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH dann der Fall, wenn ein neues Publikum angesprochen wird. Hat der Rechtsinhaber Maßnahmen ergriffen, um den Zugang auf Besucher einer bestimmten Internetseite zu beschränken und den unmittelbaren Zugang über andere Internetseiten, auf denen der Inhalt im Wege des Framing gespiegelt wird, ausgeschlossen, liegt eine Wiedergabe an ein neues Publikum vor, wenn ein Dritter die Schutzmaßnahmen gegen Framing umgeht. Der BGH stelle demgegenüber darauf ab, ob ein weiterer Zugang eröffnet sei und nicht nur ein bereits geöffneter Zugang erleichtert werde. Bei Umgehung von Schutzmaßnahmen gegen Framing wird ebenso wie bei der Einrichtung von Zugriffsbeschränkungen nicht ein bereits eröffneter Zugang lediglich erleichtert, sondern ein bereits eröffneter Zugang über die Grenzen dieses Zugangs hinaus auf „mittelbare Besucher“ ausgedehnt und damit ein Zugang auf einem Weg eröffnet, den der Rechtsinhaber nicht

491 noch offengelassenen durch BGH, Urt. v. 09.07.2015 – I ZR 46/12, GRUR 2016, 171 (174, Rn. 35), *Die Realität II*.

492 BGH, EuGH-Vorlage v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, GRUR 2019, 725 (727, Rn. 21 f.), *Deutsche Digitale Bibliothek./Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst*; EuGH, Beschluss v. 21.10.2014 – C-348/13, GRUR 2014, 1196 (1197, Rn. 18), *BestWater International/Meibes ua [Die Realität]*.

eröffnet hat.⁴⁹³ Damit liegt bei Heranziehung beider Kriterien eine rechts-
widrige öffentliche Zugänglichmachung Wiedergabe vor.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass der EuGH in einem Framing unter Umgehung technischer Schutzmaßnahmen gegen Framing eine unzulässige öffentliche Wiedergabe erkennen wird.⁴⁹⁴ Dem ist zuzustimmen. Eine gegenteilige Bewertung führte nämlich dazu, dass ein Rechtsinhaber schutzlos gestellt würde, da entgegen seines ausdrücklich wiedergegebenen und technisch abgesicherten Willens Wiedergabehandlungen vorgenommen werden könnten. Es träte damit eine Erschöpfung ein, die von Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL gerade nicht vorgesehen ist.⁴⁹⁵

3) Verbreitungsrecht gem. § 17 UrhG

Ferner steht dem Lichtbildner das Verbreitungsrecht gem. § 72 Abs. 1 i.V.m. § 17 UrhG zu. Hiervon erfasst ist das Anbieten und Inverkehrbringen des Lichtbildes gegenüber der Öffentlichkeit in körperlicher Form, unabhängig davon, ob es sich bei dem Verbreitungsgegenstand um das Original oder ein Vervielfältigungsstück desselben handelt.

Erfasst von diesem Ausschließlichkeitsrecht sind insbesondere Vorbereitungs-
handlungen zu beabsichtigten Veräußerungshandlungen (insbesondere Werbemaßnahmen, Ausstellungen zum Verkauf), sowie jegliche Handlungen, die das Schutzgut der allgemeinen Öffentlichkeit des Handelsverkehrs zugänglich machen, sei es durch Besitzübertragung oder Eigentumsübertragung.⁴⁹⁶

Hinsichtlich der Ausschließlichkeit des Verbreitungsrechtes ist die in § 17 Abs. 2 UrhG geregelte Erschöpfung zu beachten, die eine Zulässigkeit derjenigen Weiterverbreitungshandlungen (mit Ausnahme von Vermietungshandlungen gem. § 17 Abs. 3 UrhG) statuiert, die solche Originale und Vervielfältigungsstücke betreffen, die mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines ande-

493 So zu technischen Schutzmaßnahmen bereits BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 (58, Rn. 27), *Session-ID*.

494 Ebenfalls zustimmend: *Ohly*, GRUR 2018, 996 (1003); *Grünberger*, ZUM 2019, 573

495 So auch BGH, EuGH-Vorlage v. 25.04.2019 – I ZR 113/18, GRUR 2019, 725 (729, Rn. 36), *Deutsche Digitale Bibliothek./Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst; Ohly*, GRUR 2018, 996 (1003).

496 Hierzu ausführlich *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 17 UrhG, Rn. 7 ff.

ren Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind.

- 4) Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht gem. § 23 UrhG; Freie Benutzung gem. § 24 UrhG

Während gem. § 23 Satz 1 UrhG Veröffentlichungen oder Verwertungen von Bearbeitungen und anderen Umgestaltungen eines Werkes nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes zulässig sind, ist die Veröffentlichung und Verwertung eines selbstständigen Werkes, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, gem. § 24 Abs. 1 UrhG auch ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes zulässig. Gem. § 72 Abs. 1 UrhG sind beide Vorschriften auf Lichtbilder anzuwenden. Dies gilt sowohl für den Fall, dass es sich bei der bearbeiteten, umgestalteten oder benutzten Vorlage um ein Lichtbild handelt als auch dann, wenn die Bearbeitung, Umgestaltung oder Benutzung eines Werkes im Sinne von § 2 Abs. 1 UrhG auf fotografische Weise erfolgt und hierbei ein einfaches Lichtbild entsteht.

- a) Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht gem. § 23 UrhG

Unter Umgestaltungen im Sinne von § 23 Satz 1 UrhG sind solche Handlungen zu verstehen, bei denen eine nachschaffende Handlung unter Übernahme der wesentlichen Züge des benutzten Werkes vorgenommen wird.⁴⁹⁷ Dies kann nach der Gesetzesbegründung insbesondere dann der Fall sein, wenn der Umgestaltende das Ergebnis der Umgestaltung als eigenes Werk ausgibt, obwohl wesentliche Züge der Vorlage übernommen wurden (Plagiat) oder wenn er sich lediglich von einer Vorlage inspirieren lassen möchte, sich von dieser jedoch nicht weit genug distanziert (= gescheiterte freie Benutzung⁴⁹⁸).⁴⁹⁹ Bearbeitungen i.S.v. § 23 Satz 1 UrhG als Unterfall der Umgestaltungen liegen dann vor, wenn der Bearbeitende die Identität des Originalwerkes unberührt lassen will und lediglich die Verwertungsmöglichkeiten erweitern möchte, indem er das Originalwerk den

497 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 23 *UrhG*, Rn. 3; *Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auflage, 1980, S. 265.

498 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 23 *UrhG*, Rn. 7.

499 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 51.

jeweiligen Verhältnissen anpasst, z.B. indem er es in eine andere Sprache oder eine andere Kunstform übersetzt oder es für andere Ausdrucksmittel einrichtet.⁵⁰⁰ Dies kann z.B. beim Abmalen eines Lichtbildes der Fall sein, soweit dann nicht eine freie Benutzung vorliegt.⁵⁰¹ Ferner kann eine Bearbeitung dann vorliegen, wenn ein geschütztes Werk bzw. Lichtbild in ein neues Gesamtkunstwerk in der Weise integriert wird, dass es als Teil des Gesamtkunstwerks erscheint.⁵⁰²

Bearbeitungen stehen damit unmittelbar mit dem Originalwerk dergestalt in Verbindung, dass ihnen gegenüber dem Originalwerk eine dienende Funktion zukommt; Umgestaltungen hingegen kommt eine solche dienende Funktion nicht zu.⁵⁰³

b) Freie Benutzung gem. § 24 UrhG

Infolge der Rechtsprechung des EuGH zum Tonträgersampling stellt sich die Frage, ob § 24 UrhG aufgrund bestehender Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar ist. Bevor diese Frage beantwortet werden kann, ist jedoch zunächst eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt des § 24 UrhG erforderlich:

aa) Regelungsinhalt des § 24 UrhG

In Abgrenzung zur unfreien Bearbeitung kennzeichnet eine freie Benutzung i.S.v. § 24 UrhG die Selbstständigkeit des neuen Werkes, die vorliegt, wenn das neue Werk einen hinreichenden Abstand zur Vorlage aufweist.⁵⁰⁴ Das Originalwerk darf insoweit lediglich als Anregung für das ei-

500 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 51.

501 LG München I, Urt. v. 29.11.1985 – 21 O 17164/85, GRUR 1988, 36 (37), *Hub-schrauber mit Damen*; Zum Vorliegen einer freien Benutzung i.S.v. § 24 UrhG beim Abmalen eines Lichtbildes, vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 24 *UrhG*, Rn. 36.

502 BGH, Urt. v. 07.02.2002 – I ZR 304/99, GRUR 2002, 532 (534), *Unikatrahmen*.

503 Überzeugend unter Zugrundelegung der Gesetzesbegründung *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 23 *UrhG*, Rn. 5. A.A. *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 23 *UrhG*, Rn. 5 m. w. N.

504 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 24 *UrhG*, Rn. 9 f.; Umfassend zur Abstandsbestimmung: *Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung*, 1. Auflage, 2018, S. 66 ff.

gene Schaffen dienen, ohne dass es in identischer oder umgestalteter Form übernommen wird; es muss ein Abstand zum Originalwerk bestehen, bei dem die individuellen Züge der Vorlage gegenüber der Eigenart des neuen Werkes verblassen.⁵⁰⁵ Hierbei ist anerkannt, dass der Grad der Individualität des Originalwerkes Auswirkungen auf die Beurteilung des bestehenden Abstandes haben kann; je höher der Grad der Individualität der Vorlage, desto weniger wird ein Verblassen der Vorlage anzunehmen sein, je geringer der Grad der Individualität des Originalwerkes, desto eher wird es hinter der Eigenart des neu geschaffenen Werkes zurücktreten.⁵⁰⁶

Mit Blick auf einfache Lichtbilder im Sinne von § 72 bedeutet dies, dass aufgrund der mangelnden Individualität derselben ein ausreichender Abstand eines das einfache Lichtbild nachschaffenden Werkes bzw. Lichtbildes, mithin ein Verblassen der Eigenart der einfachen Lichtbildvorlage, schneller bestehen wird, da ein Verblassen leichter erreicht wird⁵⁰⁷. Der Schutzbereich des § 23 UrhG ist demnach gegenüber einem Lichtbildwerk als reduziert zu bewerten.⁵⁰⁸

505 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 24 *UrhG*, Rn. 10 mit zahlreichen Nachweisen zur ständigen Rechtsprechung.

506 Ganz h.M. *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 23 *UrhG*, Rn. 10; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 23 *UrhG*, Rn. 10; *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 24 *UrhG*, Rn. 8; *Maaßen*, in: Schierholz/Melichar, Kunst, Recht und Geld, *Plagiat, freie Benutzung oder Kunstzitat? Erscheinungsformen der urheberrechtlichen Leistungsübernahme in Fotografie und Kunst*, 2012, S. 135 (152); Ständige Rechtsprechung, vgl. umfassende Auflistung bei *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 24 *UrhG*, S. 10, z.B. BGH, Urt. v. 26.09.1980 – I ZR 17/78, GRUR 1981, 267 (269), *Dirlada*; Urt. v. 12.06.1981 – I ZR 95/79, GRUR 1982, 37 (39), *WK-Dokumentation*; Urt. v. 01.04.1958 – I ZR 49/57, GRUR 1958, 500 (502), *Mecki-Igel I*.

507 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 24 *UrhG*, Rn. 10; *Maaßen*, in: Wandtke/Czernik, Praxishandbuch Medienrecht, *Kapitel 5: Fotorecht*, 2014, Rn. 92; *Franzen/Ohlenhusen*, in: Reh binder, Archiv für Urheber- Film und Theaterrecht (UFITA) 2007, *Lichtbildwerke, Lichtbilder und Fotoimitate. Abhängige Benutzung oder freie Bearbeitung?*, 2007, S. 435 (457 f.); *Heitland*, *Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1995, S. 95; *Ulmer*, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auflage, 1980, S. 512.

508 *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzes (§ 72 UrhG)*, 2017, S. 205 (211); *Franzen/Ohlenhusen*, in: Reh binder, Archiv für Urheber- Film und Theaterrecht (UFITA) 2007, *Lichtbildwerke, Lichtbilder und Fotoimitate. Abhängige Benutzung oder freie Bearbeitung?*, 2007, S. 435 (458); *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 724.

Erfolgt hingegen die Benutzung eines Werkes i.S.v. § 2 Abs. 1 UrhG mittels Lichtbild⁵⁰⁹, z.B. indem der Inhalt eines Gemäldes in der Realität nachgestellt und sodann fotografisch abgebildet wird, so ist im Einzelfall genau zu prüfen, ob ein hinreichender Abstand zwischen der Vorlage und dem entstandenen Lichtbild besteht. Insoweit dürfte jedoch die praktische Relevanz für einfache Lichtbilder i.S.v. § 72 UrhG verschwindend gering sein, da solche Vorgänge in der Regel geplant und überlegt erfolgen, Motiv, Beleuchtung und Perspektive bewusst ausgewählt bzw. festgelegt werden und damit die Anforderungen an Lichtbildwerke gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG regelmäßig erfüllt sein werden.

Ferner kann ein *innerer* Abstand ausreichen, um ein Verblässen des Originals zu bewirken und damit eine freie Benutzung i.S.v. § 24 UrhG zu begründen. Dies kann z.B. im Wege einer Parodie oder Satire erfolgen. Von einer Parodie, bei der es sich um einen eigenständigen Begriff des Unionsrechts handelt, der einheitlich auszulegen ist⁵¹⁰, ist nach der Rechtsprechung des EuGH⁵¹¹ auszugehen, wenn

- das neue Werk oder Lichtbild an ein bestehendes Werk erinnert,
- es gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufweist und
- es einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darstellt.

Zusätzlich hat nach der Rechtsprechung des EuGH zur Feststellung, ob eine zulässige Parodie vorliegt, eine nachgelagerte Interessenabwägung zwischen den Interessen des Urhebers oder Lichtbildners der Vorlage und denjenigen des Benutzenden zu erfolgen, wobei insbesondere einem etwaigen diskriminierenden Aussagegehalt der Parodie besondere Bedeutung zukommen soll.⁵¹²

509 Zahlreiche Praxisbeispiele bei *Maaßen*, in: Schierholz/Melichar, Kunst, Recht und Geld, *Plagiat, freie Benutzung oder Kunstzitat? Erscheinungsformen der urheberrechtlichen Leistungsübernahme in Fotografie und Kunst*, 2012, S. 135 (135 ff.); *Maaßen*, in: Wandtke/Czernik, *Praxishandbuch Medienrecht, Kapitel 5: Fotorecht*, 2014, (95 ff.).

510 EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, GRUR Int. 2014, 969 (973 Rn. 17), *Johan Deckmyn/Helena Vandersteen*; BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 (1159 f.), *auffett getrimmt*.

511 EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, GRUR Int. 2014, 969 (9701, Rn. 20), *Johan Deckmyn/Helena Vandersteen*.

512 EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, GRUR Int. 2014, 969 (971, Rn. 26 ff.), *Johan Deckmyn/Helena Vandersteen*. Kritisch zur nachgelagerten Interessenabwägung und zur erforderlichen Prüfung eines diskriminierenden Inhaltes der Parodie vgl. *Riesenhuber*, LMK 2014, 363019; *Becker*, GRUR 2015, 336 (338 f.); *Haedicke*, GRUR Int 2015, 664 (669 f.).

bb) (Un-)Anwendbarkeit des § 24 UrhG? Folgen – insbesondere für die Übernahme wiedererkennbarer Lichtbildteile

Fraglich ist, wie infolge der Rechtsprechung des EuGH zum Sampling von Tonträgern mit der Vorschrift des § 24 UrhG weiter umzugehen ist. Der BGH hatte in der Vergangenheit versucht, diese Fallgestaltungen über § 24 UrhG zu lösen.⁵¹³ In der 2017 erfolgten Vorlage an den EuGH hat der BGH sodann die Frage gestellt, ob

„Mitgliedstaaten eine Bestimmung vorsehen [dürfen], die – wie die Bestimmung des § 24 I UrhG – klarstellt, dass der Schutzbereich des ausschließlichen Rechts des Tonträgerherstellers zur Vervielfältigung (Art. 2 Buchst. c RL 2001/29/EG und Verbreitung (Art. 9 I Buchst. b RL 2006/115/EG seines Tonträgers in der Weise immanent beschränkt ist, dass ein selbstständiges Werk, das in freier Benutzung seines Tonträgers geschaffen worden ist, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf“.⁵¹⁴

Diese Frage hat der EuGH dahingehend ausgelegt, ob ein Mitgliedsstaat eine

„Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Recht des Tonträgerherstellers aus Art. 2 Buchst. c der RL 2001/29 vorsehen darf, die nicht in Art. 5 dieser Richtlinie vorgesehen ist“.⁵¹⁵

Der EuGH hat diese Frage in seinem Urteil verneint und ausgeführt, die Ausnahmen und Beschränkungen, die in Art. 5 InfoSoc-RL niedergelegt seien, seien erschöpfend und eine darüber hinausgehende Normierung von Ausnahmen und Beschränkungen durch die Mitgliedsstaaten nicht möglich. Es stellt sich demnach grundsätzlich die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang § 24 UrhG weiter angewendet werden kann.

Diese Frage müsste im Rahmen dieser Arbeit dann nicht entschieden werden, wenn § 24 UrhG ungeachtet einer etwaigen Unionsrechtswidrigkeit weiter auf einfache Lichtbilder angewendet werden könnte. Dies könnte sich daraus ergeben, dass einfache Lichtbilder nicht von der Vollharmonisierung erfasst sind, es vielmehr jedem Mitgliedsstaat freigestellt ist, einen einfachen Lichtbildschutz vorzusehen. Vor diesem Hintergrund

513 Vgl. hierzu unter Kapitel 3, B) II) 1) c).

514 BGH, EuGH-Vorlage v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, GRUR 2017, 895 (896), *Metal auf Metall III*.

515 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (932), *Pelham/Hütter u.a.*

müssen die Ausführungen des EuGH zur Vollharmonisierung des Schranken kataloges auf den ersten Blick nicht starr auf den einfachen Lichtbildschutz übertragen werden, § 24 UrhG könnte dem Grunde nach ungeachtet einer etwaigen Unanwendbarkeit auf Werke i.S.v. Art. 2a bzw. Tonträger i.S.v. Art. 2c InfoSoc-RL weiterhin auf einfache Lichtbilder angewendet werden. Gleichwohl ist, soweit eine Unanwendbarkeit von § 24 UrhG auf Lichtbildwerke angenommen wird, im Ergebnis einer fortwährenden Anwendung des § 24 UrhG auf einfache Lichtbilder entgegenzutreten. Denn § 72 Abs. 1 UrhG verweist auf „die für Lichtbildwerke geltenden“ Vorschriften. Art. 2a InfoSoc-RL bezieht sich auf urheberrechtliche Werke und damit auf Lichtbildwerke, sodass die zum Tonträgerherstellerrecht ergangene Rechtsprechung des EuGH für Lichtbildwerke gleichermaßen gilt und damit konsequent auf einfache Lichtbilder übertragen werden sollte. Findet § 24 UrhG auf Lichtbildwerke keine Anwendung, kann auch eine Geltung für die einfachen Lichtbilder nicht beansprucht werden. Es handelt sich dann nämlich nicht um eine „für Lichtbildwerke geltende Vorschrift“. Sollte der BGH in der noch ausstehenden Entscheidung von einer Unionsrechtswidrigkeit des § 24 UrhG für die vorliegende Konstellation ausgehen und vor diesem Hintergrund eine Anwendung auf den Sachverhalt des Samplings nicht für zulässig erachten, wäre dieses Ergebnis auch für einfache Lichtbilder zu berücksichtigen.

Die Auswirkungen des Urteils des EuGH auf das generelle Schicksal sind unklar. Der EuGH hat in der Beantwortung der ihm vorgelegten Frage, die auf § 24 UrhG als schutzbereichsimmanente Begrenzung ausgerichtet war, eine Antwort gegeben, in der § 24 UrhG als Schrankenbestimmung angesehen wurde. Die Möglichkeiten der Bewertung in der Praxis sind vielseitig:

Zum einen könnte § 24 UrhG als unionsrechtswidrig bewertet werden und eine weitere Anwendung des § 24 UrhG versagt werden.⁵¹⁶ Dann wäre zum Schutz von Karikaturen, Parodien oder Pastiches, zu deren Gunsten Art. 5 Abs. 3 k InfoSoc-RL eine Schrankenregelung zulässt, der Erlass einer Schrankenbestimmung für Karikaturen, Parodien oder Pastiches unumgänglich. Die Notwendigkeit einer solchen Schrankenbestimmung folgt außerdem aus der in Art. 17 Abs. 7, 2 b DSM-Richtlinie niedergelegten Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, sicherzustellen, dass sich Nutzer im Geltungsbereich der DSM-Richtlinie auf entsprechende Ausnahme- oder

⁵¹⁶ So *Leistner*, GRUR 2019, 1008 (1004f.); *Ungern-Sternberg*, GRUR 2020, 113 (119).

Schrankenregelungen zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiche berufen können.

Zum anderen kommt eine geltungserhaltende Reduktion dergestalt in Betracht, dass § 24 UrhG künftig nur noch als Schrankenregelung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 k InfoSoc-RL für Karikaturen, Parodien und Pastiche Anwendung findet⁵¹⁷, wobei angesichts der in § 24 Abs. 1 UrhG normierten Voraussetzungen eines selbstständigen Werkes in § 24 UrhG im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung auf diese Voraussetzung zu verzichten⁵¹⁸ wäre.

Daneben könnten die Grundsätze des § 24 UrhG, soweit eine den Schutzbereich betreffende Abgrenzung vorgenommen wird, weiterhin angewendet oder aber eine vergleichbare Abgrenzung im Rahmen des § 23 UrhG erfolgen. Denn der Schutzbereich ist bislang nicht vollharmonisiert, es obliegt den Mitgliedsstaaten, die Grenzen des Schutzbereichs zu bestimmen.⁵¹⁹

*Schulze*⁵²⁰ befürwortet die Aufrechterhaltung und Auslegung des § 24 UrhG als allgemeine Grundrechtsschranke. Von der Zulässigkeit einer solchen übergeordneten Schranke – auch wenn diesem Lösungsweg ein gewisser Charme nicht abgesprochen werden kann – außerhalb des Art. 5 InfoSoc-RL dürfte der EuGH aber wohl kaum ausgehen. Ginge der EuGH von der Existenz einer solchen übergeordneten Schrankenregelung aus, hätte es der dogmatisch fragwürdigen Verortung der Sampling-Problematik bei der Prüfung der Vervielfältigungshandlung nicht bedurft.

Insgesamt erscheint es angesichts der klar dargelegten Sichtweise des EuGH riskant, sich dauerhaft auf die fortdauernde Anwendbarkeit des § 24 UrhG auf Karikaturen, Parodien und Pastiche zu verlassen und gleichzeitig weiterhin von einer Schutzbereichsbegrenzung durch § 24 UrhG auszugehen.⁵²¹ Hier sollte eine Klarstellung durch den Gesetzgeber erfolgen, um ein Signal auf europäischer Ebene zu senden. Der Hybrid-Stellung der Vorschrift wurde in dem Urteil des EuGH bereits keine Rechnung getragen, dies hat zu einer undifferenzierten Betrachtung des

517 *Wagner*, MMR 2019, 727 (729 f.); *Apel*, MMR 2019, 601 (603).

518 BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 (1160), *auf fett getrimmt*.

519 *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag: *Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, S. F 88; *Apel*, MMR 2019, 97 (98 m.w.N.); *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 24 UrhG, Rn. 1a; *Apel*, MMR 2019, 601 (602).

520 *Schulze*, NJW 2019, 2918; *Schulze*, GRUR 2020, 128 (130 f., 133); *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 24 UrhG, Rn. 1.

521 Vgl. hierzu auch *Ohly*, GRUR 2017, 964 (967 f.).

EuGH geführt. Zur Schaffung von Rechtsklarheit und zum Schutz der Rechtsinhaber sollte der Gesetzgeber aktiv werden. Es sollte eine neue Schrankenregelung erlassen werden, die gem. Art. 5 Abs. 3k InfoSoc-RL Karikaturen, Parodien und Pastiche privilegiert.⁵²² Diese sollte systematisch bei den weiteren Schrankenbestimmungen des UrhG verankert werden. Hierdurch würde der Charakter des § 24 UrhG als Schrankenregelung⁵²³ beseitigt, der Weg der Behandlung von § 24 UrhG als reine Schutzbereichsabgrenzung wäre frei. Alternativ könnte, um den Makel der Unionsrechtswidrigkeit, der § 24 UrhG in seiner Gesamtheit nun anhaftet, eine Schutzbereichsabgrenzung im Rahmen des § 23 UrhG erfolgen, die bisher unter § 24 UrhG gefasste Fallgruppen behandelt. Bis zur Normierung einer solchen Schranke sollte § 24 UrhG jedoch richtlinienkonform auf Karikaturen, Parodien und Pastiche angewendet werden. In jedem Fall ist davon auszugehen, dass die Grundsätze der freien Benutzung, soweit es sich um eine Schutzbereichsabgrenzung handelt, weiter angewendet werden können, ungeachtet dessen, ob diese Grundsätze über eine Anwendung von § 24 UrhG, über eine Abgrenzung im Rahmen des § 23 UrhG oder im Rahmen einer neu geschaffenen Regelung Beachtung finden.

Insgesamt sollten auch die Lichtbildner für die zukünftige Rechtspraxis im Auge behalten, wie der BGH am 09.04.2020⁵²⁴ entscheiden und welche Maßnahmen der Gesetzgeber ergreifen wird. Zum heutigen Zeitpunkt ist in jedem Fall davon auszugehen, dass bei fehlender Wiedererkennbarkeit, also insbesondere bei der Übernahme einzelner Pixel, eine erlaubnisfreie Übernahme möglich ist, die Rechtsprechung des EuGH ist hierauf übertragbar. Handelt es sich hingegen um einen wiedererkennbaren Teil eines Lichtbildes, der übernommen wird, ist zu differenzieren: Jedenfalls Übergangsweise könnte die Übernahme eines wiedererkennbaren Lichtbildteiles weiterhin unter Anwendung von § 24 UrhG als zulässig erachtet werden, soweit es sich bei dem Ergebnis um eine Ausnahme gem. Art. 5 Abs. 3k InfoSoc-RL handelt, der Lichtbildteil z.B. im Rahmen einer Par-

522 Vgl. zur Notwendigkeit einer solchen Schrankenbestimmung auch *Ohly*, GRUR 2017, 964 (969) bereits vor Erlass des Urteils *Pelham/Hütter u.a.* sowie im Anschluss an das Urteil des EuGH *Leistner*, GRUR 2019, 1008 (1015); *Dreier*, GRUR 2019, 1003 (1005).

523 Vgl. hierzu auch BGH, EuGH-Vorlage v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, GRUR 2017, 895 (899), *Metall auf Metall III*.

524 Verkündungstermin, Az. I ZR 115/16, vgl. Pressemitteilung des BGH, abrufbar unter <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Termine/DE/Termine/IZ115-16.html>, zuletzt abgerufen am 09.02.2020.

odie eingesetzt wird. Bei Verwendung eines wiedererkennbaren Lichtbildteils außerhalb des Art. 5 Abs. 3k InfoSoc-RL kann, soweit die künstlerischen Zwecke oder sonstige grundrechtlich geschützte Positionen des Übernehmenden überwiegen, von einer schutzbereichsimmanenten Beschränkung ausgegangen werden, wobei zur Signalwirkung gegenüber dem EuGH eine klarstellende Regelung erlassen werden sollte, durch die insbesondere die Hybridstellung des § 24 UrhG aufgehoben würde.

III) Zugang zu Werkstücken, § 25 UrhG, und Folgerecht, § 26 UrhG

Ferner ist allgemein anerkannt, dass einem Lichtbildner gem. § 72 Abs. 2 i.V.m. § 25 UrhG auch das Zugangsrecht zu Werk- bzw. Lichtbildstücken zusteht, das ihn befugt, vom Besitzer des Lichtbildes zu verlangen, das er ihm dieses zugänglich macht, soweit dies zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken oder Bearbeitungen des Werkes erforderlich ist und nicht berechnigte Interessen des Besitzers entgegenstehen, §§ 72 Abs. 1, 25 UrhG.⁵²⁵

Anderes gilt hingegen für das Folgerecht gem. § 26 UrhG. Dieses ermöglicht es dem Urheber eines Werkes der bildenden Künste oder eines Lichtbildwerkes, am Veräußerungserlös seines Werkes auch bei Folgeveräußerungen teilzuhaben. Hintergrund der Regelung ist, dass der Urheber eines solchen Werkes an der Wertsteigerung seines Werkes beteiligt werden soll. Bei Werken der bildenden Künste und bei Lichtbildwerken handelt es sich nämlich üblicherweise um Unikate oder limitierte Kleinserien. In der Regel verhält es sich aus diesem Grund bei Urhebern von Werken der bildenden Künste und von Lichtbildwerken anders als z.B. bei Schriftstellern, die z.B. über steigende Verlagshonorare beteiligt werden können. Bei Werken der bildenden Künste und Lichtbildwerken soll durch das Folgerecht ein

525 Erdmann, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, *Der urheberrechtliche Schutz von Lichtbildwerken und Lichtbildern*, 2014, S. 761 (770); OLG München, Urt. v. 22.04.1993 – 6 U 4067/92, MDR 1993, 1194; Vogel, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrhG, Rn. 42; Thum, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 99; Müller/Werner, GRUR 2018, 1202; Vogel, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 18.

Ausgleich hergestellt werden.⁵²⁶ Nach einhelliger Auffassung⁵²⁷ sollen diese Wertungen nicht auf einfache Lichtbilder übertragen werden können, sodass dem Lichtbildner eines einfachen Lichtbildes das Folgerecht nicht zukommen soll. Dieses Ergebnis mag zwar überwiegend bei einfachen Lichtbildern, die ohne weitere Überlegungen im Internet verbreitet werden, zutreffen. Gleichwohl kann dieses Ergebnis insbesondere bei aufwändigen Reproduktionsfotografien und solchen Lichtbildern, die aufgrund ihres Inhalts, z.B. bei zeitgeschichtlich relevanten Lichtbildern, nicht überzeugen. Auch hier kann der Lichtbildner sich entscheiden, diese z.B. als Kleinserie zu verwerten. Dann aber sind seine Interessen nicht von denjenigen des Urhebers eines Lichtbildwerkes zu unterscheiden.

IV) Zusammenfassung

1) Gleichlauf des Schutzes von einfachen Lichtbildern und Lichtbildwerken

Das Leistungsschutzrecht des Lichtbildners gem. § 72 Abs. 1 UrhG ist nicht in Gänze übertragbar, es bedarf vielmehr, wie bei den Urheberrechten an Werken gem. § 2 Abs. 1 UrhG der Einräumung von Nutzungs- und Verwertungsrechten an Dritte.

Ferner sind das Veröffentlichungsrecht gem. § 72 Abs. 1 i.V.m. § 12 UrhG und das Verbreitungsrecht gem. § 72 Abs. 1 i.V.m. § 17 UrhG ist uneingeschränkt auf einfache Lichtbilder anzuwenden. Daneben stehen dem Lichtbildner auch das Recht auf Anerkennung der Lichtbildnerschaft sowie das Namensnennungsrecht gem. § 72 Abs. 1 i.V.m. § 13 UrhG zu. Es handelt sich hierbei um unverzichtbare Rechte, ein Anspruch auf Anonymisierung kann jedoch dann bestehen, wenn ein solches ausdrücklich ausübt wird.

526 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 52; Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks (Folgerechtsrichtlinie).

527 Katzenberger/Schierholz, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 26 UrbG, Rn. 20; Freudenberg, in: BeckOK UrhG, 25. Edition (Stand 15.07.2019), 2019, § 26 UrbG, Rn. 21; Thum, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 86; Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 26 UrbG, Rn. 9; Apel, in: Götz von Olenhusen/Gergen, Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzes (§ 72 UrbG), 2017, S. 205 (211).

Außerdem steht dem Lichtbildner das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL zu sowie das Recht zur öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL, das z.B. durch den Upload eines Lichtbildes in das Internet betroffen sein kann. Ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Wiedergabe liegt hingegen nicht vor, wenn lediglich Verlinkungen eines uneingeschränkt zugänglichen, vom Rechtsinhaber in das Internet eingestellten Inhaltes vorgenommen werden oder solche Inhalte Gegenstand eines Frames werden. Werden hingegen Zugangsbeschränkungen oder Schutzmaßnahmen gegen Verlinkungen oder Framing umgangen, liegt eine öffentliche Wiedergabe vor.

2) Abweichungen und Modifikationen

Ein Entstellungsschutz nach § 14 UrhG kann dem Lichtbildner gem. § 72 Abs 1 i.V.m. § 14 UrhG nur ausnahmsweise gewährt werden, soweit das allgemeine Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt ist.

Auch das Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG, Art. 2 InfoSoc-RL steht dem Lichtbildner i.S.v. § 72 UrhG grundsätzlich zu. Gegenüber Lichtbildwerken werden bei einfachen Lichtbildern jedoch kleine Veränderungen gegenüber der Vorlage leichter zur Ablehnung einer i.S.v. § 16 UrhG führen. Der Schutz kleinster Teile eines Lichtbildwerkes erforderte anders als der Schutz von Teilen eines einfachen Lichtbildes die Werkqualität des Lichtbildteiles. Auf diese Anforderung kann jedoch aufgrund des tatbestandlichen Schutzes kleinster Teile eines einfachen Lichtbildes verzichtet werden, da jedes Lichtbildwerk zugleich die Anforderungen des einfachen Lichtbildes erfüllt. In diesem Zusammenhang wird in der Praxis die Rechtsprechung des EuGH zum Sampling zu berücksichtigen sein, sodass aufgrund dieser Rechtsprechung nur bei Wiedererkennbarkeit des Lichtbildausschnittes eine Vervielfältigungshandlung des Lichtbildteils gem. § 16 UrhG anzunehmen sein wird.

Gleichermaßen wie dem Urheber eines Lichtbildwerkes stehen dem Lichtbildner gem. § 72 Abs. 1 UrhG das Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht gem. § 23 UrhG zu. Insoweit sind jedoch die (weiterhin anzuwendenden) Grundsätze der freien Benutzung § 24 UrhG als Schutzbereichsbestimmung zu beachten. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass mangels Individualität der einfachen Lichtbilder eine freie Benutzung früher anzunehmen ist als dies bei der Benutzung von Lichtbildwerken der Fall ist. Solange nicht klarstellend eine neue Regelung geschaffen wird, die Karikaturen,

Parodien und Pastiche erfasst, ist § 24 UrhG zur Vermeidung von Schutzlücken außerdem weiter als Schrankenregelung anzuwenden.

Während der Lichtbildner i.S.v. § 72 UrhG sich außerdem auf das Zugangsrecht gem. § 25 UrhG berufen können soll, ist ihm nach allgemeiner Auffassung das Folgerecht gem. § 26 UrhG verwehrt. Letzteres sollte nach hier vertretener Auffassung jedenfalls für aufwändig hergestellte und dokumentarisch wertvolle Lichtbilder überdacht werden.

C) Rechtsfolgen bei und Verfolgung von Rechtsverletzungen⁵²⁸

Die Verletzung von Rechten des Lichtbildners kann sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Im Folgenden sollen die diesbezüglichen Grundsätze dargestellt werden, wobei ein Schwerpunkt auf die praktisch relevanten Aspekte gelegt wird, die im Rahmen dieser Arbeit Berücksichtigung finden sollen.

I) Zivilrechtliche Rechtsfolgen und Aspekte der Rechtsdurchsetzung

1) Beseitigung, Unterlassung, Schadensersatz, § 97 UrhG

a) Allgemeines

Liegt eine widerrechtliche Verletzung der Rechte des Lichtbildners i.S.v. § 72 UrhG vor, stehen dem Lichtbildner gem. § 97 UrhG Ansprüche auf Beseitigung der Beeinträchtigung, Unterlassung und Schadensersatz zu. Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch setzt gem. § 97 Abs. 1 UrhG lediglich die widerrechtliche Rechtsverletzung voraus, für die Entstehung

528 Die Rechtsfolgen bei Verletzungen der Rechte des Lichtbildners werden hier nur in hier gebotener Kürze dargestellt, um in Kapitel 4 der Darstellung gerecht zu werden, wann der Schutz einfacher Lichtbilder gem. § 72 UrhG zu Problemen führt. Auf generell bestehende Einzelheiten bei der Aktivlegitimation, der Passivlegitimation sowie des Schutzzumfangs kommt es für die dort vorzunehmende Bewertung nicht an, sodass diese Aspekte hier außer Betracht bleiben. Für weitere Einzelheiten wird stattdessen verwiesen auf *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrhG*; *Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrhG*; *Wolff*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 97 *UrhG*.

eines Anspruches auf Schadensersatz ist gem. § 97 Abs. 2 Satz 1 UrhG zusätzlich ein Verschulden erforderlich.

Zur Ermittlung des Schadens kann die dreifache Schadensberechnung⁵²⁹ herangezogen werden:

Zum einen ist die Schadensermittlung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB möglich, hierbei ist der Ersatz der erlittenen Vermögenseinbuße einschließlich des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) erstattungsfähig. Ferner kommt die Schadensermittlung dergestalt in Betracht, dass der Lichtbildner die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr verlangen kann, § 97 Abs. 2 Satz 1 UrhG (sog. Lizenzanalogie). Eine weitere Möglichkeit der Schadensberechnung bietet § 97 Abs. 2 Satz 2 UrhG, wonach der Lichtbildner die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen kann.

Ein allgemeiner Verletzerzuschlag auf die fiktive Lizenzgebühr aufgrund einer Rechtsverletzung wird nicht gewährt.⁵³⁰ Allerdings kommt ein pauschaler Verletzerzuschlag in der Rechtsprechung dann zum Zuge, wenn die gem. § 13 UrhG gebotene Namensnennung unterbleibt.⁵³¹ In diesem Fall wird im Rahmen der Schadensschätzung gem. § 287 UrhG regelmäßig ein pauschaler Verletzerzuschlag gewährt, um den, z.B. durch entgangene Folgeaufträge, entstandenen Vermögensschaden auszugleichen.⁵³² Es wird üblicherweise ein Verletzerzuschlag i.H.v. 100 % auf die fiktive Lizenzgebühr für die jeweilige Nutzung angesetzt.⁵³³ Bei unterbliebener Namensnennung kommt außerdem die Geltendmachung eines im-

529 Ausführlich hierzu *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrhG*, Rn. 79 ff.; *Wolff*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 97 *UrhG*, Rn. 58 ff.; *Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrhG*, Rn. 259 ff.

530 *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums* vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 61 f.; Die Gewährung eines solchen wäre jedoch nach Art. 13 Abs. 1 b RL 2004/48/EG (Enforcement-RL) möglich und wird in der Lit. überwiegend befürwortet, vgl. *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrhG*, Rn. 79 m.w.N.; vgl. außerdem zur Ausnahme zugunsten der GEMA ausführlich *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrhG*, Rn. 93 f.

531 Ständige Rspr., vgl. z.B. BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294), *Foto eines Sportwagens*; Urt. v. 15.01.2015 – I ZR 148/13, GRUR 2015, 780 (783 f.), *Motorradteile*.

532 BGH, Urt. v. 15.01.2015 – I ZR 148/13, GRUR 2015, 780 (784), *Motorradteile*.

533 BGH, Urt. v. 15.01.2015 – I ZR 148/13, GRUR 2015, 780 (784), *Motorradteile*; Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294), *Foto eines Sportwagens*; weitere Nachweise aus der Rechtsprechung (auch für wenige Gerichte, die einen Verletzerzuschlag i.H.v. 50 % gewähren) vgl. *Dietz/Peukert*, in: Schrickler/

materiellen Schadens gem. § 97 Abs. 2 Satz 4 UrhG in Betracht. Hierfür ist jedoch ein schwerwiegender Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht bzw. in vergleichbarer Eingriff hinsichtlich des einfachen Lichtbildners (allgemeines Persönlichkeitsrecht) erforderlich, der bei einem einfachen Lichtbild gem. § 72 UrhG in der Regel nicht vorliegen wird.⁵³⁴

Daneben kann der Lichtbildner wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, gem. § 97 Abs. 2 Satz 4 UrhG eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht.

Als Hilfsansprüche zum Schadenersatzanspruch stehen dem Verletzten außerdem Ansprüche auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung zu.⁵³⁵

b) Schadensermittlung im Wege der Lizenzanalogie

Bei der Schadensermittlung im Wege der Lizenzanalogie handelt es sich um die in der Praxis üblichste Berechnungsmethode bei Urheberrechtsverletzungen:

aa) Vorgehensweise

Bei der Bewertung der Höhe des zu leistenden Schadenersatzes im Wege der Lizenzanalogie ist grundsätzlich darauf abzustellen, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung für die vom Verletzer vorgenommenen Benutzungshandlungen vereinbart hätten, zu ermitteln ist deshalb der objek-

Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 13 *UrhG*, Rn. 20, Fn. 57. Gegen die Annahme eines prozentualen Aufschlages vgl. *Schneider*, CR 2016, 37 (42).

534 *Wimmers*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrhG*, Rn. 303; OLG München, Urt. v. 05.12.2013 – 6 U 1448/13, ZUM-RD 2014, 165 (166), *Lizenzanalogie bei Stadtplänen*; vgl. auch BGH, Urt. v. 15.01.2015 – I ZR 148/13, GRUR 2015, 780 (784), *Motorradteile*, allerdings ohne Klarstellung, ob es sich um einfache Lichtbilder oder Lichtbildwerke handelte. Das OLG Braunschweig geht davon aus, dass bei der fehlenden Namensnennung bei einfachen Lichtbildern im Rahmen von Privatverkäufen bei eBay die für § 97 Abs. 2 Satz 4 UrhG erforderliche Billigkeitsvoraussetzung nicht erfüllt sei. Hiergegen spreche bereits die die gesetzgeberische Entscheidung, die Abmahnkosten in solchen Fällen der Höhe nach zu beschränken, OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920 (924 f.), *MFH-Honorarempfehlungen*.

535 *Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrhG*, Rn. 307 ff., zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Ansprüche Rn. 308.

tive Wert der Benutzungsberechtigung.⁵³⁶ Zur Ermittlung ist wie folgt vorzugehen⁵³⁷:

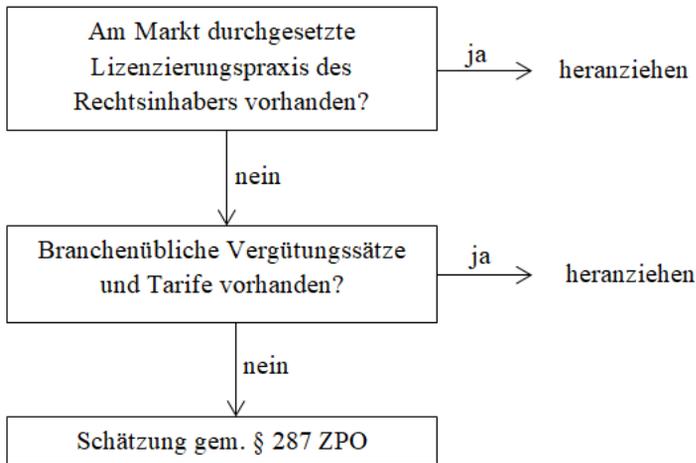


Abbildung 8: Schematische Darstellung zur Bewertung der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie

Bei einfachen Lichtbildern im Sinne von § 72 UrhG liegt eine am Markt durchgesetzte Lizenzierungspraxis⁵³⁸ des Rechtsinhabers nur in Ausnah-

536 BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (293 m. w. N.), *Foto eines Sportwagens*; OLG München, Urt. v. 11.04.2019 – 29 U 3773/17, GRUR 2019, 828 (829 f.).

537 BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (293), *Foto eines Sportwagens*; Urt. v. 16.08.2012 – I ZR 96/09, GRUR-RS 2013, 3085 (Rn. 30), *Einzelbild*; Urt. v. 11.06.2015 – I ZR 19/14, GRUR 2016, 176 (182), *Tauschbörse I*; Urt. v. 11.06.2015 – I ZR 7/14, GRUR 2016, 184 (188), *Tauschbörse II*; Urt. v. 11.06.2015 – I ZR 75/14, GRUR 2016, 191 (195 f.), *Tauschbörse III*.

538 Erforderlich ist eine Lizenzierungspraxis, die sich tatsächlich am Markt durchgesetzt hat. Das OLG Braunschweig hat zutreffend ausgeführt, dass es nicht genüge, wenn ein Mediengestalter zwar Bilder in der Absicht in das Internet einzustellen, Lizenzierungen zu vermarkten, ohne dass hierbei tatsächlich eine relevante Anzahl von Lizenzierungen erfolgt. Dies sei dann jedenfalls nicht der Fall, wenn lediglich drei bis vier Anfragen hinsichtlich der Fotonutzung erfolgt seien, von denen das angefragte Lichtbild einer Person kostenlos zur Verfügung gestellt wurde und die Lizenzierung an drei weitere Personen abgelehnt worden sei und es zu einer einzigen tatsächlichen Lizenzierung gekommen sei. Vgl. hierzu OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920 (923), *MFH-Honorarempfehlungen*.

mefällen vor. Eine solche wird in der Regel nur bei Berufsfotografen anzunehmen sein, deren am Markt gehandelte Lichtbilder oftmals auch die Anforderungen an ein Lichtbildwerk gem. § 72 Abs. 1 Nr. 5 UrhG erfüllen. Steht ein einfaches Lichtbild in Rede, wird mangels Vergleichbarkeit von einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk eine Übertragung der am Markt bestehenden Lizenzierungspraxis für Lichtbildwerke von Berufsfotografen nicht möglich sein. Denkbar ist allerdings, dass eine am Markt durchgesetzte Lizenzierungspraxis z.B. für Reproduktionsfotografien oder Pressefotografien besteht, auch wenn diese im jeweiligen Fall ausschließlich nach § 72 UrhG schutzfähig sind. In diesen Fällen ist, soweit eine solche besteht, die Lizenzierungspraxis des Reproduktions- bzw. Pressefotografen heranzuziehen. Bei nicht professionellen Marktteilnehmern liegt hingegen keine Lizenzierungspraxis vor.

Besteht im konkreten Fall eine am Markt durchgesetzte Lizenzierungspraxis des Lichtbildners nicht, die herangezogen werden kann, können sonstige branchenübliche Vergütungssätze und Tarife zugrunde gelegt werden. Hierbei kann es sich z.B. um die Tarife der VG Bild-Kunst handeln⁵³⁹, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob die in Streit stehende Nutzung hiervon erfasst wird⁵⁴⁰ und ob die Anwendung der Tarife der VG Bild-Kunst gerechtfertigt ist. Bei professionellen Reproduktionsfotografien von Werken der bildenden Künste dürften diese Tarife heranzuziehen sein⁵⁴¹, insoweit ergeben sich z.B. Werte für den Abdruck von Werken der bildenden Kunst und für Fotografien (inklusive der einfachen Lichtbilder im Sinne von § 72 UrhG) in Zeitungen, Werbebroschüren, Werbeanzeigen, Merchandisingprodukten (Textilien, Leder, Keramik, Uhren, Schmuck etc.).⁵⁴²

Eine Rechtfertigung der Heranziehung dieser Tarife kann bei alltäglichen Knipsbildern einer Privatperson infrage stehen. So hat der *BGH*⁵⁴³

539 *Reber*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 20.04.2018), 2019, § 97 *UrhG*, Rn. 124; Tarife 2017–2019 der VG Bild-Kunst, abrufbar unter https://www.bildkunst.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/2018_10_22_Tarife_2017-2019.pdf, zuletzt abgerufen am 31.01.2020.

540 So wird etwa die öffentliche Zugänglichmachung im Internet nicht in den Tarifen abgebildet.

541 A.A., ohne Begründung die Anwendbarkeit einschränkend auf Lichtbildwerke AG Düsseldorf, *Urt. v. 06.10.2010 – 57 C 4889/10, ZUM-RD 2011, 318 (320); Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 159.

542 Näher hierzu vgl. Tarife 2017–2019 der VG Bild-Kunst, a.a.O..

543 *BGH*, *Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (293), Foto eines Sportwagens*. Ebenso *OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920 (923), MFM-Honorarempfehlungen für privaten eBay-Verkauf*.

jüngst die Heranziehung der sog. MFM-Bildhonorartabellen der Mittelstandsvereinigung Fotomarketing, einer Interessenvertretung der Anbieterseite – deren Heranziehung zur Feststellung einer angemessenen Lizenzgebühr ohnehin umstritten ist, da es sich um einseitig festgelegte Werte handelt und es daher an einer Branchenüblichkeit zur Bewertung marktüblicher Vergütungen fehlen könnte⁵⁴⁴ – auf nicht professionelle Lichtbildner abgelehnt, da nicht festzustellen sei, dass diese

„üblicherweise zur Bestimmung der Vergütung für eine Nutzung von Fotografien im Internet Anwendung finden, die nicht von professionellen Marktteilnehmern erstellt worden sind“.

Im Bereich professioneller Fotografien werden die MFM-Empfehlungen jedoch vielfach als aufgrund einer Verkehrssitte angenommene verlässliche Schätzungsgrundlage zur Festlegung der fiktiven Lizenzgebühr⁵⁴⁵ oder jedenfalls als ein Kriterium bzw. Anhaltspunkt für die Schätzung einer angemessenen Lizenzgebühr im Rahmen einer Prüfung nach § 287 ZPO⁵⁴⁶ herangezogen.

Die Angemessenheit einer tariflich angesetzten Lizenzgebühr ist in jedem Fall voll gerichtlich überprüfbar und kann durch das Gericht im Einzelfall angepasst werden.⁵⁴⁷

544 Kritisch: BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (293), *Foto eines Sportwagens*; Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 68/08, GRUR 2010, 623 (626), *Restwertbörse m.w.N.*. Vgl. zur umfassenden Judikatur betreffend die MFM-Empfehlungen *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrbG*, Rn. 85; *Wimmers*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrbG*, Rn. 277.

545 OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.1997 – 20 U 31/97, NJW-RR 1999, 194 (194 f.); Urt. v. 09.05.2006 – I-20 U 138/05, 20 U 138/05, GRUR-RR 2006, 393 (394).

546 OLG Hamburg, Urt. v. 02.09.2009 – 5 U 8/08, BeckRS 2009, 87819, *FOOD-Fotografie*; OLG Köln, Urt. v. 11.01.2019 – 6 U 10/16, GRUR 2019, 393 (398), *Palast der Republik* mit weiteren Einschränkungen. Urt. v. 01.03.2013 – 6 U 168/12, juris, 17 ff.; LG Köln, Urt. v. 27.05.2014 – 14 S 38/13, ZUM 2014, 973 (975); OLG Brandenburg, Urt. v. 15.05.2009 – 6 U 37/08, GRUR-RR 2009, 413 (413 f.); OLG Hamm, Urt. v. 13.02.2014 – I-22 U 98/13, 22 U 98/13, ZUM 2014, 410, *LPG-Antrieb*.

547 BGH, Urt. v. 29.01.2004 – I ZR 135/00, GRUR 2004, 669 (670 ff.), *Musikmehrkaldienst*.

Liegen keine branchenüblichen Vergütungssätze oder einschlägigen Tarife vor, hat eine Schätzung nach § 287 ZPO zu erfolgen. Hierbei sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Berücksichtigung finden können z.B. folgende Aspekte:

- Qualität des Lichtbildes (inkl. der konkreten Gestaltung des Lichtbildes)⁵⁴⁸
- Aufwand der Lichtbildherstellung⁵⁴⁹
- Umfang der Nutzung⁵⁵⁰ (privat/gewerblich⁵⁵¹; ganz oder teilweise⁵⁵²)
- Art und Intensität der Nutzung⁵⁵³ (Auflagenstärke und Verbreitung⁵⁵⁴)
- Dauer der Nutzung⁵⁵⁵
- Bekanntheitsgrad und der Sympathie-/Imagewert/Marktwert einer abgebildeten Person⁵⁵⁶

548 BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294), *Foto eines Sportwagens*; Forch, GRURPrax 2016, 142 (143); OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920 (924), *MFM-Honorarempfehlungen*.

549 AG Düsseldorf, Urt. v. 13.07.2011 – 57 C 1701/11, BeckRS 2012, 14861; OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920 (924), *MFM-Honorarempfehlungen*.

550 OLG Frankfurt, Urt. v. 16.12.2014 – 11 U 27/14, GRUR-RR 2015, 233 (234).

551 BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294), *Foto eines Sportwagens* (öffentliche Zugänglichmachung).

552 BGH, Urt. v. 24.01.1975 – I ZR 106/73, GRUR 1975, 323 (325), *Geflügelte Melodien*.

553 BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294), *Foto eines Sportwagens*; Urt. v. 15.01.2015 – I ZR 148/13, GRUR 2015, 780 (784), *Motorradteile*; OLG Frankfurt, Urt. v. 16.12.2014 – 11 U 27/14, GRUR-RR 2015, 233 (234).

554 OLG Köln, Urt. v. 28.05.2019 – 15 U 160/18, GRUR-RR 2019, 396 (403), hier ging es zwar um eine fiktive Lizenz zugunsten des Abgebildeten (gem. § 812 BGB Absatz 1 Satz 1, Var. 2 BGB bzw. § 823 BGB iVm §§ 22, 23 KUG), allerdings sind diese Grundsätze übertragbar auf die Bewertung der fiktiven Lizenzgebühr, die an den Lichtbildner zu zahlen ist.

555 Forch, GRURPrax 2016, 142 (143); AG Düsseldorf, Urt. v. 13.07.2011 – 57 C 1701/11, BeckRS 2012, 14861; OLG Frankfurt, Urt. v. 16.12.2014 – 11 U 27/14, GRUR-RR 2015, 233 (234).

556 OLG Köln, Urt. v. 28.05.2019 – 15 U 160/18, GRUR-RR 2019, 396 (403), hier ging es zwar um eine fiktive Lizenz zugunsten des Abgebildeten (gem. § 812 BGB Absatz 1 Satz 1, Var. 2 BGB bzw. § 823 BGB iVm §§ 22, 23 KUG), allerdings sind diese Grundsätze übertragbar auf die Bewertung der fiktiven Lizenzgebühr, die an den Lichtbildner zu zahlen ist. Gerade bei Pressefotos kann der Wert des Lichtbildes auf dieser Basis erheblich variieren.

- Werbewirkung und Aufmerksamkeitswert⁵⁵⁷
- u.v.m.⁵⁵⁸

bb) Beispiele nach § 287 ZPO ermittelter Schadenshöhen bei der unberechtigten Nutzung einfacher Lichtbilder

Für den Fall der unberechtigten Nutzung eines als einfaches Lichtbild zu bewertenden Schnappschusses, bei dem keine besondere kompositorische Inszenierung festgestellt werden konnte, sondern vielmehr die Gestaltung des Lichtbildes gegen eine professionelle Gestaltung sprach, hergestellt durch einen nicht professionellen Marktteilnehmer, hat der *BGH*⁵⁵⁹ in jüngerer Rechtsprechung eine Lizenzgebühr in Höhe von 100,00 EUR für die unberechtigte gewerbliche Nutzung des Lichtbildes⁵⁶⁰ für angemessen erachtet. Der Lichtbildner hatte die Fotografie bei Facebook eingestellt, der Beklagte hatte das Lichtbild bearbeitet und zu einem gewerblichen Zweck für eine Veranstaltung auf seiner Website wiedergegeben (Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung, §§ 16, 19a UrhG).

Das *AG Düsseldorf*⁵⁶¹ hat – ausgehend von MFM-Empfehlungen als Obergrenze eines nach § 287 ZPO zu bestimmenden Schadens – angenommen, dass für die Übernahme eher einfacher Produktfotos, die keine Merkmale aufwiesen, die auf eine besonders professionelle Leistung der Fotografin oder einen großen Erstellungsaufwand hindeuteten in ein Ebay-Angebot (Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung, §§ 16, 19a UrhG) bei einer Nutzungsdauer von einer Woche bis einem Monat eine fiktive Lizenzgebühr in Höhe von jedenfalls nicht mehr als 57,69 EUR pro Bild anzusetzen sei.

557 OLG Köln, Urt. v. 28.05.2019 – 15 U 160/18, GRUR-RR 2019, 396 (403);, hier ging es zwar um eine fiktive Lizenz zugunsten des Abgebildeten (gem. § 812 BGB Absatz 1 Satz 1, Var. 2 BGB bzw. § 823 BGB iVm §§ 22, 23 KUG), allerdings sind diese Grundsätze übertragbar auf die Bewertung der fiktiven Lizenzgebühr, die an den Lichtbildner zu zahlen ist. Auch können erhöhte Werbewirkung und ein hoher Aufmerksamkeitswert hinsichtlich des Lichtbildes werterhöhend sein.

558 Siehe nur *Wimmers*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrhG*, Rn. 278; *Reber*, in: BeckOK *UrhG*, 25. Edition (Stand 15.07.2019), 2019, § 97 *UrhG*, Rn. 125.

559 *BGH*, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294), *Foto eines Sportwagens*.

560 Zzgl. eines Aufschlages i.H.v. 100 % wegen der fehlenden Nennung des Lichtbildners.

561 *AG Düsseldorf*, Urt. v. 13.07.2011 – 57 C 1701/11, BeckRS 2012, 14861.

In einem weiteren Verfahren, in dem ein Verkäufer bei eBay Lichtbilder eines Dritten zur Bebilderung seines Angebotes verwendete, legte das OLG Braunschweig⁵⁶² eine fiktive Lizenzgebühr in Höhe von 20,00 EUR⁵⁶³ pro Lichtbild zugrunde. Kein vernünftiger Privatverkäufer bei eBay werde für den Verkauf einer Sache mehr Geld ausgeben, als er durch den Verkauf realisieren könne, ein Privatverkäufer wolle vielmehr den Restwert einer Sache realisieren bzw. den Schaden aus einem Fehlkauf minimal halten. Auch dies sei bei der Bewertung einer angemessenen Lizenzgebühr zu berücksichtigen.

Daneben können jedenfalls im Bereich der gewerblichen Nutzung oder der Nutzung von Lichtbildern professioneller Marktteilnehmer, bei denen vielfach von der Anwendbarkeit der MFM-Bildhonorare bzw. des Ansatzes derselben als Ausgangspunkt für die Schadensschätzung ausgegangen werden kann⁵⁶⁴, noch deutlich höhere fiktive Lizenzsätze angesetzt werden.

2) Abmahnung, § 97a UrhG

In prozessualer Hinsicht ist zu beachten, dass § 97a UrhG dem Verletzten aufgibt, zunächst eine Abmahnung auszusprechen und dem Verletzer so die Gelegenheit zu geben, die Angelegenheit außergerichtlich durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beizulegen. Kommt der Verletzte dem nicht nach, führt dies zwar nicht zur Unzulässigkeit eines angestrebten Klageverfahrens, allerdings kann das Unterlassen der Aussprache einer vorgerichtlichen Abmahnung zu einer negativen Kostenfolge führen, wenn der Verletzer die geltend gemachten Ansprüche sofort anerkennt, vgl. § 93 ZPO.

Ist die ausgesprochene Abmahnung berechtigt, kann der Verletzte Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen verlangen. Dies betrifft ins-

562 OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920 (924), *MFM-Honorarempfehlungen*.

563 Zzgl. eines Aufschlages i.H.v. 100 % wegen der unterbliebenen Urhebernennung, OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920 (924), *MFM-Honorarempfehlungen*.

564 Vgl. z.B. LG Düsseldorf, Urt. v. 24.10.2012 – 23 S 66/12, ZUM-RD 2013, 204 (205); OLG Hamburg, Urt. v. 02.09.2009 – 5 U 8/08, BeckRS 2009, 87819, *FOOD-Fotografie*; LG Köln, Urt. v. 27.05.2014 – 14 S 38/13, ZUM 2014, 973 (975).

besondere Aufwendungen für den mit der Abmahnung beauftragten Rechtsanwalt.⁵⁶⁵

Handelt es sich um eine unberechtigte oder unwirksame Abmahnung, steht umgekehrt dem zu Unrecht Abgemahnten ein Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen zu, soweit keine Unerkennbarkeit der mangelnden Berechtigung beim Abmahnen festzustellen ist, § 97a Abs. 4 UrhG.

3) Anspruchsinhaber

Aktivlegitimiert ist gem. §§ 97, 97a UrhG der „Verletzte“. Dies ist grundsätzlich der Lichtbildner als Rechtsinhaber selbst. Ob daneben oder anstelle des Rechtsinhabers weitere Personen als „Verletzte“ in Betracht kommen, hängt vom Anspruchsinhalt ab.

Die Ansprüchen aus der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten können ausschließlich dem Urheber oder dem Inhaber des verwandten Schutzrechtes (z.B. dem Lichtbildner) selbst bzw. dessen Erben zustehen.⁵⁶⁶ Mit Blick auf einfache Lichtbilder i.S.v. § 72 UrhG, denen es an einer schöpferischen Leistung fehlt, ist im Einzelfall zu beurteilen, ob hier ausnahmsweise Persönlichkeitsrechte des Lichtbildners betroffen sein können (vgl. hierzu z.B. unter Kapitel 3), B), I), 3)). Ist dies der Fall, ist der Lichtbildner aktivlegitimiert.

Soweit die Verwertungs- und Nutzungsrechte gem. §§ 15 ff. UrhG den Streitgegenstand bilden, kommen neben dem Schutzrechtsinhaber auch andere Nutzungsberechtigte in Betracht. Hat der Lichtbildner die Verwertungs- und Nutzungsrechte einem Dritten zur ausschließlichen Nutzung übertragen, ist in der Regel der ausschließliche Nutzungsberechtigte alleiniger Rechtsinhaber und damit alleine aktivlegitimiert, die Aktivlegitimation des Lichtbildners entfällt im Falle der vollständigen Rechtsübertragung.⁵⁶⁷ Anderes gilt, wenn die ausschließlichen Nutzungsrechte nur bezüglich bestimmter Rechte erteilt oder zeitlich bzw. räumlich beschränkt erteilt wurden, in diesem Fall bleibt der Lichtbildner für die verbliebenen Rechte aktivlegitimiert, der ausschließlich Nutzungsberechtigte erhält eine

565 Gesetzentwurf vom 20.04.2007, BTDrucks 16/5048, S. 48.

566 Wolff, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 97 UrhG, Rn. 7.

567 Specht, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 UrhG, Rn. 19 mit Hinweis auf existierende Ausnahmen, in denen die Rechte des Urhebers bzw. des Lichtbildners in einem gewissen Umfang bestehen bleiben.

Aktivlegitimation nur in dem Umfang, in dem er die ausschließlichen Nutzungsrechte erworben hat.⁵⁶⁸

Wurde demgegenüber einem Dritten nur ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt, mangelt es dem einfachen Lizenznehmer an einer Aktivlegitimation.⁵⁶⁹ Die Geltendmachung der Ansprüche erfolgt in diesem Fall regelmäßig weiterhin durch den Lichtbildner oder den ausschließlich Nutzungsberechtigten, die regelmäßig aufgrund bestehender vertraglicher Vereinbarungen verpflichtet sind, die Rechte auszuüben.⁵⁷⁰ Alternativ kommt bei Vorliegen der Voraussetzungen die Geltendmachung der Ansprüche des Lichtbildners bzw. des ausschließlich Nutzungsberechtigten durch den einfachen Lizenznehmer im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft in Betracht, das hierfür erforderliche berechtigte Interesse liegt im Falle der Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts üblicherweise vor.⁵⁷¹

4) Kosten

Ein wesentlicher Aspekt, der im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Ansprüchen der Erörterung bedarf, sind die für die Geltendmachung von Ansprüchen sowie für die Rechtsdurchsetzung anfallenden Anwalts- und Gerichtskosten. Diese richten sich grundsätzlich nach dem Gegenstands- bzw. Streitwert, § 2 Abs. 1 RVG, § 3 Ab. 1 GKG. Es bestehen jedoch Ausnahmen, sodass in bestimmten Fällen eine Differenzierung zwischen der vorgerichtlichen Abmahnung und der gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche sowie zwischen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen einerseits sowie sonstigen Ansprüchen (Auskunft, Schadensersatz) andererseits erforderlich ist:

568 *Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrbG*, Rn. 43.

569 *Wolff*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 97 *UrbG*, Rn. 11; *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrbG*, Rn. 20; *Rojahn*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 94 *UrbG*, 2010, (14).

570 *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrbG*, Rn. 20; *Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 97 *UrbG*, Rn. 46; *Wolff*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 97 *UrbG*, Rn. 11; BGH, Urt. v. 29.04.1965 – Ia ZR 260/63, GRUR 1965, 591 (595), *Wellplatten*.

571 *Wolff*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 97 *UrbG*, Rn. 11 m.w.N. sowie zu weiteren Beispielen, in denen eine gewillkürte Prozessstandschaft in Betracht kommt *Specht*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 97 *UrbG*, Rn. 21.

a) Außergerichtliche Geltendmachung der Ansprüche

aa) Ausnahmefall: § 97 a Abs. 3 UrhG

Durch das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 01.10.2013⁵⁷² wurde der Erstattungsanspruch für Abmahnkosten in bestimmten Fällen dahingehend begrenzt, dass der Gegenstandswert, der für die gesetzlichen Gebühren, die für die anwaltliche Tätigkeit entstehen, maßgeblich ist, § 2 Abs. 1 RVG, für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch auf 1.000,00 EUR begrenzt wurde, soweit nicht ausnahmsweise Ansetzung dieses Wertes unbillig ist, § 97a Abs. 3 UrhG.⁵⁷³ Namentlich sind hiervon die Fälle betroffen, in denen es sich bei dem Abgemahnten um eine natürliche Person handelt, die den Schutzgegenstand nicht für ihre gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit verwendet, soweit diese Person nicht bereits einer vertraglichen oder gerichtlichen Unterlassungsverpflichtung gegenüber dem Abmahnenden unterworfen ist, § 97a Abs. 3 Satz 2 UrhG.

Der Gesetzgeber hat diese Begrenzung des Gegenstandswertes für außergerichtlich geltend gemachte Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche vorgenommen, um anwaltlichen Geschäftsmodellen Einhalt zu gebieten, die darauf basierten, Kostenerstattungsansprüche zu generieren, die auf dem Ausspruch weitgehend automatisierter Massenabmahnungen aufgrund von Urheberrechtverstößen im Internet basierten.⁵⁷⁴

572 BGBl. I 2013, 3714 (3717).

573 Daneben wurde durch die Einführung des § 104a UrhG der sog. "fliegende Gerichtsstand" für urheberrechtliche Klagen gegen natürliche Personen, die nach dem UrhG geschützte Werke oder andere nach dem UrhG geschützte Schutzgegenstände nicht für ihre gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit verwenden, abgeschafft. Der Verletzte ist darauf verwiesen, die Klage am Gericht des Wohnsitzes bzw. des gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzers zu erheben.

574 *Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken* vom 22.03.2013, BR-Drs. 219/13, 13 f.; *Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksachen 17/13057, 17/13429, Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken u.a.* vom 26.06.2013, BT-Drs. 17/14216, 7; *Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken* vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057, 10 f.; In diesem Rahmen wurde darauf hingewiesen, dass nach den statistischen Erhebungen des Vereins gegen den Abmahnwahn e.V. im Jahr 2011 über 218.000 Abmahnungen mit einem Gesamtforderungsvolumen von über 165 Millionen EUR versandt worden seien bei einer durchschnittlichen Zahlerquote von knapp 40 %, vgl. *Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken* vom 22.03.2013, BR-Drs. 219/13, 13 f.; *Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken* vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057, 10 f.

- bb) Gegenstandswert der anwaltlichen Geltendmachung möglicher Ansprüche außerhalb des Anwendungsbereiches des § 97a Abs. 3 UrhG

Nicht erfasst von der Begrenzung des Gegenstandswertes gem. § 97a Abs. 3 UrhG ist die außergerichtliche Geltendmachung von Schadensersatz- und Auskunftsansprüchen. Der Gegenstandswert ist hier nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen, der Gegenstandswert für den Schadensersatzanspruch folgt aus dem festgestellten Schaden.

Der Gegenstandswert des Unterlassungsanspruches und damit der Abmahnung bestimmt sich in den Fällen, in denen § 97a Abs. 3 UrhG nicht einschlägig ist, gem. § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG nach billigem Ermessen.⁵⁷⁵ Hierbei ist auf das Interesse des Rechtsinhabers an der Abwehr künftiger Verletzungshandlungen abzustellen, das anhand einer Einzelfallabwägung festzustellen ist, wobei die Art des Verstoßes, insbesondere seine Gefährlichkeit und Schädlichkeit für den Verletzten, zu berücksichtigen ist.⁵⁷⁶

Für den Fall der gewerblichen Nutzung eines einfachen Lichtbildes auf der Internetseite des Verletzers zu Werbezwecken hat der BGH⁵⁷⁷ einen Gegenstandswert in Höhe von 6.000,00 EUR für angemessen erachtet. Dies deckt sich mit der Rechtsprechung anderer Gerichte, z.B. des AG Leipzig⁵⁷⁸ oder des OLG Köln.⁵⁷⁹ Bei der unberechtigten Nutzung einfa-

575 BGH, Urt. v. 12.05.2016 – I ZR 272/14, ZUM 2016, 1037 (1040); OLG Köln, Urt. v. 05.12.2014 – I-6 U 57/14, 6 U 57/14, ZUM 2015, 404 (407).

576 BGH, Urt. v. 12.05.2016 – I ZR 272/14, ZUM 2016, 1037 (1040); a.A.: Grundlage für die Streitwertbemessung eines Unterlassungsbegehrens sei der Lizenzschaden, um dessen Abwehr es gehe, wobei der Lizenzsatz zu verdoppeln sei, da mit dem Unterlassungsanspruch gleichgerichtete weitere Verletzungen verhindert werden sollen, z.B. OLG Brandenburg, Beschluss v. 22.08.2013 – 6 W 31/13, ZUM-RD 2014, 347 (349 f.); OLG Braunschweig, Beschluss v. 14.10.2011 – 2 W 92/11, GRUR-RR 2012, 93 (94); OLG Hamm, Beschluss v. 13.09.2012 – I-22 W 58/12, 22 W 58/12, GRUR-RR 2013, 39.

577 BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294), *Foto eines Sportwagens*.

578 AG Leipzig, v. 30.12.2016 – 108 C 6092/16, BeckRS 2016, 134737 (= Eingangsinstantz des zuvor zitierten Verfahrens vor dem BGH).

579 OLG Köln, Beschluss v. 25.08.2014 – I-6 W 123/14, 6 W 123/14, WRP 2014, 1236; Daneben kommen weitere Streitwerte in Betracht, z.B. 3.000,00 EUR (OLG Hamburg, Beschluss v. 14.07.2015 – 5 W 46/15, GRUR-RS 2015, 20255), 4.000,00 EUR (OLG Celle, Beschluss v. 13.05.2016 – 13 W 36/16, ZUM-RD 2016, 518 (519)); 6.000 EUR für das einstweilige Verfügungsverfahren = 2/3 des mit 9.000 zu bewertenden Hauptsachestreitwerts (aber wohl Lichtbildwerk, KG Berlin, Beschluss v. 30.12.2010 – 24 W 100/10, ZUM-RD 2011, 543); umfassende

cher Lichtbilder durch privat oder kleingewerblich tätige Dritte, die ohne Kopierschutz und Rechtevorbehalt eingestellt wurden, geht das OLG Köln bei einfachen Lichtbildern unter Berücksichtigung der neueren, technischen und wirtschaftlichen Entwicklung der Nutzung des Internets als Kommunikationsforum von einem Gegenstandswert in Höhe von 3.000,00 EUR aus.⁵⁸⁰ Das OLG Hamburg setzt für Lichtbilder, die in einem Privatverkauf bei eBay verwendet werden, 2.000,00 EUR an.⁵⁸¹ In diesem Bereich bewegt sich die allgemeine Tendenz der Gerichte bei unerlaubten Nutzungen im privaten Bereich.⁵⁸²

b) Gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen

Im Rahmen einer gerichtlichen Geltendmachung findet die Deckelung des Gegenstandswertes für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gem. § 97a Abs. 3 UrhG keine Anwendung, insoweit verbleibt es bei der Bemessung des Gegenstandswertes im gerichtlichen Verfahren nach freiem Ermessen des Gerichtes gem. § 3 ZPO.⁵⁸³ Es ergeben sich gegenüber der üblichen Ermittlung des Gegenstandswertes bei der außergerichtlichen Geltendmachung keine Besonderheiten, es kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.

II) Strafrechtliche Rechtsfolgen

Neben der zivilrechtlichen Haftung kommen auch strafrechtliche Konsequenzen in Betracht.

§ 108 Abs. 1 Nr. 3 UrhG sieht für die unzulässige Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines einfachen Lichtbildes, sowie

Darstellung von Streitwerten (sortiert nach Verfahrensarten, Bundesländern und Gerichten) bei *Lütke*, GRUR-RR 2017, 129 (131 ff.).

580 OLG Köln, Beschluss v. 22.11.2011 – 6 W 256/11, juris, Rn. 3.

581 OLG Hamburg, Beschluss v. 22.01.2013 – 5 W 5/13, ZUM-RD 2014, 90.

582 Vgl. Darstellung der Streitwerte (inkl. der a.A., die den Streitwert anhand der fiktiven Lizenzgebühr bemisst, vgl. Fn. 576) bei privaten Nutzungen bei *Lütke*, GRUR-RR 2017, 129 (133).

583 *Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksachen 17/13057, 17/13429, Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken u.a.* vom 26.06.2013, BT-Drs. 17/14216, 7; LG Köln, Beschluss v. 03.12.2013 – 28 T 9/13, MMR 2014, 194 (195).

dessen Bearbeitung oder Umgestaltung eine Strafandrohung von einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Die gleiche Strafandrohung ist in § 106 Abs. 1 UrhG vorgesehen, falls ein Lichtbildwerk betroffen ist. Für beide Fälle ist die Versuchsstrafbarkeit angeordnet, §§ 106 Abs. 2, 108 Abs. 2 UrhG.

Insoweit ist zu beachten, dass gem. § 109 UrhG die strafrechtliche Verfolgung solcher Rechtsverletzungen einen Strafantrag voraussetzt, es sei denn die Strafverfolgung ist aufgrund eines besonderen öffentlichen Interesses geboten. Ein solches besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung im Sinne von § 109 UrhG liegt gem. Ziff. 261a RiStBV insbesondere dann vor, wenn der Täter einschlägig vorbestraft ist, ein erheblicher Schaden droht oder eingetreten ist, die Tat den Verletzten in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht oder die öffentliche Sicherheit oder die Gesundheit der Verbraucher gefährdet. In den weit überwiegenden Fällen betreffend einfache Lichtbilder, z.B. bei der Übernahme eines einfachen Lichtbildes in sozialen Medien oder im Rahmen von Verkaufsangeboten auf Plattformen wie eBay, wird ein besonderes öffentliches Interesse in der Regel nicht anzunehmen sein, da die Anforderungen hieran nur selten erfüllt sein werden.

Ferner ist die strafrechtliche Verfolgung der Straftaten gem. §§ 106, 108 UrhG im Wege der Privatklage gem. § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO möglich.

III) Zwischenergebnis

Die Gewährung des Leistungsschutzrechts aus § 72 UrhG begründet im Falle der Rechtsverletzung zivilrechtliche Ansprüche sowie strafrechtliche Konsequenzen. Insbesondere die zivilrechtlichen Ansprüche sind mit nicht nur unerheblichen Kostenrisiken verbunden, da neben der eigenen Rechtsverteidigung bei berechtigter Inanspruchnahme auch die Kosten der Strafverfolgung des Rechtsinhabers zu tragen sind.

Soweit die Digitalisierung steigende Möglichkeiten der Aufspürung von Rechtsverstößen beschwor sowie die Generierung und Bearbeitung überörtlicher Massenmandate ermöglichte, sodass die technische Entwicklung – um auf das eingangs wedergegebene Zitat zurückzukommen – als „Triebkraft [...] für kommerzielle Gefährdungen und auch neue Geschäftsmodelle“⁵⁸⁴ ihre Wirkung entfalten konnte, konnte der Gesetzgeber derge-

584 Dreier, in: Weller, *Kunst im Markt – Kunst im Recht, Fotografie im rechtlichen Diskurs – Kunst oder Ware?*, 2010, S. 31 (55).

stalt heilend eingreifen, dass er zur Eindämmung unseriöser Geschäftsmodelle die Ansprüche des Lichtbildners im Rahmen von § 97 a Abs. 3 UrhG dahingehend beschränkte, seine durch den Abgemahnten i.S.d. § 97 a Abs. 3 UrhG außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten betragsmäßig zu begrenzen. Hier zeigt sich der Zusammenhang zwischen technischer Entwicklung, praktischem Diskurs und Überführung der Überlegungen in die rechtlichen Regelwerke.

Gleichwohl lässt sich nicht leugnen, dass nach wie vor nicht nur unerhebliche Rechtsverfolgungskosten sowie strafrechtliche Rechtsfolgen entstehen können.