

Kapitel 4: (Mangelnde) Rechtfertigung des Lichtbildschutzes

A) *Der Ruf nach Veränderung*

In der jüngeren Vergangenheit sind zahlreiche Stimmen laut geworden, die den einfachen Lichtbildschutz unter Berücksichtigung der technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen als überholt bewerten und deshalb eine Abschaffung oder Beschränkung des einfachen Lichtbildschutzes fordern:

*Schack*⁵⁸⁵ ruft z.B. zur vollständigen Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG auf. Der Aufwand für die Schaffung und Verbreitung von Lichtbildern sinke durch das Medium des Internets, während das Risiko, fremde Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte zu verletzen, exponentiell steige. Es bestehe ein erhebliches Missverhältnis zwischen Schutzbedürftigkeit und Störpotenzial. Nach Auffassung *Schacks* sei es ein schwerer Fehler gewesen, einfachen Lichtbildern den eingeräumten Schutz zu gewähren. Im Übrigen sei auch die Herabsetzung der Anforderungen an die Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG nicht gerechtfertigt, sodass nicht nur der einfache Lichtbildschutz abgeschafft werden, vielmehr solle auch der Schutz von Lichtbildwerken gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG an höhere Voraussetzungen geknüpft werden müsse. Im Übrigen seien diese Schritte zwingend erforderlich, um in der Öffentlichkeit für das Urheberrecht den Respekt zurückzugewinnen, der diesem gebühre. Eine Reform dürfe sich nicht auf „Schrankenkosmetik“ oder das „Abschneiden einzelner äußerer Zweige“ beschränken, erforderlich sei die Entfernung ganzer Äste.⁵⁸⁶

Auf dem 70. Deutschen Juristentag im Jahr 2014 forderte auch *Ohly*⁵⁸⁷ die Abschaffung des Leistungsschutzes für Lichtbilder gem. § 72 UrhG.

585 *Schack*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (9 ff.); *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 720.

586 *Schack*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (10).

587 *Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag; Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, S. F36 ff., F 126; *Ohly*, NJW Beilage 2014, 47 (48).

Diese Forderung begründete er damit, dass es aus Unkenntnis häufig zu Rechtsverletzungen komme, die auf der Verwendung von nicht schöpferischen Lichtbildern im Internet basieren. Hierdurch würden Privatpersonen in die Lage versetzt, Abmahnungen auszusprechen, ohne dass tatsächlich schützenswerte Interessen des Lichtbildners bestünden, die derartige Risiken rechtfertigten.

Auch *Lerach*⁵⁸⁸ wirft die Frage auf, ob eine Legitimation für den Schutz einfacher Lichtbilder tatsächlich noch zeitgemäß sei und ob ihm die ursprünglich vom Gesetzgeber zugemessene Bedeutung noch zukomme. Der technische Aufwand und die damit verbundene Leistung, die durch die Einräumung des Leistungsschutzes beabsichtigt gewesen sei, sei in der Regel nicht mehr erforderlich, da in der Praxis ohne besonderen Aufwand gefertigte Lichtbilder im Vordergrund stünden.

Gleichermaßen stellt *Koreng*⁵⁸⁹ die Erforderlichkeit des einfachen Lichtbildschutzes angesichts der „Millionen von Handyfotos“, die täglich aufgenommen würden einerseits und der Absenkung der Anforderungen an die für den Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe andererseits in Frage.

Auch *Ziegler*⁵⁹⁰ appelliert unter Bezugnahme auf die bestehende „Rechtsunsicherheit bei der Interaktion in sozialen Netzwerken“⁵⁹¹ und zur Wiederherstellung des Gleichgewichtes der aufeinandertreffenden Interessen an die kritische Hinterfragung und Neubewertung der Angemessenheit eines Lichtbildschutzes für einfache Lichtbilder.

*Apel*⁵⁹² befürwortet ebenfalls die (teilweise) Abschaffung des Leistungsschutzrechtes aus § 72 UrhG unter Beibehaltung eines „Rumpfrechtes“ zugunsten kostenintensiver Aufnahmen und/oder zugunsten bestimmter Lichtbildner (Fotojournalisten, Kriegsberichterstatter) zur Vermeidung von Schutzlücken. Unter Bezugnahme auf das Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers gem. § 87a Abs. 1 UrhG plädiert *Apel* für die Einfüh-

588 *Lerach*, in: Taeger, IT und Internet – mit Recht gestalten, *Lichtbildschutz im Internet*, 2012, S. 175 (190); *Lerach*, jurisPR-WettbR 2016.

589 *Koreng*, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, *Der rechtliche Status von Reproduktionsfotografien – Fotografien zweidimensionaler Vorlagen zwischen Vervielfältigung und Lichtbildschutz*, 2018, S. 87 (103).

590 *Ziegler*, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 250 f.

591 *Ziegler*, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 249.

592 *Apel*, ZUM 2015, 522 (525); *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts (§ 72 UrhG)*, 2017, S. 205 (221 ff.).

zung der Schutzvoraussetzung einer wesentlichen Investition, die in Geld, Zeit oder auch Mühe bestehen könne und sich nicht auf Anschaffung des Aufnahmegerätes sondern in die Herstellung des konkreten Lichtbildes beziehen müsse.⁵⁹³

Auch Zech⁵⁹⁴ regt an,

„den urheberrechtlichen ‘Ballast’ der Gesetzesbegründung von 1965 (‘unüberwindliche Schwierigkeiten’ bei der Abgrenzung zwischen Lichtbildwerken und Lichtbildern, BT-Drs. IV/270, 89) über Bord zu werfen und den Lichtbildschutz als echtes Leistungsschutzrecht zu begreifen“.

Deutlich über die bereits aufgezeigten Begründungsansätze für die Abschaffung oder tatbestandliche Einschränkung des Schutzbereiches geht Overbeck⁵⁹⁵ hinaus, die das Leistungsschutzrecht des § 72 UrhG als verfassungswidrig einstuft. Dieses Ergebnis stützt sie im Wesentlichen darauf, dass mit der Gewährung eines Leistungsschutzrechtes für den Lichtbildner eine Beschränkung der Grundrechte Dritter einhergehe, die im Lichte der Digitalfotografie bei Beachtung der wiederstreitenden Interessen eine erhebliche Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs darstelle, die nicht gerechtfertigt sei. Die Schutzinteressen, die der Gesetzgeber ursprünglich verfolgt habe, seien aufgrund tatsächlicher wie auch rechtlicher Entwicklungen entfallen, für den Schutz einfacher Lichtbilder gem. § 72 UrhG bestehe keine Notwendigkeit mehr.⁵⁹⁶

Ullrich⁵⁹⁷ demgegenüber befürwortet nicht eine Abschaffung des Lichtbildschutzes per se, sondern schlägt eine generelle, bereichsspezifische Abschaffung des Urheberrechtsschutzes – nicht nur für einfache Lichtbilder – in sozialen Medien vor. In sozialen Medien stünde die Kommunikation im Vordergrund, sodass die jeweiligen Werke oder sonst urheberrechtlich geschützten Elemente als Medium der Kommunikation eingesetzt würden.

593 *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts* (§ 72 UrhG), 2017, S. 205 (222).

594 *Zech*, GRUR 2019, 291.

595 *Overbeck*, *Der Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG im Lichte der Digitalfotografie*, 2018, S. 127 ff, 161 f.

596 *Overbeck*, *Der Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG im Lichte der Digitalfotografie*, 2018, S. 161.

597 *Steinhau*, *Wolfgang Ullrich: "Urheberrechte für die sozialen Netzwerke gänzlich suspendieren"* (Interview), abrufbar unter irights.info/artikel/wolfgang-ullrich-urheberrechte-fuer-die-sozialen-netzwerke-gaenzlich-suspendieren/25429, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

Als solches sei jedoch auch die Schnelligkeit der Verbreitung und der Reaktion auf aktuelle Geschehnisse maßgeblich, sodass es absurd sei, zunächst die urheberrechtlichen Rahmen zu klären und ggf. erforderliche Nutzererlaubnisse einzuholen.

*Dreier*⁵⁹⁸ hält die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten für die heute „millionenfach erzeugten Bilder[n] und ihrer gewandelten, vielfältig ausdifferenzierten kommunikativen Verwendung“ nicht mehr für angemessen. Er schlägt u.a. vor, eine Schranke für solche Handlungen aufzunehmen, die der „Geste des Zeigens“ im Analogen entsprechen.

*Lauber-Rönsberg*⁵⁹⁹ begrüßt die Diskussion um die Abschaffung bzw. Einschränkung des einfachen Lichtbildschutzes, weist in diesem Zusammenhang jedoch kritisch darauf hin, dass in praktischer Hinsicht hierdurch nicht jegliche Schwierigkeiten gelöst werden könnten, die in der Literatur zur Begründung einer Abschaffung des Lichtbildschutzes herangezogen werden. Ferner weist sie auf Aspekte hin, die bei einer Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes neue Schwierigkeiten (entstehende Schutzlücken; notwendige Übergangsregelungen) bereiten könnten.

Alle diese Auffassungen haben gemein, dass sie aufgrund der tatsächlichen Entwicklungen Schwierigkeiten darin sehen, den derzeit geltenden Lichtbildschutz noch als gerechtfertigt zu betrachten. Es wird daran gezweifelt, ob in Zeiten, in denen ein jeder mit dem Smartphone oder dem Tablet-PC eine Fotografie machen kann, ohne weiter hierüber nachzudenken, solchen Lichtbildern, die keine schöpferische Leistung darstellen, tatsächlich ein Leistungsschutz gewährt werden muss bzw. sollte. Diese Hinterfragungen erscheinen insbesondere als angebracht, als mit Verletzungen des Lichtbildschutzrechts die Entstehung zivilrechtlicher Ansprüche und/oder strafrechtlicher Sanktionen einhergehen. Nicht zuletzt ist hierbei die Problematik der Verbreitung urheberrechtlich geschützter Lichtbilder in sozialen Netzwerken zu berücksichtigen, die aufgrund der Verwendung von Lichtbildern zu Kommunikationszwecken zu unzähligen Rechtsverletzungen führt. Hinzu kommen die vereinfachten Verfolgungsmöglichkeiten von Rechtsverletzungen durch den Rechtsinhaber auf Basis sich fortentwickelnder technischer Lösungen wie die rückwärts gerichtete Google Bildersuche.

Im Folgenden gilt es daher, zu untersuchen, ob diese Auffassungen eine Berechtigung haben und der Leistungsschutz für einfache Lichtbilder

598 *Dreier*, ZGE 2017, 135 (139 f., 145 ff.).

599 *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 UrhG, Rn. 3a.

B) In welchen Fällen bereitet der einfache Lichtbildschutz (keine) Schwierigkeiten?

einer Rechtfertigung entbehrt. Hierbei gilt es insbesondere, die einander gegenüberstehenden Interessen zu betrachten und diese mit einer etwaigen Lösung in Einklang zu bringen.

B) In welchen Fällen bereitet der einfache Lichtbildschutz (keine) Schwierigkeiten?

I) Soziale Medien

1) Bedeutung von Lichtbildern in den sozialen Medien

Lichtbilder sind, wie *Ullrich*⁶⁰⁰ zutreffend ausführt, zu einem wesentlichen Kommunikationsmedium und Kommunikationsbestandteil geworden. Durch das Einstellen von Lichtbildern in die sozialen Medien geben die Nutzer wesentliche Informationen über aktuelle Betätigungen, Stimmungsbilder, Urlaubsabwesenheiten und Ähnliches preis. Im Rahmen der alltäglichen Kommunikation bedienen sich Nutzer der Verwendung von Lichtbildern, um aus ihrer Sicht unnötige Beschreibungen und Umschreibungen von Tatsachen in verbaler Form zu vermeiden:

So beschreibt eine Mutter ihrer Tochter das Kleid, das sie zur Hochzeit der Tochter tragen möchte, nicht mehr in verbaler Form.⁶⁰¹ Sie nimmt in kürzester Zeit mit dem Smartphone ein Foto desselben auf und schickt es über einen Messenger-Dienst an ihre Tochter, damit diese sich mittels des Lichtbildes einen visuellen Eindruck von dem Kleid verschaffen kann. Die Uneinigkeit der Tochter und ihres Mannes auf Empfängerseite über die Farbe des Kleides führte sodann zu einer weltweiten Verbreitung des Lichtbildes über die sozialen Medien.

Auch der Urlauber begnügt sich nicht mehr damit, seinem Umfeld die erlebten Eindrücke verbal zu schildern, er teilt sich vielmehr mit, indem er Lichtbilder des Erlebten übermittelt. Ein persönliches Treffen oder ein Telefonat zum Austausch über die Erlebnisse erübrigen sich hierdurch gänzlich, wenn dies nicht aufgrund des hieran bestehenden sonstigen Interesses

600 *Steinhilber, Wolfgang Ullrich: "Urheberrechte für die sozialen Netzwerke gänzlich suspendieren" (Interview)*, abrufbar unter rights.info/artikel/wolfgang-ullrich-urheberrechte-fuer-die-sozialen-netzwerke-gaenzlich-suspendieren/25429, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

601 Hierzu bereits unter zum Beispiel des #thedress, vgl. Kapitel 2, B), II), 3), b), bb), (1).

oder des Interesses an einer vertieften mündlichen Erzählung der Erfahrungen zusätzlich stattfindet.

Das digitale Zeitalter hat an der Schnittstelle von Visualität und Kommunikation sogar neue Berufsfelder etabliert, die sich der Nutzung von Lichtbildern und ggf. weiterer Medien, z.B. Laufbildern gem. § 95 UrhG⁶⁰² zur Verbreitung von Content bedienen (sogenannte Influencer bzw. Content Creator).

In all den genannten Fällen erlangt das aufgenommene Lichtbild ungeachtet der Umstände, unter denen es aufgenommen wurde oder des Inhaltes, den das Lichtbild aufweist, jedenfalls den Schutz des § 72 UrhG. Gerade die Funktion der Lichtbilder als Kommunikationsmedium sowie die Funktion der sozialen Medien als Kommunikationsplattform beschwören regelrecht die Begehung urheberrechtlicher Rechtsverletzungen im Netz. Bilder werden kopiert und zum Gegenstand eigener Mitteilungen gemacht. Im Falle einer Beachtung ggf. bestehender Rechte führt diese zur Behinderung einer schnellen Kommunikation und eines dynamischen Austausches.⁶⁰³ Gleiches gilt für weitere Nutzungsformen, in denen Lichtbilder, die sich im Internet befinden, als kostenfreie Vorlagen erachtet werden, z.B. die Nutzung vorhandener, fremder Lichtbilder für eigene Angebote bei Ebay oder die werbliche Nutzung fremder Lichtbilder.

Im Folgenden wird näher beleuchtet, welche Verletzungshandlungen im Umfeld der sozialen Netzwerke denkbar sind.⁶⁰⁴ Kern der vorliegenden Arbeit ist die Frage der Reichweite und der Rechtfertigung des Schutzes einfacher Lichtbilder nach § 72 UrhG. Vor diesem Hintergrund erfolgen die weiteren Erläuterungen unter der Prämisse, dass ein von einem Dritten aufgenommenes Lichtbild bereits existiert, an dem sodann mögliche Verletzungshandlungen vorgenommen werden. Außer Betracht bleiben indes Konstellationen, in denen z.B. Urheberrechte an einem Gemälde oder

602 Diese entfalten z.B. hinsichtlich sog. „Stories“ bei Instagram Relevanz. Hier kann die Erstellung von Screenshots zum Lichtbildschutz führen, da hier ein Einzelbild aus einem Laufbild entnommen wird. Allgemein zum Schutz von Einzelbildern aus Laufbildern vgl. *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 48; *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrhG, Rn. 5; BGH, Urt. v. 06.02.2014 – I ZR 86/12, GRUR 2014, 363, *Peter Fechter*.

603 So auch *Steinhilber*, *Wolfgang Ullrich: "Urheberrechte für die sozialen Netzwerke gänzlich suspendieren" (Interview)*, abrufbar unter irights.info/artikel/wolfgang-ullrich-urheberrechte-fuer-die-sozialen-netzwerke-gaenzlich-suspendieren/25429, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

604 Jeweils unterstellt, das deutsche Recht sei anwendbar; hierzu vgl. *Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 74 ff.

einer Skulptur durch das Hochladen von Lichtbildern, die diese Gegenstände abbilden, verletzt werden. Diese Fragen sind im Rahmen der vorliegenden Arbeit lediglich hinsichtlich des Schutzbereiches des § 72 UrhG bei der Frage der Schutzfähigkeit von Reproduktionsfotografien von Bedeutung.⁶⁰⁵

2) Eigenständiger Upload von Lichtbildern in ein soziales Netzwerk

Das eigenständige Hochladen von Lichtbildern eines Dritten auf die Plattform eines sozialen Netzwerkes kann Urheber- oder Leistungsschutzrechte Dritter verletzen:

a) Vervielfältigung, § 16 UrhG

Bei dem Upload eines Lichtbildes auf den Server eines sozialen Netzwerkes erfolgt dort eine körperliche Festlegung des Lichtbildes, die geeignet ist, das Lichtbild den menschlichen Sinnen wahrnehmbar zu machen. Es handelt es sich bei dem Einstellen eines Lichtbildes in ein soziales Netzwerk damit um eine dem Lichtbildner vorbehaltene Vervielfältigung gem. § 16 Abs. 1 UrhG.⁶⁰⁶

b) Öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG

Der Upload von Lichtbildern in soziale Netzwerke ist außerdem als öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG und öffentliche Wiedergabe i.S.v. § 15 Abs. 2 UrhG zu qualifizieren, soweit die Anforderungen an die Öffentlichkeit i. S. d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL erfüllt sind. Hierbei kommt

605 vgl. hierzu unter Kapitel 2, B), IV)

606 BGH, Urt. v. 18.09.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 (260), *CT-Paradies; Ernst*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.1 Grundlagen des Multimedia-Urheberrechts, 2019, (Rn. 55) (allgemein für Uploads); BGH, EuGH-Vorlage v. 03.02.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 (419), *Used-Soft* (für Computerprogramme); Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 (269), *World of Warcraft I* (für den vorübergehenden Upload eines Computerprogramms und der Spieldaten in den Arbeitsspeicher und Grafikspeicher eines PCs).

es insbesondere nicht darauf an, ob sich die Inhalte bereits mit Zustimmung des Rechtsinhabers im World Wide Web befinden.⁶⁰⁷

Bei den anderen Nutzern eines sozialen Netzwerks handelt es sich oftmals um eine solche Öffentlichkeit, soweit der jeweilige Nutzer nicht einen auffällig geringen Personenkreis anspricht.⁶⁰⁸ Das Merkmal der Öffentlichkeit fordert nämlich das Ansprechen einer unbestimmten Zahl potenzieller Adressaten und die Implikation einer ziemlich großen Zahl von Personen.⁶⁰⁹ Je nachdem, welchem Personenkreis der Nutzer den Zugriff auf von ihm hochgeladene Inhalte eröffnet, variiert die Einordnung bzw. Nicht-Einordnung eines solchen Uploads als öffentliche Zugänglichmachung. Der Nutzer kann eine Einordnung als öffentliche Zugänglichmachung verhindern, indem er den Zugriff Dritter auf das Lichtbild ausschließt oder den Zugriff nur einem ganz kleinen Personenkreis gestattet.

Eine solche Einstellungsmöglichkeit sieht z.B. *Facebook* vor. Hier können Uploads dahingehend kontrolliert werden, ob die Inhalte „öffentlich“ (also somit grundsätzlich für jedermann), nur den vernetzten Freunden oder bestimmten, vom Nutzer festgelegten Personen oder Personengruppen zur Verfügung gestellt werden.⁶¹⁰ Daneben kann der Nutzer die Sichtbarkeit hochgeladener Inhalte auf seine eigene Person beschränken. Auch ist es Nutzern der Plattform *Facebook* möglich, geschlossene Gruppen zu bilden, innerhalb derer Inhalte hochgeladen werden können. Diese sind dann nur für die Gruppenmitglieder zugänglich, deren Kreis durch den Administrator bestimmt wird. Die Plattform *Instagram* ermöglicht es dem Nutzer, ein privates Profil zu führen, bei dem nur solchen Dritten die Uploads zugänglich gemacht werden, die der Nutzer zu seinem privaten Profil zugelassen hat (sog. „bestätigte Follower“).⁶¹¹ *Twitter* stellt ebenfalls die Möglichkeit zur Verfügung, eine Begrenzung des Nutzerkreises vorzu-

607 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-161/17 2018, 911, *Land Nordrhein-Westfalen./Dirk Renckhoff [Cordoba]* Vgl. hierzu unter Kapitel 3, B) II) 2) c) aa).

608 Ziegler, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 99.

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

610 *Facebook Ireland Limited, Wie lege ich beim Posten eines Beitrags auf Facebook fest, wer ihn sehen kann?*, abrufbar unter de-de.facebook.com/help/120939471321735?helpref=uf_permalink, zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

611 *Facebook Ireland Limited, Deine Sichtbarkeit kontrollieren | Instagram-Hilfereich*, abrufbar unter [https://help.instagram.com/116024195217477?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=368390626577968&bc\[1\]=285881641526716](https://help.instagram.com/116024195217477?helpref=hc_fnav&bc[0]=368390626577968&bc[1]=285881641526716), zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

nehmen, der auf die sog. Tweets zugreifen kann.⁶¹² Je nach Größe der jeweiligen Adressatengruppe kann in diesen Fällen eine öffentliche Zugänglichkeit bzw. öffentliche Wiedergabe ausgeschlossen werden.

Eine Öffentlichkeit i. S. d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL liegt jedenfalls in den Fällen nicht vor, in denen der Nutzer den Zugriff auf die geschützten Lichtbilder, die er auf den Server hochgeladen hat, auf seine eigene Person begrenzt. Ebenso wird es bei einer Facebook-Gruppe mit einer sehr geringen Personenzahl oder mit Mitgliedern, die in besonderer Weise privat verbunden sind (z.B. Gruppe von Familienmitgliedern zur Planung einer Geburtstagsfeier) und damit als private Gruppe bewertet werden können, an einer hinreichenden Öffentlichkeit fehlen. Hingegen verfügt der durchschnittliche Nutzer eines sozialen Netzwerks über einen so großen Kreis von „Freunden“⁶¹³ bzw. „Followern“, dass eine Beschränkung des Zugangs auf diesen Kreis in der Regel nicht ausreichen wird, um die Annahme einer Öffentlichkeit i. S. d. Vorschrift auszuschließen.⁶¹⁴ Denn die „Freunde“ und „Follower“ sind üblicherweise nicht auf einen privat verbundenen Kreis beschränkt, der nach dem üblichen Sprachgebrauch als Freundeskreis zu verstehen wäre. Vielmehr handelt es sich hierbei um locker verbundene Personenkreise bis hin zu einander in persona gänzlich unbekanntem Verbindungen. Beck⁶¹⁵ bezeichnet die Freundschaftsbekundungen in sozialen Netzwerken als „kalkuliertes Produkt digitaler Geschäftsmodelle“. Diese Bewertung ist zwar sicherlich nicht auf jede Verbindung in sozialen Netzwerken übertragbar, dürfte jedoch im Kern für die weit

612 Sog. "geschützte Tweets", vgl. *Twitter, Inc., Über öffentliche und geschützte Tweets*, abrufbar unter help.twitter.com/de/safety-and-security/public-and-protected-tweets, zuletzt abgerufen am 14.02.2020; voreingestellt ist jedoch die Nutzung öffentlicher Tweets.

613 Eine Studie des *PEW Research Centers* für den Beobachtungszeitraum 07.08.-16.09.2013 geht von durchschnittlich 338 Freunden unter erwachsenen Facebook-Nutzern aus, 27 % der Nutzer zwischen 18 und 29 Jahre haben nach dieser Studie mehr als 500 Freunde in ihrem Netzwerk, abrufbar unter <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/02/03/what-people-like-dislike-about-facebook/>, zuletzt abgerufen am 14.02.2020. Eine weitere Studie, veröffentlicht von *Stephen Wolfram* am 24.04.2013 geht von durchschnittlich 342 Nutzern aus, abrufbar unter <https://writings.stephenwolfram.com/2013/04/data-science-of-the-facebook-world/>, zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

614 Hierzu ausführlich zu „Freundschaften“ bei Facebook *Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 97 ff.

615 Zum Begriff der Freundschaft in sozialen Netzwerken vgl. insbesondere *Beck*, ZRP 2019, 112.

überwiegenden Social-Media-Verbindungen, insbesondere bei *Facebook*, *Twitter* und *Instagram*, zutreffend sein.

Im Regelfall ist damit bei dem Upload von Lichtbildern in soziale Netzwerke davon auszugehen, dass der Upload sich an eine Öffentlichkeit richtet, die eine erlaubnispflichtige öffentliche Zugänglichmachung bzw. öffentliche Wiedergabe begründet.

c) Eingriff in das Veröffentlichungsrecht gem. §§ 72 Abs. 1, 12 UrhG

Der Upload eines Lichtbildes in ein soziales Netzwerk kann außerdem einen Eingriff in das Veröffentlichungsrecht des Lichtbildners darstellen, soweit das Lichtbild, das hochgeladen wird, noch nicht Gegenstand einer Veröffentlichung durch den Rechtsinhaber gewesen ist.⁶¹⁶ Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das Lichtbild von dem Lichtbildner einem Dritten als körperliches, d.h. ausgedrucktes Lichtbild überlassen wurde oder das Lichtbild in einem privaten Messenger oder per E-Mail dem Dritten übermittelt wurde und dieser das Lichtbild sodann (ggf. nach vorangegangener Digitalisierung) in ein soziales Netzwerk einstellt.

Gleichermaßen stellen Verbreitungshandlungen des ohne Zustimmung des Rechtsinhabers vorveröffentlichten Lichtbildes durch einen Dritten einen Verstoß gegen das Veröffentlichungsrecht dar. Lädt also ein Nutzer ein solches Lichtbild hoch, das er zuvor an anderer Stelle gefunden hatte, verletzt er das Veröffentlichungsrecht des Lichtbildners.

Da das Veröffentlichungsrecht aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht fließt und dem Urheber eines Werkes eine absolute Rechtsposition gewährt⁶¹⁷, kann ein Verstoß gegen § 12 UrhG auch nicht auf die Fälle begrenzt werden, in denen der Nutzer die Rechtswidrigkeit der Vorveröffentlichung kannte oder kennen musste. Zur Herstellung des Gleichlaufes mit Lichtbildwerken muss dies gleichermaßen für einfache Lichtbilder gelten.

Auch bei der Frage des Vorliegens eines Eingriffes in das Veröffentlichungsrecht kommt es mithin darauf an, ob eine Öffentlichkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL erreicht worden ist. Dies mit Blick auf zwei Anknüpfungspunkte: Zum einen erlischt das Veröffentlichungsrecht des Lichtbildners mit erstmaliger Veröffentlichung durch seine eigene Person, zum anderen liegt ein Eingriff in das Veröffentlichungsrecht nur dann vor,

616 Ziegler, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 135.

617 Kroitzsch/Götting, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 12 UrhG, Rn. 14.

wenn der Dritte eine Handlung gegenüber einer hinreichenden Öffentlichkeit vornimmt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für eine Öffentlichkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL erforderlich, dass „recht viele Personen“ erreicht werden, eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen genügt nicht.⁶¹⁸ Damit ist es bei Anwendung des weiten europarechtlichen Öffentlichkeitsbegriffes nicht mehr erforderlich, bei der Bestimmung des Veröffentlichungsbegriffes i.S.d. § 12 UrhG auf die Interessenlage des Urhebers bzw. Lichtbildners abzustellen, der mit der Erstveröffentlichung sein Veröffentlichungsrecht verbraucht.⁶¹⁹ Die Bewertung der Zugänglichmachung des Lichtbildes in kleinen Kreisen als Erstveröffentlichung im Interesse des Lichtbildners kann bereits unter Heranziehung dieses europarechtlichen Öffentlichkeitsbegriffes verhindert werden.⁶²⁰ Hat der Lichtbildner mithin das Lichtbild bereits gegenüber einem besonders kleinen Personenkreis wiedergegeben, z.B. indem er ein in ein soziales Netzwerk eingestelltes Lichtbild durch entsprechende Einschränkung der Sichtbarkeitsvoraussetzungen nur wenigen Personen zugänglich gemacht hat, liegt hierin keine Erstveröffentlichung durch den Lichtbildner, die zu einem Erlöschen seines Veröffentlichungsrechts führte.

d) Eingriff in das Recht auf Anerkennung der Lichtbildnerschaft und das Namensnennungsrecht gem. §§ 72 Abs. 1, 13 UrhG

Der Upload eines fremden Lichtbildes ohne Nennung des Lichtbildners verletzt das Namensnennungsrecht des Lichtbildners gem. §§ 72 Abs. 1, 13 S. 2 UrhG. Daneben liegt hierin jedoch auch eine konkludente Leugnung der fremden Lichtbildnerschaft⁶²¹ sowie eine Anmaßung der Lichtbildnerschaft und damit eine Verletzung des Rechts auf Anerkennung der Licht-

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

619 Vgl. zu dem engen Verständnis des Öffentlichkeitsbegriffes im Rahmen von § 12 UrhG *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 5; *Kroitzsch/Götting*, in: *BeckOK UrhG*, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 12 *UrhG*, Rn. 9.

620 Dieses Ergebnis andeutend bereits *Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 135.

621 *Dietz/Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim*, 5. Auflage, 2017, § 13 *UrhG*, Rn. 11.

bildnerschaft gem. §§ 72 Abs. 1, 13 S. 1 UrhG⁶²², da ohne Benennung des wahren Lichtbildners der angesprochene Verkehrskreis (die anderen Nutzer der Plattform) davon ausgeht, dass derjenige der Lichtbildner sei, der das Lichtbild eingestellt hat.⁶²³ Insbesondere kann aus dem Umstand, dass solche Rechtsverletzungen in den sozialen Medien regelmäßig auftreten, nicht geschlossen werden, dass es sich um eine Branchenübung handelte, die die Angabe des Urhebers bzw. Lichtbildners entbehrlich machte⁶²⁴. Gerade der Umstand, dass Rechtsverletzungen im Internet aufgrund einer möglicherweise eintretenden Viralität und einer damit einhergehenden, unkontrollierbaren Streubreite der Rechtsverletzung von besonderem Ausmaß und aufgrund des regelmäßigen Kontrollverlustes von besonderer Qualität sind, haben zahlreiche Lichtbildner, insbesondere Berufsfotografen, ein besonderes Interesse an der Anerkennung ihrer Urheberschaft bzw. Lichtbildnerschaft. Für die Annahme einer Branchenübung, die zu einer Entbehrlichkeit der Namensnennung führte, ist mithin kein Raum.

Anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn aus dem Lichtbild oder dem Kontext heraus ersichtlich ist, dass der Einstellende nicht der Lichtbildner sein kann. Wird das Lichtbild in Verbindung mit einem Text eingestellt, aus dem sich klar ergibt, dass er selbst nicht der Lichtbildner ist (z.B. „Dieses Bild habe ich gerade im Internet entdeckt.“), kommt nur eine Verletzung des Namensnennungsrechts in Betracht, eine Anmaßung der Lichtbildnerschaft liegt dann nicht vor. Aus dem Bild heraus wird nur selten erkenntlich sein, dass der Einstellende nicht der Lichtbildner ist. Denn auch bei Lichtbildern, auf denen er selbst abgebildet ist, kann es sich um Lichtbilder handeln, die mittels Selbstauslöser aufgenommen wurden. Dann aber kann der Abgebildete selbst Lichtbildner sein, wenn er die Einstellungen vorgenommen hat.⁶²⁵

622 Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft bewertet auch der BGH als verletzt, soweit ein Lichtbild bei Facebook hochgeladen wird, ohne den Lichtbildner zu benennen, vgl. BGH, Urt. v. 13.09.2018 – I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 (294, Rn. 28), *Foto eines Sportwagens*.

623 Ziegler, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 138.

624 ebenso Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 13 *UrbG*, Rn. 24; Schneider, CR 2016, 37 (41).

625 Schulze, in: Dreier/Schulze/Spocht, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrbG*, Rn. 33.

3) Verlinken von Lichtbildern und fremden Websites („Linking“)

Neben dem Upload von Lichtbildern kommt die Linksetzung zu Lichtbildern sowie die Verlinkung anderer Websites in Betracht:

Dies ist z.B. bei *Facebook* und *Twitter*⁶²⁶ möglich, indem der Nutzer den Link zu einer fremden Internetseite kopiert und den Link als Beitrag teilt. *Facebook* und *Twitter* generieren in diesem Fall automatisch eine Vorschau zu diesem Beitrag, der auch ein auf der Zielwebsite wiedergegebenes Lichtbild enthalten kann, jedenfalls aber durch Anklicken zur Zielwebsite zu einem ggf. dort wiedergegebenen Lichtbild führt.

In diesen Fällen ist unter Zugrundelegung der zuvor dargestellten Grundsätze zum Setzen von Hyperlinks und zu der Anzeige von Vorschau-Bildern davon auszugehen, dass eine urheberrechtlich relevante Handlung im Setzen der Hyperlinks nicht vorliegt und die Verwendung der Vorschau-Bilder jedenfalls aufgrund des konkludent erteilten Einverständnisses des Einstellenden zulässig ist.⁶²⁷ Beides gilt unter der Einschränkung, dass das Lichtbild, das in der Vorschau und/oder auf der Ziel-URL wiedergegeben wird, durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung eingestellt wurde. Wurden die Inhalte demgegenüber widerrechtlich durch einen Dritten eingestellt oder die Verlinkung unter Umgehung technischer Schutzmaßnahmen, die zur Verhinderung einer solchen Verlinkung ergriffen wurden, vorgenommen, liegt ein Fall der erlaubnispflichtigen öffentlichen Wiedergabe vor, soweit der Linksetzende die Widerrechtlichkeit kannte oder hätte kennen müssen. Wird ein Vorschau-Bild erzeugt, ist auch eine Angabe des Lichtbildners gem. §§ 72 Abs. 1, 13 UrhG nicht erforderlich.⁶²⁸

Allerdings kann die Verlinkung eines rechtswidrig vorveröffentlichten Lichtbildes einen Eingriff in das Veröffentlichungsrecht gem. § 12 UrhG darstellen.⁶²⁹

626 Bei Instagram hingegen wird die übernommene URL lediglich als Text wiedergegeben.

627 Vgl. unter Kapitel 3, B) II) 2) b) bb) und dd); Im Ergebnis ebenso bzgl. Vorschau-Bildern bei Nutzung der „Teilen“-Funktion *Schneider*, CR 2016, 37 (41).

628 Vgl. hierzu ausführlich *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 13 UrhG, Rn. 24 m.w.N.

629 *Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 135 f.

4) „Teilen“ von Lichtbildern (Social Sharing)

a) Grundsätzliches

Auf den ersten Blick erscheint das „Teilen“ bzw. „Social Sharing“ von Lichtbildern oder sonstigen digitalen Inhalten, der Lichtbilder enthält, die bzw. der von anderen Nutzern in die sozialen Netzwerke hochgeladen wurden, als geringerer Eingriff in die Rechte des Lichtbildners als der Upload eines fremden Lichtbildes. Ob dies auch der rechtlichen Bewertung entspricht, gilt es im Folgenden herauszuarbeiten:

Zunächst ist hierbei zu klären, was unter dem Teilen eines digitalen Inhaltes bzw. unter dem sog. Social Sharing in tatsächlicher Hinsicht überhaupt zu verstehen ist, bevor diese tatsächlichen Vorgänge sodann einer rechtlichen Bewertung unterzogen werden können.

Das Teilen digitaler Inhalte stellt eine Form der Kommunikation dar, bei der ein Dritter fremden Content durch einen oder wenige Klicks weiterverbreiten kann. Auf diesem Weg kann fremdem Content Zuspruch verliehen werden, indem dieser mit einer positiven Headline oder einem zustimmenden Text versehen wird. Gleichmaßen ist eine Verbreitung des fremden Contents ohne jegliche Kommentierung möglich, auch dies dürfte in der Regel (einen zustimmungsfähigen Inhalt vorausgesetzt) als konkludente Zustimmung verstanden werden. Gleichmaßen ist auch die Wiedergabe fremden Contents in Verbindung mit diesbezüglicher Kritik möglich.

Die rechtliche Einordnung differenziert je nach Ausgestaltung des jeweiligen Sharing-Vorganges:

b) Teilen von user-generated content innerhalb einer Plattform
(z.B. „Teilen“ und „Retweeten“)

Zunächst kann eine solche Kommunikation auf den Content anderer Nutzer derselben Plattform gestützt werden. Hierbei handelt es sich um user-generated content, der über Nutzung der plattformseitig zur Verfügung gestellten Funktionen in das eigene Profil eingebunden wird, sog. „Embedding“.⁶³⁰ Solche Kommunikationsmöglichkeiten sehen insbesondere die Plattformen *Facebook* („Teilen“) und *Twitter* („Retweeten“) vor, dane-

630 Vgl. auch *Gerecke*, GRUR 2019, 1120 (1121).

ben existieren weitere Plattformen, die gleichartige Handlungen ermöglichen, z.B. die Plattformen *LinkedIn* und *Xing*.

In technischer Hinsicht liegt diesen Handlungen eine Verlinkung durch Hyperlinks, verkleinerte Vorschaubilder und/oder Framing zugrunde.⁶³¹

c) Teilen über sonstige „Umwege“

Ein Teilen des Beitrages durch Dritte (inklusive etwaiger eingebundener Lichtbilder) über die plattformintegrierte Funktion „Teilen“ oder „Retweeten“ ist allerdings nicht immer möglich. Teilweise, so z.B. bei *Facebook*, kann der Einstellende nämlich durch die Vornahme entsprechender Einstellungen auch die Funktion des Teilens seines Beitrages verhindern. *Facebook* lässt ein Teilen z.B. nur zu, wenn der Einstellende den Beitrag an die Zielgruppe „Öffentlich“ gerichtet hat und er keine Begrenzung auf seine oder jedenfalls bestimmte „Freunde“ vornimmt. Bei *Twitter* kann der Nutzer die jeweiligen Tweets „geschützt“ statt „öffentlich“ einstellen, geschützte Tweets sind nur für die Follower des einstellenden Nutzers sichtbar, die Nutzung der Retweet-Funktion ist nicht möglich.⁶³² Allerdings, hierauf weist *Twitter* in diesem Zusammenhang ausdrücklich hin⁶³³, ist es Dritten unbenommen, Bilder bzw. Screenshots der Beiträge aufzunehmen und den jeweiligen Content damit auf Umwegen in einen Beitrag einzubinden. Gleiches gilt für *Facebook* und andere Plattformen, die entsprechende Beschränkungsmöglichkeiten vorhalten, eine Umgehung der Beschränkungen durch Dritte bleibt mithin möglich. Diese Möglichkeit, Content auf Umwegen zu veröffentlichen, besteht selbstverständlich auch dann, wenn

631 *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744 (745).

632 *Twitter, Inc., Über öffentliche und geschützte Tweets*, abrufbar unter help.twitter.com/de/safety-and-security/public-and-protected-tweets, zuletzt abgerufen am 14.02.2020. Wäre eine Wiedergabe eines solchen geschützten Beitrages gegenüber allen Nutzern des sozialen Netzwerks oder gegenüber sämtlichen eigenen Freunden möglich, handelte es sich um ein neues Publikum, das ursprünglich nicht die adressiert worden war. In diesem Fall läge eine unzulässige öffentliche Wiedergabe vor, ebenso *Gerecke*, GRUR 2019, 1120 (1123).

633 „Wenn deine Tweets geschützt sind, können nur deine Follower die Medien in deinen Tweets sehen. Hinweis: Deine Follower können Medien, die du in geschützten Tweets teilst, herunterladen oder Links darauf anderswo teilen. Links zu Medien, die auf Twitter geteilt werden, sind nicht geschützt. Alle, die über den Link verfügen, können den Inhalt anzeigen.“, *Twitter, Inc., Über öffentliche und geschützte Tweets*, abrufbar unter help.twitter.com/de/safety-and-security/public-and-protected-tweets, zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

keine Beschränkung des Personenkreises erfolgt ist und grundsätzlich auch ein Teilen bzw. Retweeten möglich wäre. Erforderlich ist jeweils die Herstellung einer Kopie, die sodann erneut in das eigene Profil eingestellt wird.

Zwingend erforderlich ist die Nutzung eines solchen Umweges, wenn der Nutzer der Plattform *Instagram* das Lichtbild eines anderen Nutzers teilen möchte. *Instagram* hält nämlich innerhalb der Plattform keine entsprechende Funktion vor. Der jeweilige Nutzer ist darauf angewiesen, entweder Screenshots der jeweiligen Beiträge anzufertigen (und ggf. zuzuschneiden) oder auf weitere Apps⁶³⁴ zurückzugreifen, mittels derer er Daten von *Instagram* herunterladen und sodann auf *Instagram* (oder anderweitig) weiterverwenden kann. Unabhängig davon, ob eine App verwendet wird oder Screenshots erzeugt werden, in allen Fällen wird (ggf. vorübergehend) eine Kopie des Lichtbildes an einen anderen Ort bzw. auf einem anderen Server hergestellt, um einen Repost des auf *Instagram* veröffentlichten Contents erzeugen zu können.

d) Social Plugins

Daneben integrieren zahlreiche Websitebetreiber in ihre Websites sog. Social Plugins, um das Teilen ihres Inhaltes zu vereinfachen. Der Nutzer kann durch Anwendung der Plugins ohne Weiteres den fremden Content in seinem Beitrag auf einem sozialen Netzwerk verbreiten, wobei jeweils eine Verlinkung erzeugt und ein Vorschaubild erstellt wird. Eine solche Möglichkeit sieht z.B. der Nachrichtendienst *Spiegel* vor, der seine Beiträge auf www.spiegel.de mit Social Plugins u.a. zu *Facebook*, *Twitter*, *Tumblr*, *Linkedin* und *Pinterest* versieht. Daneben wird die Möglichkeit eingeräumt, den jeweils ausgewählten Beitrag im Rahmen einer E-Mail zu verbreiten. Auch hierfür wird eine Verlinkung nebst Vorschaubild generiert. Bei einer Nutzung der zugehörigen App *Spiegel Online* kann darüber hinausgehend der jeweilige Inhalt auch per SMS oder *WhatsApp* geteilt werden. Auch in diesem Fall wird eine Verlinkung generiert, die mit einem Vorschaubild verbunden wird.

634 Z.B. die Apps Repost for Instagram, InstaRepost, DownloadGram, eingehend beschrieben in folgendem Beitrag: *Wegen, So reposten Sie auf Instagram: 4 Methoden zum erneuten Teilen von Content*, abrufbar unter blog.hubspot.de/marketing/reposten-auf-instagram, zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

e) Rechtliche Bewertung

Das „Teilen“ oder „Retweeten“ von uneingeschränkt öffentlich wiedergegebenem user-generated content sowie das Teilen von Inhalten Dritter über von diesen vorgehaltene Social Plugins sind ebenso zu behandeln, wie das sonstige Verlinken von Lichtbildern bzw. fremdem Content. Es handelt sich jeweils um Verlinkungen, die zum ursprünglichen Beitrag führen und die sich an das Publikum richten, das der Rechtsinhaber bei Veröffentlichung des Beitrages adressieren wollte, er entscheidet auch darüber, ob der Beitrag weiterhin abrufbar bleibt. Damit handelt es sich um urheberrechtlich grundsätzlich zulässige Handlungen, weder der Tatbestand der Vervielfältigung, noch der einer öffentlichen Zugänglichmachung bzw. einer unbenannten Form der öffentlichen Wiedergabe ist erfüllt.⁶³⁵ In diesen Fällen überzeugte auch die Annahme eines konkludenten Einverständnisses hinsichtlich der erzeugten Vorschaubilder, die BGH-Rechtsprechung zu Vorschaubildern⁶³⁶ kann auf diejenigen Vorschaubilder übertragen werden, die beim Teilen von Inhalten in sozialen Netzwerken erzeugt werden.

Eine andere Bewertung würde auch der Rolle der sozialen Netzwerke als Kommunikationsmedium nicht gerecht. Diesen neuen Kommunikationsmedien liegt gerade die Idee zugrunde, Zustimmung oder Ablehnung durch das Teilen fremden Inhaltes, ggf. verbunden mit einem Kommentar, zu äußern.⁶³⁷ Die Zulässigkeit derartiger Handlungen ist damit für die Funktionsfähigkeit dieser Kommunikationswege zwingend erforderlich.

Aus diesem Grund wird teilweise⁶³⁸ hinsichtlich des Teilens von Inhalten innerhalb sozialer Netzwerke unter Zuhilfenahme dort vorgesehener Verbreitungsmechanismen generell vom Vorliegen einer konkludenten Einwilligung des einstellenden Rechteinhabers ausgegangen. Unter dieser Annahme wäre erst Recht bei der Verwendung von Social Plugins, die

635 Ebenso Gerecke, GRUR 2019, 1120 (1121 f.).

636 BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (629), *Vorschaubilder*; Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, GRUR 2012, 602 (604), *Vorschaubilder II*.

637 Vgl. zutreffend *Lauber-Rönsberg*, NJW 2016, 744 (745 m.w.N.): „Die „kommunikative Architektur“ von sozialen Medien basiert ganz wesentlich darauf, dass die Nutzerinnen und Nutzer nicht nur eigene Beiträge „posten“, sondern auch fremde Inhalte, beispielsweise Beiträge von anderen Internetseiten, „teilen“ und so zum Beispiel eine journalistische Berichterstattung in ihre „persönlichen Öffentlichkeiten“ tragen“. Auf die Auslegung von Tweets auf Weiterverbreitungshandlungen hinweisend *Reinemann/Remmertz*, ZUM 2012, 216 (224).

638 Gerecke, GRUR 2019, 1120 (1124).

vom Rechtsinhaber zur Verfügung gestellt werden, von einem konkludenten Einverständnis des Rechtsinhabers durch das Vorhalten derselben auszugehen. Nach hier vertretener Auffassung kommt es auf ein solches Einverständnis jedoch bei der Nutzung websiteintegrierter Teilungsfunktionen sowie bei der Nutzung von Social Plug-Ins nicht an, da es bereits an einer erlaubnispflichtigen Handlung fehlt.

Hingegen kann auf das Vorliegen eines konkludenten Einverständnisses abgestellt werden, wenn websiteexterne Handlungen erforderlich sind, um den Content zu verbreiten, z.B. bei der Nutzung externer Apps zum Reposten von Inhalt, z.B. zur Wiedergabe des Contents Dritter auf *Instagram*. In diesen Fällen überzeugt die Annahme eines konkludenten Einverständnisses, da die sozialen Plattformen darauf aufbauen, dass Inhalt geteilt und weiterverbreitet wird, auch wenn hierzu externe Funktionen genutzt werden. Auch die externe Verbreitung dient der Kommunikation im digitalen Zeitalter. Gerade bei der Nutzung von Instagram ist eine Weiterverbreitung in der Regel von den jeweiligen Nutzern gewollt, da ihren Beiträgen hierdurch mehr Aufmerksamkeit zuteilwird. Eine konkludente Einwilligung kann aber nur dann angenommen werden, wenn es sich um eine Verbreitung des Inhalts handelt, die nicht durch Einstellungen des Rechtsinhabers verhindert werden sollte. Es liegt mithin ein Fall der unzulässigen öffentlichen Zugänglichmachung bzw. öffentlichen Wiedergabe (§§ 15 Abs. 2, 19a UrhG; Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL) vor, wenn der Ursprungsbeitrag nur einem begrenzten Personenkreis (z.B. nur an *Facebook*-Freunde oder nur als sog. geschützter Tweet gegenüber den Followern bei *Twitter*) zugänglich gemacht wurde und über Umwege der Beitrag auch einer anderen Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Denn in diesen Fällen wird ein neues Publikum erreicht, das vom Rechtsinhaber ursprünglich nicht adressiert worden war, außerdem erfolgt die Wiedergabe dann in einer Weise, die keine Kontrolle des Rechtsinhabers über die Veröffentlichung mehr zulässt. Erfolgt die öffentliche Wiedergabe z.B. auf dem Weg, dass der Beitrag bzw. das Lichtbild per Screenshot oder sonstiges Lichtbild durch einen Dritten zunächst abgebildet oder eine Kopie des Lichtbildes in einer anderen App oder auf einem anderen Datenträger erzeugt wird, um diese Abbildung dann in einen eigenen Beitrag zu kopieren und zu integrieren, liegt außerdem eine erlaubnisbedürftige Vervielfältigung gem. § 16 UrhG vor, da eine neue körperliche Festlegung erfolgt. Der Schutz des Beitrages durch von dem sozialen Netzwerk gebotene Schutzmechanismen steht der Annahme einer konkludenten Einwilligung in die Weiterverbreitung entgegen.

Eine weitere Grenze muss dort gezogen werden, wo der teilende Nutzer Kenntnis davon hat, dass der jeweilige Content ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers durch einen Dritten eingestellt wurde. In diesem Fall ist er nicht schutzwürdig. Im Falle einer erfolgten Integration von Social Plugins dürfen allerdings erhöhte Anforderungen an eine etwaige Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Teilenden zu stellen sein. Denn derjenige, der einen Inhalt zur Verfügung stellt und die Möglichkeit vorsieht, diesen durch Nutzung eines Social Plugins zu verbreiten, geriert sich in besonderem Maße als Rechtsinhaber. In diesen Fällen sollte die Vermutung einer solchen Kenntnis deshalb auch gewerblich Handelnden nicht zur Last gelegt werden.

Während darüber hinaus bei einem Teilen bzw. Retweeten der ursprünglich einstellende Nutzer bzw. dessen Nutzernamen als Creator kenntlich gemacht wird, kann eine solche Nennung bei einem Teilen auf Umwegen fehlen, z.B. wenn der Teilende sich einer Abbildung in Form eines Screenshots des jeweiligen Contents bedient, dem der ursprüngliche Creator nicht entnommen werden kann, oder er das jeweilige Lichtbild zunächst herunterlädt und dann neu einstellt. Veröffentlicht ein Nutzer ein von einem Dritten eingestelltes Lichtbild unter seinem eigenen Namen, liegt damit neben der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung außerdem ein Eingriff in das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gem. § 13 UrhG vor. Gleichmaßen wie der erstmalige Upload kann außerdem auch hier ein Eingriff in das Veröffentlichungsrecht gem. § 12 UrhG vorliegen, wenn die Vorveröffentlichung nur gegenüber einem kleinen Personenkreis erfolgte und der neue Beitrag eine Öffentlichkeit erreicht (vgl. hierzu unter Kapitel 3, B) I) 1)).

f) Zusammenfassung

Urheberrechtlich unbedenklich sind diejenigen Handlungen des Teilens, bei denen sich der Nutzer der jeweils durch die Plattform zur Verfügung gestellten Möglichkeiten bedient, die das soziale Netzwerk bereithält. Soweit ersichtlich, erfolgen die in den sozialen Netzwerken integrierten Formen der Verbreitung medialen Contents über einzelne, urheberrechtlich zulässige Form des Linkings bzw. Framings. Selbst wenn andere Formen der Verbreitung genutzt werden, ist jeweils von einem konkludenten Einverständnis desjenigen auszugehen, der das Lichtbild ursprünglich zum Inhalt seines Beitrages gemacht hat. Gleiches gilt bei der Vornahme externer Vervielfältigungshandlungen, soweit nicht Schutzeinstellungen in An-

spruch genommen wurden, die eine weitere Verbreitung verhindern sollten. Werden solche Einstellungen übergangen bzw. missachtet, ist von einer unzulässigen Vervielfältigung, öffentlichen Zugänglichmachung bzw. öffentlichen Wiedergabe auszugehen, ferner gehen letztgenannte Handlungen regelmäßig mit einem Verstoß gegen § 72 Abs. 1 i.V.m. §§ 12, 13 UrhG einher.⁶³⁹

5) Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht gem. § 23 UrhG, Entstellung von Lichtbildern gem. § 14 UrhG und freie Benutzung gem. § 24 UrhG

In sozialen Netzwerken gehört es ferner zur alltäglichen Form der Kommunikation, Lichtbilder zu verändern und so des eigenen Kommunikationsinhaltes dienlich zu machen. Hierbei sind unterschiedliche Formen zu unterscheiden:

Zum einen kommt die reine Bearbeitung oder Umgestaltung in Betracht, der kein weiterer Inhalt beigemessen werden kann. Dies ist z.B. bei rein ästhetischen Anpassungen (Farbveränderungen, Zuschneiden, Begrädigungen etc.) der Fall. Gleiches gilt für andere Veränderungen, wie z.B. die Anbringung eines Werbeslogans oder -banners zum Zwecke der Werbung. In diesen Fällen handelt es sich um Handlungen, die dem in § 23 UrhG enthaltenen Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht des Lichtbildners unterfallen. Es handelt sich damit um grundsätzlich zustimmungsbedürftige Nutzungen. Für Umgestaltungen und Bearbeitungen kann auch keine Einwilligung des Lichtbildners unterstellt werden. Anders als bei dem sog. Social Sharing innerhalb eines sozialen Netzwerkes werden durch die Plattformen keine Werkzeuge vorgehalten, den Content Dritter im Zuge des „Teilens“ nicht nur zu verbreiten sondern auch zu verändern.

Zum anderen werden durch sog. Memes Lichtbilder abgeändert und ihnen eine Witzfunktion zugesprochen. In der Regel sind diese als (unter § 24 UrhG weiterhin zulässige) Parodien zu bewerten, soweit eine solche Witzfunktion vorliegt und die nach der Rechtsprechung des EuGH erfor-

639 Demnach wirkt es aus urheberrechtlicher Sicht geradezu bizarr, dass die Methoden zur Extraktion fremden Contents aus dem Netzwerk Instagram (spezielle Apps bzw. Anfertigung eines Screenshots) von *Wergen* beschrieben werden wie folgt: „Andererseits fehlt dem Benutzer jedoch die Möglichkeit, den Content anderer Benutzer zu teilen. Doch keine Sorge: Das Internet hat für jedes Problem eine Lösung.“, vgl. *Wergen, So reposten Sie auf Instagram: 4 Methoden zum erneuten Teilen von Content*, abrufbar unter blog.hubspot.de/marketing/reposten-auf-instagram, zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

derliche nachgelagerte Interessenabwägung⁶⁴⁰ nicht zulasten desjenigen ausfällt, der das Meme erstellt hat.⁶⁴¹ Vor diesem Hintergrund ist die Herstellung von Memes in der Regel zulässig. In diesem Zusammenhang kommt es gleichwohl regelmäßig zu Urheberrechtsverletzungen durch Dritte, die wiederum die Memes herunterladen und über weitere Kanäle, z.B. Messengerdienste, weiterverbreiten. Denn dem Hersteller des Memes steht, soweit das Meme die erforderliche Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG aufweist, ein eigenständiges Bearbeiterurheberrecht gem. § 3 Satz 1 UrhG zu. *Dreier*⁶⁴² sucht hierfür die Lösung darüber, das Meme wie einen Witz in der analogen Welt vom Urheberrechtsschutz freizustellen. Insoweit lässt er aber offen, wie dieses Ziel erreicht werden soll. Zwar erfüllen Witze in der Regel nicht die Anforderungen an ein Sprachwerk i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, ein Meme erfüllt jedoch derzeit den Tatbestand des § 72 UrhG.

Sowohl bei Memes als auch bei sonstigen Bearbeitungen und Umgestaltungen kann je nach Grad und Intensität der Veränderungen auch eine Entstellung gem. § 14 UrhG vorliegen, die bei einfachen Lichtbildern jedoch nur dann eintritt, wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Lichtbildners beeinträchtigt wird (vgl. Kapitel 3, B) I) 3)). In diesem Fall dürfte es sich bei Memes auch nicht um zulässige Parodien handeln, da hier eine nachgelagerte Interessenabwägung zulasten des Meme-Herstellers ginge.

6) Fehlende Namensnennung

Bei Nutzungen fremder Lichtbilder in sozialen Medien wird außerdem regelmäßig gegen § 13 UrhG verstoßen. Werden Lichtbilder kopiert und neu eingestellt, liegt ein Verstoß gegen das Recht auf Anerkennung der Lichtbildnerschaft sowie ein Verstoß gegen das Namensnennungsrecht vor. Gleiches gilt bei der Bearbeitung ohne Benennung des ursprünglichen Lichtbildners, z.B. bei der Erstellung von Memes.⁶⁴³ Die zahlreichen Verstöße gegen das Recht auf Anerkennung der Lichtbildnerschaft in sozialen Medien führen ebenso wie die zahlreichen Verstöße gegen das Namens-

640 Kritisch hierzu *Haedicke*, GRUR Int 2015, 664 (669 f.).

641 *Maier*, GRUR-Prax 2016, 397 (398) mit Hinweis auf EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, GRUR Int. 2014, 969, *Johan Deckmyn/Helena Vandersteen*.

642 *Dreier*, ZGE 2017, 135 (147).

643 *Reinemann/Remmert*, ZUM 2012, 216 (221).

nennungsrecht durch die Angabe juristischer Personen nicht zur Annahme einer Branchenübung, die eine Namensnennung entbehrlich machte.⁶⁴⁴

Ein Verstoß ist demgegenüber nicht anzunehmen, wenn der Nutzer sich einer plattformintegrierten Funktion des Teilens bedient und ein Inhalt geteilt wird, der sich auf der Seite des Rechtsinhabers befindet. Denn bei einem solchen Social Sharing wird der Rechtsinhaber automatisch kenntlich gemacht.

7) Zwischenergebnis

Die sozialen Medien bieten zahlreiche Möglichkeiten zur Begehung von Rechtsverletzungen.

Der eigenständige Upload eines fremden Lichtbildes in ein soziales Netzwerk sowie das Teilen von Inhalten, die bereits in soziale Netzwerke eingebunden sind, über Funktionen, die durch das konkrete soziale Netzwerk nicht vorgesehen sind, sind grundsätzlich erlaubnispflichtig. Ferner greifen auch Verlinkungen und Sharing-Vorgänge in die Rechte des Lichtbildners ein, soweit der verlinkte bzw. geteilte Inhalt ohne Zustimmung des Rechtsinhabers oder unter Umgehung von Zugangsbeschränkungen veröffentlicht wurde und der Verlinkende bzw. Teilende diesen Umstand kannte oder hätte kennen müssen.⁶⁴⁵

Darüber hinaus werden tagtäglich Bearbeitungen und Umgestaltungen an fremden Lichtbildern vorgenommen, die nicht von der erforderlichen Erlaubnis des Rechtsinhabers gedeckt sind. Auch Verletzungen der Rechte des Lichtbildners aus § 13 UrhG gehören zu den alltäglichen Urheberrechtsverletzungen im Netz.

II) Zitatrecht

Ferner war in der Vergangenheit die Auseinandersetzung mit durch Lichtbilder und Lichtbildwerke abgebildeten Elementen in Form eines Zitates

644 So auch *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 13 UrhG, Rn. 24.

645 Insoweit kann auf die Ausführungen in Kapitel 3, B) II) 2) b) bb) (2) verwiesen werden.

unter Verwendung fremder Lichtbilder problematisch.⁶⁴⁶ Die Wiedergabe „zum Zweck des Zitats“ erfordert nämlich, dass das fremde Werk auch als solches kenntlich gemacht wird und mit diesem eine inhaltliche Auseinandersetzung stattfindet.⁶⁴⁷ Denn der Zweck der Schrankenregelung des § 51 UrhG ist die Ermöglichung der geistigen Auseinandersetzung mit fremden Gedanken im Interesse des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts.⁶⁴⁸ Insoweit bewertete der Gesetzgeber die Förderung des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts durch Zitation bestehender Werke gegenüber den Interessen des jeweiligen Rechtsinhabers als vorrangig und normierte die Schrankenregelung des Zitatrechtes.⁶⁴⁹

§ 51 UrhG a.F.⁶⁵⁰ lautete:

„¹Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. ²Zulässig ist dies insbesondere, wenn

1. einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden,
2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden,
3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden.“

646 Dreier, ZGE 2017, 135 (140 ff.); Apel, in: Götz von Olenhusen/Gergen, Kreativität und Charakter, *Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts* (§ 72 UrhG), 2017, S. 205 (213 f.); explizit zu Reproduktionsfotografien vgl. Schack, in: Schierholz/Melichar, Kunst, Recht und Geld, *Bildzitate zu Lasten der Fotografen?*, 2012, S. 217 (210 ff.).

647 Zum Zitat und den einzelnen Voraussetzungen ausführlich Spindler, in: Schriker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 51 UrhG, Rn. 14 ff.

648 Gesetzesbegründung vom 23.03.1962, BTDrucks IV/270, S. 31 (Beibehaltung der Zitierbefugnis für die Freiheit des geistigen Schaffens); BGH, Urt. v. 22.09.1972 – I ZR 6/71, GRUR 1973, 216 (217), *Handbuch moderner Zitate*; Urt. v. 23.05.1985 – I ZR 28/83, NJW 1986, 131, *Geistchristentum*; BGHZ 99, 162 (165), *Filmzitat*.

649 Diese Schrankenregelung war bereits vor dem Urheberrechtsgesetz (1965) in den §§ 19, 21, 23 LUG und § 19 KUG normiert, vgl. auch Gesetzesbegründung vom 23.03.1962, BTDrucks IV/270, S. 67.

650 I.d.F. v. 26.10.2007, gültig ab 01.01.2008 bis 28.02.2018.

§ 51 UrhG a.F. in seiner unmittelbaren Anwendung erfasste damit zum einen – gleichermaßen wie die aktuelle Fassung – nur das Zitat von *Werken* i.S.v. § 2 Abs. 1 UrhG. Selbstverständlich war eine Anwendung der Vorschrift über § 72 Abs. 1 UrhG auch auf einfache Lichtbilder möglich, die dem Leistungsschutz unterliegen. Eine Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines Lichtbildwerkes oder – in Anwendung des § 72 Abs. 1 UrhG – eines Lichtbildes war damit gem. § 51 UrhG a.F. lediglich „zum Zweck des Zitats“ zulässig.

Zum anderen legte die Vorschrift als Zitationsobjekt das zitierte Werk selbst und nicht etwa sekundäre Wiedergabeformen desselben fest. Die Besonderheit betreffend Lichtbilder ist hierbei folgende: Regelmäßig wird bei der Wiedergabe von Lichtbildern und Lichtbildwerken in anderen Werken keine Auseinandersetzung mit dem Lichtbild oder Lichtbildwerk selbst sondern vielmehr mit dem mittels des Lichtbild(-werk)s wiedergegebenen Gegenstand und/oder den darin wiedergegebenen tatsächlichen Gegebenheiten, also mit der Abbildung, vorgenommen. So wird z.B. ein Schriftwerk betreffend die Architektur von Kirchengebäuden sich bei der Verwendung von Lichtbildern und/oder Lichtbildwerken mit den darauf abgebildeten architektonischen Werken befassen, nicht hingegen mit dem Lichtbild(-werk) selbst. Auch werden solche Schriftwerke, welche z.B. geschichtliche Darstellungen enthalten, sich mit den mittels Lichtbild(-werk)s wiedergegebenen Geschehnissen befassen, nicht jedoch mit den verwendeten Lichtbild(-werk)en in ihrer konkreten Gestaltung. Gleiches gilt für Reproduktionsfotografien – die Verwendung derselben erfolgt in der Regel zur Auseinandersetzung mit dem Abbildungsgegenstand und gerade nicht zur Auseinandersetzung mit der Reproduktionsfotografie selbst. In diesen Konstellationen wurde in der Vergangenheit unter Geltung des § 51 UrhG a.F. eine Lösung über eine verfassungskonforme Auslegung des § 51 UrhG gesucht.⁶⁵¹

Durch das UrhWissG vom 01.09.2017⁶⁵² wurde § 51 UrhG ergänzt um § 51 S. 3 UrhG. Hiernach ist von der Zitierbefugnis nunmehr auch die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des zitierten Werkes erfasst, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist. Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass

651 Vgl. hierzu ausführlich *Schack*, in: Schierholz/Melichar, Kunst, Recht und Geld, *Bildzitate zu Lasten der Fotografen?*, 2012, S. 217 (212 f.). Hierzu außerdem *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzes (§ 72 UrhG)*, 2017, S. 205 (213 f.).

652 UrhWissG v. 01.09.2017, BGBl. I 2017, 3346, 3347.

es nicht darauf ankomme ob in dem zitierenden Werk nur eine Auseinandersetzung mit dem abgebildeten Gemälde oder auch mit dem Lichtbild bzw. Lichtbildwerk an sich erfolge. Eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Lichtbildes genügt mithin, um sich gegenüber dem Lichtbildner auf die Zitierbefugnis gem. § 51 UrhG zu berufen.

Durch Einführung des § 51 S. 3 UrhG hat der Gesetzgeber dem Zweck der Schrankenregelung der Zitierbefugnis, der geistigen Auseinandersetzung mit fremden Gedanken im Interesse des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts, den Vorrang gegenüber den Interessen des Lichtbildners eingeräumt. Die Erstreckung der Zitierbefugnis auf die Leistung der Lichtbildner des beschriebenen Inhaltes ohne weitere Auseinandersetzung mit dem Lichtbild selbst, führt im Ergebnis zu einer Abwertung des Umstandes, dass es sich bei dem Lichtbild um eine gegenüber der Abbildung eigenständige Leistung des Lichtbildners handelt, jedenfalls aber zu einer Minderbewertung des Lichtbildes bzw. Lichtbildwerkes gegenüber anderen Schutzgegenständen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass dem Grunde nach die Rechtfertigung der urheberrechtlichen Zulässigkeit eines Zitates und der damit einhergehenden Vervielfältigung ohne Einwilligung des Urhebers darin liegt, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der zitierten Leistung und damit auch eine Würdigung oder Anerkennung der fremden Leistung als solche erfolgt. Erfolgt hingegen eine Auseinandersetzung z.B. mit einem historischen Ereignis und wird hierfür ein von einem Dritten erstelltes Lichtbild verwendet, liegt darin keine Würdigung der Lichtbildnerschaft des Lichtbildners. Insoweit hat der Gesetzgeber die Interessen des Lichtbildners bei Einführung des § 51 S. 3 UrhG gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an der Förderung des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts zurückgestellt. Dies ist angesichts der üblich gewordenen Kommunikation durch Lichtbilder zu begrüßen.

III) Reproduktionsfotografien

Wie in Kapitel 2 dargestellt, kann es sich auch bei Reproduktionsfotografien um geschützte Lichtbilder i.S.d. § 72 UrhG handeln, obgleich die Reproduktionsfotografie zu einer Vervielfältigung der Vorlage führt. Dies bedeutet, dass bei der Nutzung und Verwertung der Reproduktionsfotografien stets die Erlaubnis des Lichtbildners einzuholen ist, dies ggf. zusätzlich zu der Erlaubnis des Urhebers eines abgelichteten Werkes. Teilweise wird dies für falsch befunden und versucht, die Reproduktionsfotografien (ins-

besondere flacher Vorlagen) mit der Begründung, es handele sich lediglich um eine Vervielfältigung der Vorlage, welche die Mindestvoraussetzungen des § 72 UrhG nicht erfüllte, aus dem Schutzbereich des § 72 UrhG auszuschließen. Dem wurde bereits unter Kapitel 2, B) IV) entgegengetreten. Der nach hier vertretener Auffassung existierende Leistungsschutz für solche Reproduktionsfotografien, die keine Schöpfungshöhe nach § 2 Abs. 2 UrhG aufweisen, wird gleichwohl teilweise als Problem verstanden, es handele sich um eine bloße Vervielfältigung der Vorlage, ein Schutzgrund liege demnach nicht vor. Der Schutz solcher Reproduktionsfotografien steht außerdem der freien Kommunizierbarkeit der Vorlage entgegen, die Verbreitung einer Reproduktionsfotografie bedarf unter dem geltenden Recht der Zustimmung – sogar der doppelten Zustimmung. Denn es ist nicht nur die Zustimmung des Urhebers der Vorlage erforderlich, auch die des Lichtbildners wird benötigt. Da letztlich die Reproduktionsfotografie der Vermittlung der Vorlage dient, scheint dieses Ergebnis von denjenigen, die einer Schutzfähigkeit der Reproduktionsfotografie entgegneten, als fehlerhaft bewertet zu werden. Durch die dahinlautende Argumentation, es liege eine bloße Vervielfältigung vor⁶⁵³, bringen die Kritiker einer Erfassung der Reproduktionsfotografie unter § 72 UrhG zum Ausdruck, dass ein Recht betroffen ist, das gem. § 16 UrhG dem Urheber der Vorlage vorbehalten sei, sodass dessen Zustimmung zur Verbreitung der Reproduktionsfotografien genügen müsse.

Auch soweit von Teilen der Literatur und der Rechtsprechung eine teleologische Reduktion bei der originalgetreuen Abbildung gemeinfreier Werke und damit auch bei der Reproduktionsfotografie gemeinfreier Werke gefordert wird, wurde dem unter Kapitel 2, B) IV) 3) entgegengetreten. Zutreffend hatte der BGH dieser Auffassung in seiner viel beachteten Entscheidung *Museumsfotos*⁶⁵⁴ für die Praxis einen Riegel vorgeschoben und zutreffend differenziert zwischen den unterschiedlichen Schutzgegenständen des Lichtbildes einerseits und des abgebildeten Werkes andererseits. Nun wurden jedoch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union dazu verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, die solchen Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke den Schutz versagen, soweit nicht die Reproduktionsfotografie selbst Werkcharakter aufweist, Art. 14 DSM-Richtlinie. Künftig wird deshalb eine Differenzierung nach der Gemeinfreiheit der Vorlage er-

653 Yang, ZUM 2017, 951–955 (952); Ohly, in: Beier/Schricker, Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, *Verwertungsverträge im Bereich der bildenden Kunst*, 1995, (455).

654 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284, *Museumsfotos*.

forderlich sein. Während Lichtbildern gemeinfreier Werke damit, soweit die Reproduktionsfotografie selbst nicht die Schöpfungshöhe des § 2 Abs. 2 UrhG erreicht, der Schutz versagt werden wird, wird die aufgezeigte Problematik für nicht gemeinfreie Werke voraussichtlich bestehen bleiben. Der einfache Lichtbildschutz ist damit aus Sicht derjenigen, die bei Reproduktionsfotografien eine Schutzfähigkeit bzw. Schutzwürdigkeit in Frage stellen, auch in Zukunft problematisch. Dies jedenfalls, soweit die konkrete Verwendungsform nicht durch andere Schrankenregelungen abgedeckt wird, es sich z.B. nicht um ein zulässiges Zitat handelt.

Die Umsetzung des Art. 14 DSM-Richtlinie wird außerdem zu einer Ungleichbehandlung von Reproduktionsfotografien führen, abhängig davon, ob eine Werkqualität erreicht wird und/oder eine gemeinfreie Vorlage abgebildet wurde.

IV) Einfache Produktbilder

Dem bestehenden Leistungsschutzrecht für einfache Lichtbilder unterfallen auch zahlreiche einfache Produktbilder.

Bei Produktbildern, die diese Produkte lediglich originalgetreu wiedergeben, z.B. Bilder von Buchcovern, Wanderkarten, Postern, gebrauchten Kleidungsstücken, gebrauchten Möbeln, elektronischen Geräten, oder sonstigen Gegenständen, die in Online-Portalen, z.B. bei eBay zum Verkauf angeboten werden, handelt es sich üblicherweise um schutzfähige Lichtbilder im Sinne des § 72 UrhG. Je nach Ausgestaltung der jeweiligen Aufnahme kann es sich um eine schutzfähige Reproduktionsfotografie⁶⁵⁵ oder um ein sonstiges einfaches Lichtbild handeln. Bei Erreichen der erforderlichen Schöpfungshöhe kann, soweit es sich nicht um eine Reproduktionsfotografie einer flachen Vorlage handelt, auch ein Lichtbildwerk vorliegen. Solche Lichtbildwerke liegen üblicherweise dann vor, wenn es sich um Produktbilder eines Herstellers handelt, der Wert darauf legt, seine Produkte kreativ in Szene zu setzen. So dürfte es sich bei Bildern aus der Automobil- oder Uhrenbranche, bei denen die Produkte besonders in Szene gesetzt werden, regelmäßig um Lichtbildwerke handeln. Hingegen mangelt es vielfach an einer solchen Schöpfungshöhe bei einfachen Produktbildern, die von Verbrauchern verwendet werden, z.B. um ihre gebrauchten Waren auf eBay anzubieten.

655 Zur Schutzfähigkeit solcher Reproduktionsfotografien vgl. unter Kapitel 2, B) IV.

Übernimmt ein Dritter derartige Produktbilder – in der Regel, da ihm dies leichter erscheint als selbst ein Lichtbild für sein Angebot anzufertigen – führt dies aufgrund des bestehenden Leistungsschutzrechtes für Lichtbilder zu einer Rechtsverletzung. Derartige Fälle häufen sich in der Praxis, insbesondere auf digitalen Verkaufsplattformen bereits existierende Lichtbilder werden vermehrt in eigene digitale Angebote eingepflegt.⁶⁵⁶ War es bei Printmedien noch mit Aufwand verbunden, fremde, auf das eigene Angebot passende Lichtbilder in anderen Anzeigen aufzuspüren, so dass die Übernahme fremder Lichtbilder für eigene Angebote kaum denkbar war, können heute über digitale Suchfunktionen der jeweiligen Plattformen, Google-Bildersuche u.ä. in kürzester Zeit auf das eigene Angebot passende Lichtbilder gefunden und durch wenige Klicks kopiert und in ein eigenes Angebot eingefügt werden. Insbesondere aus Sicht derjenigen, die privat motivierte Übernahmen solcher Laien-Fotografien für nicht gewerbliche Veräußerungshandlungen beabsichtigen, dürfte der Lichtbildschutz nach § 72 UrhG deshalb als Problem verstanden werden. Lichtbilder, die vom Laien ohne jeglichen technischen oder sonstigen Aufwand hergestellt werden, sind jedoch durch das umfassende Leistungsschutzrecht des § 72 UrhG für einen langen Zeitraum geschützt. Dies, obgleich bei Herstellung eines solchen Lichtbildes üblicherweise nur geringe Interessen des Lichtbildners eines einfachen, ohne Aufwand aufgenommenen Lichtbildes den Interessen anderer Internetnutzer an einer unkomplizierten Nutzung des entstandenen Lichtbildes zur Vermeidung der Herstellung eines neuen Lichtbildes gegenüberstehen. Zu den Interessen anderer Internetnutzer zählt im Zusammenhang mit Online-Angeboten insbesondere auch die schnelle, nicht aufwändige Erstellung von Angeboten, einer solchen wäre die freie Nutzbarkeit vorbestehender Lichtbilder förderlich.

V) „Risiko“ der Rechtsdurchsetzung durch den Rechtsinhaber

Die Gewährung eines Leistungsschutzrechtes führt dazu, dass dem Rechtsinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt wird, das ihn berechtigt,

656 Vgl. z.B. AG Düsseldorf, Urt. v. 13.07.2011 – 57 C 1701/11, BeckRS 2012, 14861 zur Übernahme von einfachen Lichtbildern aus einem eBay-Angebot betreffend einen Schal sowie OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012 – 2 U 7/11, GRUR 2012, 920, *MFH-Honorearempfehlungen* zur Übernahme einfacher Lichtbilder eines Apple-Monitors aus einem eBay-Angebot. *Lerach*, in: Taeger, IT und Internet – mit Recht gestalten, *Lichtbildschutz im Internet*, 2012, S. 175 (190).

Dritte von der Leistung auszuschließen. Die Nutzung des Schutzgegenstandes ist dem Rechtsinhaber bzw. dessen Lizenznehmern vorbehalten. Nur im Rahmen der geltenden Schrankenbestimmungen ist es einem Dritten möglich, den Schutzgegenstand ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers zu nutzen.

Diese Rechtsposition, die dem Lichtbildner eingeräumt wird, ist selbstverständlich auch rechtlich durchsetzbar, wobei in der Regel zunächst eine außergerichtliche Abmahnung ausgesprochen wird (vgl. hierzu unter Kapitel 3, C) I) 2)), doch auch eine unmittelbare gerichtliche Geltendmachung ist – dann verbunden mit einem Kostenrisiko des § 93 ZPO – möglich.

In Deutschland hat sich die Verfolgung solcher Rechtsverletzungen von Urheber- und Leistungsschutzrechten regelrecht zu einem Geschäftsmodell entwickelt, dessen Grundlage es ist, Abmahnkosten zu generieren.⁶⁵⁷ Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber mit dem *Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken* reagiert und den Gegenstandswert für den mit einer Abmahnung geltend gemachten Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch auf 1.000,00 EUR begrenzt, soweit es sich bei dem Abgemahnten um eine natürliche Person handelt, die nicht in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt und die gegenüber dem Abmahnenden nicht bereits aufgrund eines Vertrages oder eines abgeschlossenen Rechtsstreites zur Unterlassung verpflichtet ist. Doch auch in diesen Fällen kann ein Kostenerstattungsanspruch für die Abmahnkosten in Höhe insgesamt 147,56 EUR entstehen.⁶⁵⁸ Hinzu kommen etwaige Schadens-

657 Dieses Abmahnwesen war Hintergrund für das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 01.10.2013:

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.

658 = Summe aus: 104,00 EUR (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300, 1008 VV RVG) + 20,00 EUR (Auslagenpauschale Nr. 7001, 7002 VV RVG) + 23,56 EUR (Mehrwertsteuer).

ersatzansprüche, hinsichtlich derer der Gegenstandswert keiner Begrenzung unterliegt. Schadensersatzansprüche werden üblicherweise im Wege der Lizenzanalogie geltend gemacht⁶⁵⁹, wobei insbesondere bei der Verwendung fremder Lichtbilder in sozialen Medien oder auf anderen Plattformen wie eBay regelmäßig zusätzlich eine Verletzung des Namensnennungsrechtes gerügt wird, sodass eine Verdopplung der fiktiven Lizenzgebühr erfolgt.⁶⁶⁰

Handelt derjenige, der das Lichtbild unbefugt verwendet, in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit, kann bereits außergerichtlich ein höherer Streitwert angesetzt werden. Jüngst hat der BGH den Ansatz eines Streitwertes in Höhe von 6000 EUR bei der gewerblichen Nutzung eines einfachen Lichtbildes zu Werbezwecken für angemessen erachtet.⁶⁶¹ Der Kostenerstattungsanspruch beim Ansatz eines solchen Gegenstandswertes beläuft sich für die außergerichtliche Tätigkeit auf insgesamt 571,44 EUR.⁶⁶² Auch hier wären Streitwerterhöhungen bei der Verfolgung etwaiger Schadensersatzansprüche zu berücksichtigen.

In einem gerichtlichen Verfahren, in dem keine Deckelung gem. § 97 Abs. 2 zu erfolgen hat, beliefe sich das Prozesskostenrisiko für die 1. Instanz bei einem Streitwert in Höhe von 6000,00 EUR auf insgesamt 2648,90 EUR brutto.⁶⁶³ Bei einem Streitwert in Höhe von 2000,00 EUR, wie er teilweise für die unberechtigte Nutzung eines einfachen Lichtbildes im Rahmen von Privatverkäufen auf eBay zugrunde gelegt wird⁶⁶⁴, beläuft

659 Vgl. hierzu unter Kapitel 3, C) I) 1) b).

660 Vgl. hierzu unter Kapitel 3, C) I) 1) a).

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

662 = Summe aus: 460,20 EUR (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300, 1008 VV RVG) + 20,00 EUR (Auslagenpauschale Nr. 7001, 7002 VV RVG) + 91,24 EUR (Mehrwertsteuer).

663 = Summe aus:

1.) **Eigene Anwaltskosten:** 460,20 EUR (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300, 1008 VV RVG) + 424,80 (1,2 Terminsgebühr Nr. 3104 VV RVG) + 20,00 EUR (Auslagenpauschale Nr. 7001, 7002 VV RVG) + 171,95 EUR (Mehrwertsteuer).

2.) **Gegnerische Anwaltskosten:** 460,20 EUR (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300, 1008 VV RVG) + 424,80 (1,2 Terminsgebühr Nr. 3104 VV RVG) + 20,00 EUR (Auslagenpauschale Nr. 7001, 7002 VV RVG) + 171,95 EUR (Mehrwertsteuer).

3.) **Gerichtskosten:** 495,00 EUR (3,0 KV GKG).

664 Vgl. z.B. OLG Hamburg, Beschluss v. 22.01.2013 – 5 W 5/13, ZUM-RD 2014, 90.

sich das Prozesskostenrisiko auf immerhin 1207,10 EUR brutto⁶⁶⁵. In beiden Fällen wäre eine etwaige außergerichtliche Tätigkeit durch hälftige Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr⁶⁶⁶ (Abzug in Höhe von 230,10 EUR bei einem Streitwert von 6.000,00 EUR bzw. 97,50 EUR bei einem Streitwert von 2.000,00 EUR) zu berücksichtigen.⁶⁶⁷ Auch hier handelt es sich lediglich um beispielhafte Streitwerte für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, etwaige Schadensersatzansprüche wirkten streitwerterhöhend und führten demnach zu einem höheren Prozesskostenrisiko. Darüber hinaus führt nach überwiegender Auffassung die unberechtigte Nutzung mehrerer Lichtbilder ebenfalls zu einer Streiterhöhung.

Dies zeigt, dass die mit der unberechtigten Nutzung eines einfachen Lichtbildes verbundenen Kosten den Verletzer nicht nur unerheblich finanziell belasten können.

Hinzukommend hat die Digitalisierung neben einer Häufung von Rechtsverletzungen auch zu einer Vereinfachung der Verfolgung solcher Verstöße geführt. Es bestehen technische Möglichkeiten für den Lichtbilder, etwaige Rechtsverletzungen aufzuspüren und ausfindig zu machen. So ermöglicht es etwa die Google Bildersuche⁶⁶⁸, durch die Suche nach einem bestimmten Bild unberechtigten Bildernutzungen ausfindig zu machen. Hierzu kann derjenige, der eine Rechtsverletzung aufspüren will, entweder das Bild zur Bildersuche hochladen oder, soweit er dieses bereits in einer Internetseite eingefügt hat, anhand der Bild-URL eine Suche beginnen. Die Suche über die Google-Bildersuche ist kostenlos und mit sehr geringem Aufwand verbunden. Sie ermöglicht es jedem Privaten oder Gewerbetreibenden oder einen Anwalt innerhalb weniger Sekunden unzulässige Nutzungen von ihm gefertigter Lichtbilder zu recherchieren. Darüber hinaus streiten auch im digitalen Zeitalter gem. § 10 UrhG Vermutungen

665 = Summe aus:

1.) **Eigene Anwaltskosten:** 195,00 EUR (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300, 1008 VV RVG) + 180,00 (1,2 Terminsgebühr Nr. 3104 VV RVG) + 20,00 EUR (Auslagenpauschale Nr. 7001, 7002 VV RVG) + 75,05 EUR (Mehrwertsteuer).

2.) **Gegnerische Anwaltskosten:** 195,00 EUR (1,3 Geschäftsgebühr Nr. 2300, 1008 VV RVG) + 180,00 (1,2 Terminsgebühr Nr. 3104 VV RVG) + 20,00 EUR (Auslagenpauschale Nr. 7001, 7002 VV RVG) + 75,05 EUR (Mehrwertsteuer).

3.) **Gerichtskosten:** 267,00 EUR (3,0 KV GKG).

666 Oder vice versa.

667 Vgl. Vorbemerkung 3 (4) Satz 1 VV RVG.

668 *Google Ireland Limited, Google Bildersuche*, abrufbar unter www.google.de/imghp?hl=de, zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

für den Lichtbildner, z.B. wenn er im Besitz der Lichtbilder in höherer Auflösung ist.⁶⁶⁹

Daneben existieren weitere, nicht einmal auf Bildersuchen spezialisierte technische Lösungen, die ein einfaches Auffinden solcher Verstöße ermöglichen. Beispielsweise hat sich ein Lichtbildner in einem Verfahren vor dem OLG Braunschweig⁶⁷⁰, bei dem Rechtsverletzungen an Lichtbildern aus einem Privatverkauf bei eBay den Streitgegenstand bildeten, mit der Software „Garage Buy“, die es ermöglicht, die Website eBay nach voreingestellte Sucheinstellungen nach Angeboten zu filtern⁶⁷¹, die Rechtsverletzungen ausfindig gemacht.

Insgesamt besteht damit ein hohes Risiko für den Verletzer, Adressat einer entsprechenden Abmahnung oder eines gerichtlichen Verfahrens zu werden und hierdurch den entstehenden Kosten ausgesetzt zu werden.

C) Berechtigung der Forderungen vs. Berechtigung des Lichtbildschutzes

Es hat sich gezeigt, dass die Digitalisierung erhebliche Auswirkungen auf den Umgang mit Lichtbildern und das Interesse Dritter an der Nutzung fremder Lichtbilder begründet hat. Zur Bewertung, ob die Forderungen zur Abschaffung oder Einschränkung des Lichtbildschutzes berechtigt sind und ob die jeweils vorgebrachten Argumente überzeugen können, ist zu prüfen, ob der Lichtbildschutz im heutigen rechtlichen Kontext und unter den heutigen tatsächlichen Gegebenheiten noch als gerechtfertigt eingestuft werden kann.

Dies bedeutet, dass die tatsächlichen Entwicklungen und deren rechtliche Auswirkungen mit dem Gesetzeszweck in Relation gesetzt werden müssen. Außerdem ist zu untersuchen, welche Konsequenzen etwaige Alternativlösungen, wie z. B. die (teilweise) Abschaffung des Schutzes einfacher Lichtbilder mit sich brächten.

669 Vgl. unter Kapitel 3, A) III).

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

671 *iwascoding GmbH, Garage Buy*, abrufbar unter www.iwascoding.com/GarageBuy/index.de.html, zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

I) Veränderungen der tatsächlichen Gegebenheiten seit Einführung des Lichtbildschutzes und Auswirkungen

Die Einführung des Leistungsschutzrechtes für einfache Lichtbilder gründete in dem Gedanken, dass eine Abgrenzung zwischen unbestritten schützenswerten Lichtbildwerken im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG, die einen schöpferischen Charakter aufweisen, einerseits und sonstiger einfacher Lichtbilder im Sinne von § 72 UrhG andererseits unüberbrückbare Schwierigkeiten mit sich bringe. Vor diesem Hintergrund entschied sich der historische Gesetzgeber des UrhG (1965), auch einfachen Lichtbildern einen Leistungsschutz unter dem UrhG einzuräumen, sodass die Abgrenzungsfrage sich erübrigte.

Jene Entscheidung des Gesetzgebers war geprägt von einer Zeit, in der Lichtbilder mit analogen Kameras aufgenommen wurden. Nicht jeder Einzelne konnte sich eine Kamera leisten, das Entwickeln der Fotografien durch die Herstellung von Abzügen der Negative nahm noch einige Zeit in Anspruch. Die Verbreitung von Lichtbildern im beruflichen wie im privaten Leben erfolgte bei persönlichen Treffen oder durch die Versendung von Abzügen per Post. Die Nutzung fremder Lichtbilder für eigene Verkaufsangebote war, wie bereits gezeigt, kaum denkbar bzw. pragmatisch. Insgesamt bestanden nicht diejenigen Gefahren durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechtes für einfache Lichtbilder und auch nicht die Nutzungsinteressen für fremde Lichtbilder, die heute gegeben sind. Auch die Qualität von Eingriffen ist heute durch den höheren Verbreitungsgrad und die im Internet unbegrenzte Dauer der Abrufbarkeit von Inhalten⁶⁷² höher. Die Einräumung des Leistungsschutzrechtes für einfache Lichtbilder wie auch die Reform 1985 stammen aus einer analogen Zeit, in der die digitale Fotografie, Smartphones sowie die private Nutzung des Mediums Internet, wie wir es heute kennen, noch nicht denkbar waren. Im heutigen Alltag stehen zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung, in Sekundenschnelle Lichtbilder herzustellen und sofort verfügbar zu machen. Wie *Obly*⁶⁷³ und *Lerach*⁶⁷⁴ zutreffend ausführen, ist angesichts der heutzutage bestehenden technischen Möglichkeiten, mit einem kurzen Betätigen des

672 Vgl. zu diesen Kriterien im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO unter Kapitel 3, C) 1) b) aa).

673 *Obly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag; Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, S. F 37.

674 *Lerach*, in: Taeger, IT und Internet – mit Recht gestalten, *Lichtbildschutz im Internet*, 2012, S. 175 (190); *Lerach*, *jurisPR-WettbR* 2016; angedeutet ebenfalls von

stets verfügbaren Smartphones ein Lichtbild zu erstellen, die teilweise vorgebrachte Begründung des bestehenden Leistungsschutzrechtes aufgrund getätigter Investitionen bzw. die Erbringung technischen Aufwandes vielfach verfehlt. Mit nur einem Mausklick oder einem Tippen auf dem immer verfügbaren Smartphone oder Tablet-PC können außerdem Urheber- oder Leistungsschutzrechte Dritter verletzt, wie auch derartige Rechtsverletzungen ermittelt und verfolgt werden. Für die Zukunft ist nicht zu prognostizieren, welche technischen Raffinessen z.B. durch die sog. Künstliche Intelligenz zu erwarten sind. Komplementär zum Anstieg der technischen Möglichkeiten der Herstellung und Nutzung von Lichtbildern sind für die weit überwiegenden einfachen Lichtbilder die Interessen der Lichtbildner an den ihnen zustehenden Rechten gesunken. Angesichts des Umstandes, dass es täglich in mehreren tausenden Fällen dazu kommen dürfte, dass Screenshots von user-generated Content Dritter angefertigt und anderweitig hochgeladen werden oder Lichtbilder aus anderen eBay-Angeboten kopiert und in eigene ebay-Angebote eingefügt werden, dürfte es sich bei dem Anteil, der tatsächlich Gegenstand urheberrechtlicher Abmahnungen oder gerichtlicher Streitigkeiten wird, allenfalls um einen Bruchteil der tatsächlich begangenen Rechtsverletzungen handeln. Insbesondere dürfte in der Gesellschaft, die in einem Teilen und Retweeten von Lichtbildern – zu Recht⁶⁷⁵ – keine Rechtsverletzung befürchtet, kein Verständnis dafür vorliegen, dass ihre Rechte an einem Lichtbild jedoch dann verletzt werden, wenn die Weiterverbreitung in dem sozialen Netzwerk „auf Umwegen“ erfolgt. Nehmen allerdings die Lichtbildner überwiegend Rechtsverletzungen nicht als solche wahr, da sie selbst die Verbreitungs- und Übernahmehandlungen als üblich und sozialadäquat wahrnehmen, kann zu Recht die Frage aufgeworfen werden, weshalb ihnen die Schutzrechte überhaupt zugestanden werden und andere Personen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt werden sollten.

Die Google-Bildsuche und die Existenz von Rechtsanwaltskanzleien, die darauf spezialisiert sind, urheberrechtliche Abmahnungen auszusprechen, sind nur einige der Aspekte, die infrage stellen, ob heutzutage eine Interessenabwägung, wie sie bei Einführung des einfachen Lichtbildschutzes durch den Gesetzgeber getroffen wurde, in gleichen Maße vertretbar ist,

Koreng, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, *Der rechtliche Status von Reproduktionsfotografien – Fotografien zweidimensionaler Vorlagen zwischen Vervielfältigung und Lichtbildschutz*, 2018, S. 87 (103).

⁶⁷⁵ Vgl. unter Kapitel 4, B) I) 4).

obwohl das Interesse des Lichtbildners in der Regel nicht vorhanden oder jedenfalls nur als gering zu bewerten ist. Diese Bewertung setzt voraus, mögliche Veränderungen des Rechtsrahmens zu beleuchten und bei einer abschließenden Überprüfung des Ergebnisses die Beseitigung bestehender Schwierigkeiten mit der Begründung des Schutzrechtes in seinem bisherigen Umfang in Relation zu setzen.

II) Reformoptionen

Insgesamt hat sich gezeigt, dass der umfassende und weitreichende Schutz einfacher Lichtbilder im digitalen Zeitalter der Rolle der Lichtbilder in der heutigen Gesellschaft zu Schwierigkeiten führt, die ohne Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht aufzulösen sind. Im Folgenden sollen zunächst die verschiedenen Möglichkeiten dargestellt und geprüft werden, inwiefern sie geeignet sind, Abhilfe zu schaffen.

1) Überblick

Als mögliche gesetzgeberische Maßnahmen kommen insbesondere folgende Maßnahmen in Betracht:

- vollständige Abschaffung des § 72 UrhG;
- teilweise Abschaffung des § 72 UrhG für Lichtbilder, die nicht berufsmäßig und/oder wissenschaftlich hergestellt werden;
- Begrenzung des Lichtbildschutzes auf bestimmte, namentlich benannte Fälle, in denen eine besondere Rechtfertigung für die Gewährung des Schutzrechtes vorliegt;
- Einführung einer Schrankenbestimmung für den Bereich der sozialen Medien;
- Wandlung des § 72 UrhG in ein Investitionsschutzrecht
- Kombination aus Abschaffung bzw. Einschränkung des § 72 UrhG und Einführung einer Schrankenbestimmung für den Bereich der sozialen Medien.

Daneben kommt die Anhebung der Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG in Betracht, die durch die Rechtsprechung erfolgen könnte.

Die Bewertung der verschiedenen Lösungsansätze bedarf einer Beleuchtung der damit einhergehenden Unterschiede betreffend den Schutz von Lichtbildern und der jeweiligen Konsequenzen.

2) Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes

Zunächst liegt die vollständige Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG, wie z.B. von *Schack*⁶⁷⁶ und *Ohly*⁶⁷⁷ vorgeschlagen, als mögliche Veränderung des Rechtsrahmens auf der Hand. Damit einher ginge selbstverständlich die (in diesen Umfang notwendige) Abschaffung zugehöriger Vorschriften, z.B. des § 108 Abs. 1 Nr. 3 UrhG. Die vollständige Abschaffung des § 72 UrhG führte in der Regel zur Schutzlosstellung des Lichtbildners gegen Nutzungen seines Lichtbildes, soweit nicht ausnahmsweise andere Schutzmechanismen zu Verfügung stehen, aufgrund derer ihm Ausschluss- und Verbotensrechte zustehen (hierzu näher unter Kapitel 4, III) 2) j) cc) (2)).

Im Folgenden soll zunächst darauf eingegangen werden, ob der Schutzgrund des einfachen Lichtbildschutzes, die Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten bereits einer Abschaffung des Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG entgegenstünde (hierzu unter a)), bevor sodann die wesentlichen Folgen der Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes beleuchtet werden (hierzu unter b)-i)). Im Anschluss werden die Ergebnisse zusammengefasst und diese Reformoption einer Bewertung unterzogen.

a) Beseitigung des Auffangschutzes an der Untergrenze des Schutzbereichs von Lichtbildwerken gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG

aa) Bedeutung

Im Falle der Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG träte letztlich, wie vom historischen Gesetzgeber befürchtet, der Fall ein, dass nunmehr eine Abgrenzung zwischen einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk stets erforderlich würde.

676 *Schack*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (9 ff.); *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 729.

677 *Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag; Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, S. F 36 ff., F 126; *Ohly*, NJW Beilage 2014, 47 (48).

Bisher war eine solche Abgrenzung nur dann erforderlich, wenn aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung des Schutzes die Entscheidung von der Kategorisierung abhing. Dies betrifft insbesondere⁶⁷⁸ die Fälle

- der bereits abgelaufenen Schutzfrist des § 72 Abs. 3 UrhG bei noch nicht abgelaufener Schutzfrist des § 64 UrhG;
- der Notwendigkeit einer Differenzierung aufgrund eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes und dem Fehlen des Schutzes einfacher Lichtbilder nach dem anwendbaren Recht;
- der Geltendmachung des Entstellungsschutzes;
- der Geltendmachung eines Folgerechtes.

Die Funktion des einfachen Lichtbildschutzes als Auffangschutzrecht außerhalb der genannten Fälle entfiere durch die Abschaffung desselben. Während es bislang außer in den genannten Fällen genügte, festzuhalten, dass jedenfalls ein Lichtbild i. S. d. § 72 UrhG vorliege, wäre dies nach Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes nicht mehr möglich. Sowohl bei der Lizenzierung als auch bei der außergerichtlichen wie gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung von Ansprüchen müsste bewertet werden, ob es sich um ein schutzfähiges Lichtbildwerk handelt oder lediglich ein einfaches, dann nicht mehr schutzfähiges Lichtbild vorliege.

Mit diesem Schritt einher ginge außerdem der Wegfall der Auffangfunktion des einfachen Lichtbildschutzes für unerkannte Lichtbildwerke.

Durch die vollständige Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes könnten außerdem im Rechtsverkehr Unsicherheiten hinsichtlich der (fehlenden) Erforderlichkeit einer Lizenzierung auftreten. Potentielle Nutzer könnten in dem Glauben, es handle sich um ein einfaches Lichtbild, Verletzungshandlungen begehen und sich damit aus Unwissenheit den Ansprüchen Dritter ausgesetzt sehen. Lichtbildner würden andererseits versuchen, auch einfache Lichtbilder als Lichtbildwerke zu vermarkten, um Erlöse durch Lizenzierungen oder die falsche Behauptung des Bestehens eines Schutzrechtes und damit verbundene Abmahnungen zu erzielen. Außerdem gingen solche Unsicherheiten ggf. zu Lasten des Lichtbildners eines unerkannten Lichtbildwerkes. Insbesondere im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung über die unbefugte Nutzung eines Lichtbildwer-

678 Vgl. hierzu Kapitel 3, B) IV). Darüber hinaus kann die Unterscheidung bei der Bewertung relevant werden, ob das erreichte Maß einer vorgenommenen Veränderung der Annahme einer Vielfältigkeit i.S.d. § 16 UrhG entgegensteht oder ob ein hinreichender Abstand geschaffen wurde, der eine freie Benutzung i.S.v. § 24 UrhG begründet. Hierbei handelt es sich jedoch um fließende Bewertungskriterien, sodass keine zwingende Differenzierung erforderlich ist.

kes führte dies dazu, dass der Lichtbildner des verkannten Lichtbildwerkes gem. § 97 Abs. 3 und 4 UrhG sowohl die Kosten der unberechtigten Abmahnung zu tragen hätte, die er im Glauben an das Bestehen eines Lichtbildwerkes aussprechen ließ, als auch die Kosten der Rechtsverteidigung des Abgemahnten.

Insgesamt bedeutete mithin die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes die Minderung der aktuell bestehenden Rechtsicherheit, die der historische Gesetzgeber gewährleisten wollte.

bb) Angemessenheit der Aufgabe der Rechtssicherheit durch Abschaffung des generellen Auffangtatbestandes

Es stellt sich daher die Frage, inwiefern die Aufgabe dieses Maßes an Rechtssicherheit überzeugen kann. Zu diesem Zweck sind die durch eine etwaige Abschaffung des Schutzrechtes eintretenden Folgen, mit dem ursprünglichen Gesetzeszweck, der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten zur Schaffung von Rechtssicherheit in Relation zu setzen, bzw. zu untersuchen, ob die Aufgabe der Rechtssicherheit gerechtfertigt ist. Es stellt sich demnach die Frage, ob der ursprüngliche Gesetzeszweck im Zeitalter der Digitalisierung noch die Gewährung eines solchen Schutzrechtes rechtfertigen kann. In diesem Zusammenhang ist außerdem zu erörtern, ob dieser Gesetzeszweck überhaupt jemals eine Berechtigung fand. Nur wenn die Inkaufnahme von Abgrenzungsschwierigkeiten in Betracht kommt, besteht eine tragfähige Ausgangssituation für die etwaige Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes.

Bereits bei der Erörterung des Schutzgegenstands i.S.d § 72 UrhG (Kapitel 2, B)) wurde aufgezeigt, dass der einfache Lichtbildschutz zusätzliche Abgrenzungsschwierigkeiten hervorruft. Dies betrifft namentlich zum einen die Frage, welche Mindestanforderungen an einfache Lichtbilder zu stellen sind, zum anderen die Frage, ob Reproduktionsfotografien (flacher und/oder nicht flacher; zweidimensionaler/oder dreidimensionaler Vorlagen) dem Schutzbereich des § 72 UrhG unterfallen. Die Grenze des einfachen Lichtbildschutzes nach unten ist nicht abschließend geklärt, die angewendeten Kriterien von Rechtsprechung und Literatur führen nicht zu einer eindeutigen, trennscharfen Abgrenzbarkeit. Insoweit kann festgestellt werden, dass das gesetzgeberische Ziel von Beginn an nicht vollständig erreicht werden konnte.

Doch auch im Übrigen kann und konnte die Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten nicht die Einräumung des Leistungsschutzrechtes

für einfache Lichtbilder rechtfertigen, die mit der Beschränkung Dritter einhergeht, die daran gehindert sind, die entstandenen Lichtbilder erlaubnisfrei zu nutzen:

Es existieren zahlreiche Rechtsbereiche, in denen sich vergleichbare Schwierigkeiten stellen, denen nicht durch entsprechende gesetzgeberische Entscheidungen und umfassende Rechtseinräumungen abgeholfen wird: Dies ist bereits bei anderen Werkkategorien des UrhG der Fall. Auch Sprachwerke oder Musikwerke erfordern eine Beurteilung, ob die Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG erreicht wurde oder nicht. Ein Leistungsschutzrecht in Form eines Auffangtatbestandes besteht für solche Sprach- und Musikleistungen, die diese Schöpfungshöhe nicht erreichen, nicht. In weiteren Fällen ist sogar zu beurteilen, ob eine grundrechtlich geschützte Position vorliegt oder nicht. So bedarf es einer umfassenden Einzelfallprüfung mit nicht nur unerheblichen Unwägbarkeiten und Unsicherheiten, ob etwa eine Äußerung unter die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG oder eine Handlung, ein Bildnis oder ein sonstiger Gegenstand unter die Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fällt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Abgrenzung zwischen einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk überhaupt anders bewertet werden sollte als die genannten Konstellationen. Wird ein urheberrechtlich geschütztes Werk einer anderen Werkkategorie verwertet, in der fehlerhaften Annahme, die Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 sei nicht erreicht, führt dies zu den gleichen zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen, die bei der fehlerhaften Annahme der Werkeigenschaft eines Lichtbildes einträten, soweit ein einfacher Lichtbildschutz nicht existierte. Mit Blick auf Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen der Meinungsfreiheit oder Kunstfreiheit stellen sich darüber hinaus ähnliche, schwerwiegende Konflikte dar. So kann eine Äußerung, die nicht unter die Meinungs- oder Kunstfreiheit zu fassen ist, z.B. den Straftatbestand der Beleidigung gem. § 185 StGB⁶⁷⁹ verwirklichen oder ein Happening, das nicht als solches gewürdigt wird, den Straftatbestand dass § 86a StGB⁶⁸⁰ erfüllen.

Hinzu kommt, dass Abgrenzungen zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk auch heute notwendig sein können und auch dies zum Teil auf eine bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers zurückzuführen ist:

679 OLG Hamburg, Urt. v. 15.05.2018 – 7 U 34/17, ZUM 2018, 484, *Böhmermann*.

680 Vgl. hierzu die Entscheidung des AG Kassel, den Hitlergruß Jonathan Meeses im Rahmen einer Veranstaltung bewertend als nicht strafbare Kunstperformance, AG Kassel, Urt. v. 14.08.2013 – 240 Cs – 1614 Js 30173/12, NJW 2014, 801 (802 f.).

Spätestens mit der Reform des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1985 hat der historische Gesetzgeber den Gleichlauf von einfachen Lichtbildern und Lichtbildwerken endgültig aufgegeben. Die beiden Kategorien wurden unterschiedlichen Schutzfristen unterworfen, sodass bei Ablauf der Schutzfrist einfacher Lichtbilder seither eine Abgrenzung erforderlich werden kann.⁶⁸¹ Dies hat der Gesetzgeber selbst erkannt und unter dem Verweis darauf hingenommen, dass, wie soeben dargestellt – auch bei anderen Werkarten Zweifel darüber aufkommen könnten, ob die Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG erreicht sei.⁶⁸² Der Gesetzgeber hat damit zu erkennen gegeben, die Notwendigkeit einer Abgrenzung zugunsten der Anerkennung der Fotografie als Kunstform und der Gleichstellung von Lichtbildwerken mit anderen Werkkategorien in gewissem Umfang hinnehmen zu wollen. Daneben kann der Inhalt des Schutzes auch abseits der Schutzdauer abweichen, vgl. hierzu die Zusammenfassung unter Kapitel 4, II) 2) a). Insbesondere kann es bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ebenfalls erforderlich werden, eine Differenzierung vorzunehmen, da das einfache Lichtbild in anderen Rechtsordnungen nicht geschützt ist oder auch anderen Schutzfristen unterworfen ist, vgl. unter Kapitel 1, D) IV) 3).⁶⁸³ Auch diesem Umstand ist in Zeiten, in denen grenzüberschreitende Handlungen durch die zunehmende Internationalisierung und Globalisierung sowie die digitale Verfügbarkeit von Daten üblich sind, Rechnung getragen werden.

Angesichts der insgesamt bereits unter dem geltenden Recht festzustellenden Unterschiede ist die Festlegung der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten als legitimes Ziel für die mit der Gewährung des Lichtbildschutzes verbundene Einschränkung Dritter nicht (mehr) überzeugend.

Dass sich im Umkehrschluss die Abschaffung des Schutzes einfacher Lichtbilder zulasten der Urheber von Lichtbildwerken auswirken könnte, da im Einzelfall das Vorliegen einer hinreichenden Schöpfungshöhe von einem erkennenden Gericht fälschlicherweise nicht erkannt würde, ist hinzunehmen. Insoweit verbleibt es bei den allgemeinen, auch für andere Schutzrechte geltenden Grundsätzen, dass derjenige, der sich auf ein sol-

681 Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 720.

682 Gesetzesbegründung vom 22.12.1983, BTDrucks 10/837, S. 11.

683 So auch Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 720; Schack, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, *Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013*, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (10).

ches Schutzrecht beruft, die Beweislast für das Vorliegen desselben trägt. Gelingt es dem Lichtbildner nicht, das erkennende Gericht vom Vorliegen eines Lichtbildwerkes zu überzeugen, indem er Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die diese Bewertung zulassen, führt dies zu einer Entscheidung nach Beweislastgrundsätzen zulasten des Urhebers, wie dies auch bei anderen Schutzrechten der Fall wäre. Dass dies nicht unbillig ist, ergibt sich bereits daraus, dass diese bei anderen Schutzrechten anerkannt ist.

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass allein die Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten bereits in der Vergangenheit die Entscheidung zur Einführung des Auffangschutzrechtes nicht rechtfertigte, dies jedenfalls heute nicht mehr tut.

b) Reproduktionsfotografien

Im Falle einer Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes entfielen z.B. der Schutz derjenigen Reproduktionsfotografien, die nicht die Werkqualität der Lichtbildwerke gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG erreichen.

Hierdurch würden auch ausgerechnet solche Fotografien vom Schutz ausgenommen, die aufgrund ihres vielfachen hohen tatsächlichen wie technischen Aufwandes besonders schutzwürdig sind. Insbesondere entfielen damit der Schutz für Reproduktionsfotografien flacher Vorlagen, da hier die Erreichung der Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG nicht möglich ist, vgl. Kapitel 2 B) IV) 2) b). Konsequenz hieraus wäre, dass der Leistungsschutz für einen Teilbereich der Fotografie, der vielfach durch Berufsfotografen wahrgenommen wird und der einen erheblichen technischen wie auch zeitlichen Aufwand erfordert, kein Schutzrecht mehr bestünde.

Dieses Ergebnis wäre für die Praxis weitreichend: Die Lichtbildner solcher Fotografien haben ein besonderes Interesse daran, dass ihre technisch und handwerklich aufwändigen Leistungen einem Urheberrechtsschutz oder jedenfalls einem Leistungsschutzrecht unterworfen sind, ein wettbewerbsrechtlicher Schutz vor Übernahmen besteht nur im Wettbewerbsverhältnis und nur bei Hinzutreten unlauterer Umstände, die reine Vervielfältigung eines nicht geschützten Lichtbildes begründet ohne Hinzutreten unlauterer Umstände deshalb keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche.⁶⁸⁴

684 In Betracht kommt insoweit z.B. die Übernahme der Reproduktionsfotografie und Bewerbung oder Abgabe an Dritte als eigene Leistung, § 4 Nr. 3a UWG.

Der Schutz des Berufsfotografen ist damit bei Streichung des Leistungsschutzrechts aus § 72 UrhG nur in Ausnahmefällen gegeben.

Reproduktionsfotografien werden häufig von Lichtbildnern hergestellt, die der Fertigung von Reproduktionsfotografien beruflich nachgehen. Es kann sich hierbei z.B. um angestellte Fotografen eines Museums handeln oder um freiberufliche Fotografen, die die Reproduktionsfotografien im Rahmen einer Auftragsarbeit anfertigen, handeln. In beiden Fällen hängt der Wert ihrer Tätigkeit für den Arbeitgeber oder Auftraggeber oftmals davon ab, in welcher Form die Reproduktionsfotografie weiterverwertet werden kann. Genießt ein Lichtbild keinen urheberrechtlichen oder leistungsschutzrechtlichen Schutz, kann dieses – vorbehaltlich entgegenstehender Rechte Dritter – beliebig genutzt und verwertet werden. Es bestehen keine Rechte an dem Lichtbild mehr, die Dritten zur Nutzung eingeräumt werden könnten. Damit entfielen auch Sekundärnutzungen durch Museen, die deren Refinanzierung dienen.

Die einzige Möglichkeit des Lichtbildners oder desjenigen, das Lichtbild gewinnbringend zu vermarkten, bestünde darin, das Negativ, den Datenträger oder das Vervielfältigungsstück unter der Zusicherung, dass das Lichtbild bisher keinem Dritten zugänglich gemacht wurde, dem Abnehmer zu übertragen. Die Zusicherung einer solchen Alleinstellung wäre erforderlich, um so eine Alleinstellung, jedenfalls aber einen zeitlichen Vorsprung gegenüber anderen zu erhalten. Denn bereits das Entlassen des Lichtbildes aus dem Herrschaftsbereich des Lichtbildners kann z.B. durch eine einzige Veröffentlichung durch einen Abnehmer dazu führen, dass jeder Dritte auf das Lichtbild beliebig zugreifen und dieses nutzen könnte. Das Lichtbild wäre quasi erschöpft. Für einen Dritten bestünde dann kein Grund mehr, das Lichtbild bzw. den Datenträger, auf dem das Lichtbild gespeichert ist, entgeltlich zu erwerben. Dass es dem Lichtbild selbst also an einer Ausschließlichkeit mangelte, sodass nach einmaliger Veröffentlichung Dritte dieses ungehindert vervielfältigen und nutzen könnten, wirkte sich erheblich auf den Wert des Lichtbildes aus, der Markt erzielt werden könnte. Auch wird es dem Lichtbildner regelmäßig nicht mehr gelingen, einzelne Vervielfältigungsstücke an unterschiedliche Abnehmer (vergleichbar nebeneinander bestehender, nicht ausschließlicher Lizenzen) zu vertreiben. Es liegt auf der Hand, dass eine ausschließliche Lizenz an einem geschützten Rechtsgut umfassender ist als die Einräumung einer solchen vorübergehenden Alleinstellung, bei der aufgrund der technischen

Vergleichbar hierzu OLG Stuttgart, Urt. v. 31.03.1995 – 2 U 208/94, NJW-RR 1995, 935.

Möglichkeiten des digitalen Zeitalters in Sekundenschnelle nach der Erstveröffentlichung mit Sekundärnutzung zu rechnen sein kann, da das Lichtbild keinem Schutzrecht unterworfen wäre. Der Arbeitgeber oder sonstige Auftraggeber des Lichtbildners zieht zur Wertbemessung der Reproduktionsfotografie selbstverständlich den Umfang ihm zukommender Nutzungs- und Verwertungsrechte heran. Die aufgrund des Fehlens eines Leistungsschutzrechtes bestehende Möglichkeit Dritter, die Lichtbilder ungehindert nutzen und verbreiten zu können, wirkt sich damit wertmindernd auf die Leistung des Reproduktionsfotografen aus.

Der freiberuflich tätige Lichtbildner ist aufgrund der soeben dargestellten Aspekte darauf verwiesen, einen entsprechend höheren Preis für die erstmalige Verwertung seines Lichtbildes zu erzielen, um sein Einkommen zu sichern. Bei angestellten Reproduktionsfotografen kann dies langfristig zur Minderung von Gehältern sowie zur Kürzung von Stellen führen. In der Praxis wäre dann mit der Vornahme einer Mischkalkulation zu rechnen, um den angestellten Lichtbildner angemessen vergüten zu können bzw. um als freiberuflich tätiger Lichtbildner das erforderliche Einkommen abzusichern. Dies führte perspektivisch zu einer Anhebung der Lizenzgebühren für Reproduktionsfotografien, bei denen die Annahme eines Lichtbildwerkes in Betracht kommt. Auch hieraus könnte sich dann die Folge ergeben, dass weniger Rechte an solchen Reproduktionsfotografien erworben werden und stattdessen genauer erwogen wird, ob der Erwerb einer solchen Reproduktionsfotografie im konkreten Fall erforderlich ist oder ob jedenfalls die selbstständige, kostengünstigere Anfertigung einer solchen in Betracht kommt. Die Anzahl der entgeltlichen Herstellung und des Vertriebs von Reproduktionsfotografien könnte zurückgehen.

Ferner könnte befürchtet werden, dass Werke gegenüber der Allgemeinheit zurückgehalten würden, um eine Monopolstellung und Exklusivität des Abbildungsgegenstandes zu bewahren.

Ungeachtet der Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes wären weiterhin geschützt diejenigen Reproduktionsfotografien, die selbst Lichtbildwerke darstellen. Dies gilt auch nach Umsetzung des Art. 14 DSM-Richtlinie. Hieraus resultierte aber im Ergebnis auch eine Ungleichbehandlung von Reproduktionsfotografien flacher und nicht flacher Vorlagen, genauer gesagt eine Diskriminierung der Reproduktionsfotografien flacher Vorlagen. Während bei nicht flachen Vorlagen jedenfalls die Möglichkeit besteht, ein Lichtbildwerk zu schaffen, ist dies bei flachen Vorlagen per se ausgeschlossen.

c) Pressebilder

Gleichermaßen wie bei Reproduktionsfotografen führte die Abschaffung des § 72 UrhG zu einem enormen Rechtsverlust für Pressefotografen, die Tagesgeschehnisse, Kriegsgeschehnisse, Prominente u.ä. fotografieren, ohne hierbei die Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG zu erreichen. Die Schnappschüsse, die Pressefotografen z.B. von Prominenten fertigen und diese bei bestimmten Handlungen zeigen (sog. „Paparazzi-Bilder“), stellen regelmäßig bloße Knipsbilder dar, die nicht als Lichtbildwerke eingeordnet werden können. Beispielhaft sei verwiesen auf Lichtbilder, die Paparazzi in der Nacht des Todes von Prinzessin Diana beim Verlassen des Hotel Ritz in Paris von ihr bzw. von ihr und Dodi Al Fayed gefertigt haben.⁶⁸⁵

Gleichermaßen wie Reproduktionsfotografen sind die Pressefotografen zur Erzielung eines angemessenen Wertes ihrer Arbeit darauf angewiesen, die Lichtbilder gewinnbringend vermarkten zu können. Bestehen an dem Lichtbild jedoch keine Ausschließlichkeitsrechte, mindert dies den Wert der Lichtbilder und damit der Arbeit der Pressefotografen erheblich. Der jeweilige Herausgeber einer Tageszeitung wird genauer erwägen, ob er bereit ist, für die Ermöglichung einer Erstveröffentlichung des Lichtbildes, der durch das digitale Umfeld binnen weniger Sekunden eine Zweitverwertung durch ein Konkurrenzunternehmen folgen kann, hohe Beträge an den Lichtbildner zu bezahlen. Darüber hinaus wäre in der Praxis damit zu rechnen, dass Überlegungen dahingehend angestellt würden, ein solches Lichtbild nicht bereits in einer Online-Veröffentlichung einsetzen, bevor nicht bei Konkurrenten Redaktionsschluss für die Print-Auflage des Folgetages eingetreten ist. Nur auf diese Weise könnte nämlich abgesichert werden, dass nicht z.B. eine andere Zeitung das identische Lichtbild abdruckt, weil der Herausgeber der anderen Zeitung dieses aus einer Online-Veröffentlichung entnommen hatte. Mit dieser Praxis einher ginge dann die verzögerte Bildberichterstattung im Internet, die sich letztlich zulasten der Allgemeinheit auswirkte.

685 Z.B. abrufbar unter https://rp-online.de/panorama/prinzessin-diana-fotos-aus-de-r-todesnacht-1997-veroeffentlicht_bid-8729503, zuletzt abgerufen am 14.02.2020).

d) Einzelbilder aus Laufbildern und Filmwerken

Die Abschaffung des Leistungsschutzrechts aus § 72 UrhG führte außerdem zum Entfallen des Schutzes für Einzelbilder aus Filmwerken (soweit nicht das Einzelbild selbst Werkqualität aufweist) und Laufbildern.

e) Einfache Produktbilder

Ferner entfiel der Schutz einfacher Produktbilder, welche keine Werkqualität aufweisen.

Die Abschaffung des Leistungsschutzrechts für einfache Lichtbilder führt zu einem vollständigen Entfallen des Schutzes für solche Produktbilder, welche nicht die Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG erreichen, unabhängig davon, von wem diese für welchen Zweck geschaffen wurden. Damit könnte der Lichtbildner bei nicht erlaubter Nutzung des Lichtbildes, z.B. in einem Angebot bei eBay, weder Untersagungs- noch Auskunft- oder Schadensersatzansprüche geltend machen. Das unter Kapitel 3, C) I) 4) geschilderte Kostenrisiko für die Nutzer einfacher Produktbilder entfiel. Auch eine strafrechtliche Ahndung, vgl. Kapitel 3 C) II) wäre mangels Rechtsverstößes nicht mehr möglich.

Angesichts des fehlenden Auffangschutzes ist angesichts des möglichen Kostenrisikos im Falle einer Versagung des Schutzes als Lichtbildwerk damit zu rechnen, dass auch die korrespondierende Geltendmachung von Ansprüchen, die vielfach nicht in dem Interesse an dem Lichtbild sondern dem Interesse an der Gebührenerzielung liegt, zurückginge.

g) Social Media

Mit der Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes ginge die Anzahl begangener Schutzrechtsverletzungen in den sozialen Medien erheblich zurück. Lichtbilder, die auf Plattformen sozialer Netzwerke hochgeladen, in diesen Netzwerken geteilt und von dort heruntergeladen werden, erfüllen vielfach nicht die Anforderungen des § 2 Abs. 2 UrhG.

Die bislang unter dem UrhG relevanten Nutzungen dieser Lichtbilder durch Dritte stellten beim Entfallen des § 72 UrhG keine Rechtsverletzung mehr dar, da es an der Gewährung eines Leistungsschutzrechtes und damit an einem Schutzgut, auf das sich der Lichtbildner stützen könnte, fehlte.

Auch hier entfele die Möglichkeit der zivil- oder strafrechtlichen Verfolgung der unerlaubten Nutzung des Lichtbildes.

Darüber hinaus wäre davon auszugehen, dass sich der fehlende Auffangschutz auf die Anzahl der Geltendmachung von Ansprüchen auswirkte, die vorwiegend der Gebührenerzielung dienen.

Gleichwohl würden nicht sämtliche Rechtsverletzungen im Bereich der sozialen Medien beseitigt.⁶⁸⁶ Angesichts der niedrigen Anforderungen an die Schöpfungshöhe eines Lichtbildwerkes wird in zahlreichen Fällen auch die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes Rechtsverletzungen in den sozialen Medien nicht verhindern können. Dies betrifft insbesondere Lichtbilder, die auf der Plattform *Instagram* gepostet werden. Dort hochgeladene Lichtbilder, z.B., aber nicht nur von sog. Influencern, erfüllen nicht selten die Anforderungen, die an ein Lichtbildwerk zu stellen sind.

- h) Nachträglich erfolgreiche einfache Lichtbilder – #thedress, Prince, Zusammenstellungen einfacher Lichtbilder

Im Falle einer Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG wären darüber hinaus einfache Lichtbilder, die nachträglich besondere Aufmerksamkeit erfahren, nicht mehr schutzfähig.

Unter Kapitel 2, B) II) 3) b) wurde bereits erörtert, dass eine nachträgliche Aufmerksamkeit, die einem einfachen Lichtbild widerfährt, wie im Falle von #thedress, Fällen vergleichbar zu den Werken der Ausstellung „Neue Portraits“ von Richard Prince, oder im Falle der Zusammenstellung neuer Werke auf Basis einfacher Lichtbilder Dritter, keine Bewertung des Lichtbildes als Lichtbildwerk zulässt. Damit führte die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes zu einem Entfallen des Schutzes für solche einfache Lichtbilder, die letztlich medial erfolgreich sind und ggf. als Grundlage für ein neues Wirtschaftsgut dienen. Der Lichtbildner würde dann an dem Erfolg seines Lichtbildes nicht mehr beteiligt werden, da ihm die Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche (z.B. in Form einer Lizenzanalogie) sowie die Erteilung von Lizenzen nicht möglich wäre.

686 Hierzu näher sogleich unter j) cc).

i) Lichtbilder aus Wissenschaft⁶⁸⁷ und Technik

Auch Lichtbilder aus Wissenschaft und Technik, deren Herstellung üblicherweise mit einem hohen Aufwand verbunden ist⁶⁸⁸, wären aufgrund des üblicherweise fehlenden schöpferischen Charakters nicht mehr unter dem UrhG geschützt. Gleiches gilt für Röntgenbilder, CTs u.ä.⁶⁸⁹, deren wirtschaftlicher Wert sich jedoch in der Regel auf wissenschaftliche Zwecke beschränkt.

Dies führte dazu, dass sich Dritte dieser aufwändigen Lichtbilder bedienen könnten, ohne entsprechende Lizenzen zu erwerben. Ein möglicherweise erheblicher Aufwand, den der Lichtbildner aufwenden musste, um das Lichtbild herzustellen, z.B. weil die mehrfache Unterbrechung eines Forschungsvorganges zu Dokumentationszwecken zur Herstellung der Lichtbilder erforderlich war, ggf. verbunden mit dem Erfordernis, den Versuch jedes Mal von Beginn an neu auszuführen, würde durch kein Schutzrecht kompensiert. Gleiches gilt für Lichtbilder aus dem Bereich der Technik, hier kann es sich z.B. um die Darstellung technischer Details, vorzunehmender Schritte bei der Bedienung einer Maschine, handeln. In diesem Zusammenhang kann es erforderlich sein, technische Handlungen verlangsamt vorzunehmen, um die erforderliche Dokumentation zu erstellen. Insbesondere bei erstmaligen Testserien kann durch notwendige Wiederholungen und Korrekturen die zeitintensive Anfertigung immer neuer Lichtbilder ein erheblicher Aufwand entstehen.

687 Soweit hier in dieser Arbeit Lichtbilder aus Wissenschaft Gegenstand der Darstellung sind, sind in Abweichung zur grundrechtlichen Differenzierung zwischen Wissenschaft und Forschung, vgl. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, Lichtbilder aus Wissenschaft und Forschung erfasst.

688 Vogel, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 2.

689 Üblicherweise dürfte ein Arzt außerhalb der Forschung kein schutzwürdiges Interesse am Schutz der Röntgenbilder seiner Patienten haben. Ein solches ist jedenfalls nicht ersichtlich.

j) Zusammenfassung und Bewertung

Die Abschaffung des einheitlichen Lichtbildschutzes, wie z.B. von *Schack*⁶⁹⁰ und *Ohly*⁶⁹¹ befürwortet, sowie von anderen Autoren⁶⁹² jedenfalls angeregt, brächte sowohl Vor- als auch Nachteile. Neben den entstandenen Vor- und Nachteilen führte eine Abschaffung des Leistungsschutzrechts nicht zu einer umfassenden Lösung der aufgeworfenen Fragen:

aa) Vorteile der Abschaffung des § 72 UrhG

Ein erheblicher Vorteil entstünde insbesondere für die Nutzer sozialer Netzwerke sowie sonstiger Plattformen, auf denen einfache Lichtbilder typischerweise verwendet werden, z.B. bei Verkaufsportalen wie eBay⁶⁹³:

Rechtsverletzende Handlungen in sozialen Medien, die ohnehin bereits tagtäglich stattfinden, wären bei einer Streichung des Leistungsschutzrechts für einfache Lichtbilder gem. § 72 UrhG zulässig, die von Nutzern ohnehin als rechtlich zulässig bewerteten Handlungen des Teilens auf Umwegen würden legalisiert. Einfache Knipsbilder, die zum Zwecke der Kommunikation oder zur sonstigen Mitteilung eingesetzt werden, sei es zur Mitteilung des aktuellen Aufenthaltsortes, der aktuellen Aktivität oder der Mitteilung, mit welcher Gruppe von Menschen gerade die Zeit verbracht wird würden freigestellt. Fälle, in denen Nutzer aus reiner Unwis-

690 *Schack*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (9 ff.); *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 9. Auflage, 2019, Rn. 720.

691 *Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag; Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, S. F 36 ff., F 126; *Ohly*, NJW Beilage 2014, 47 (48).

692 *Lerach*, in: Taeger, IT und Internet – mit Recht gestalten, *Lichtbildschutz im Internet*, 2012, S. 175 (190); *Lerach*, jurisPR-WettbR 2016; *Koreng*, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, *Der rechtliche Status von Reproduktionsfotografien – Fotografien zweidimensionaler Vorlagen zwischen Vervielfältigung und Lichtbildschutz*, 2018, S. 87 (103); *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 UrhG, Rn. 3a; *Ziegler, Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 249 ff.

693 *Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag; Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, S. F 36; *Schack*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (11).

senheit bestehende Leistungsschutzrechte verletzen, entfielen, Nutzer würden folglich nur noch dann mit Abmahnkosten und nicht unerheblichen Prozesskostenrisiken belastet, wenn es sich um Lichtbildwerke handelte, denen jedoch aufgrund der erreichten Schöpfungshöhe ein anderer, insbesondere immaterieller Wert beizumessen ist. Gleiches gilt für die Übernahme einfacher Produktbilder. Letztlich würde eine weitergehende Kongruenz geschaffen zwischen den Handlungen, die Nutzer alltäglich selbstverständlich vornehmen, einerseits und der rechtlichen Zulässigkeit derselben andererseits. Damit würde der Entwicklung Rechnung getragen, dass zunehmend Lichtbilder als Medium der Kommunikation und Verbreitung verbildlichter Informationen eingesetzt werden – eine Entwicklung, deren Bedeutung der Gesetzgeber in einem ersten Schritt durch Änderung des § 51 S. 3 UrhG bereits berücksichtigt hat. Die gegenüberstehenden Interessen der Lichtbildner, die in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle überhaupt nicht wahrgenommen und wertgeschätzt werden⁶⁹⁴ oder sich in einem unseriösen Geschäftsinteresse erschöpfen, sowie das Interesse der Judikative an dem Bestehen eines Auffangschutzrechtes sind diesem Interesse der Allgemeinheit unterzuordnen.

Auch der aus der Abschaffung des § 72 UrhG resultierende Entzug der Schutzrechte für einfache Produktfotos, die insbesondere auf Internetplattformen wie eBay und Co. genutzt werden, ohne dass die jeweiligen Lichtbildner ein tatsächlich schützenswertes Interesse an deren Schutz hätten, verdient Zustimmung. Bei der Übernahme einfacher Produktbilder ist nicht ersichtlich, weshalb der Lichtbildner eines einfachen Produktbildes zwingend eines Leistungsschutzrechtes bedürfte, Interessen des Lichtbildners, die gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an einer schnellen Verfügbarkeit und Nutzbarkeit entsprechender Lichtbilder überwiegen, sind nicht ersichtlich.

Gleiches gilt für Einzelbilder aus Laufbildern oder Filmwerken von Laien, die nicht die Qualität eines Lichtbildwerkes erreichen. Auch hier ist kein schutzwürdiges Interesse erkennbar. Soweit ein Filmwerk die Schöpfungshöhe des § 2 Abs. 2 UrhG erreicht, genügt dies nach allgemeinen Grundsätzen zum Teileschutz bei Werken⁶⁹⁵ nicht, um auch den Schutz des Werkteiles zu begründen, der selbst nicht die Anforderungen des § 2

694 Insoweit führt *Apel* zutreffend aus, dass der weit überwiegende Teil einfacher Lichtbilder nie zu urheberrechtlichen Auseinandersetzungen führen wird, vgl. *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts* (§ 72 UrhG), 2017, S. 205 (217).

695 Vgl. unter Kapitel 2, C) II).

Abs. 2 UrhG erfüllt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb anderes für Einzelbilder aus Filmwerken gelten sollte.

Soweit außerdem einfachen Reproduktionsfotografien der Schutz entzogen würde führte dies zur Vermeidung sich anbahnender Wertungswidersprüche: Die Anfertigung von Reproduktionsfotografien bedarf stets eines gewissen tatsächlichen und technischen Aufwandes. Der Fotograf muss sich mit den Rahmenbedingungen der Aufnahme bewusst auseinandersetzen, um ein bestmögliches Resultat zu erzielen. Durch Art. 14 DSM-Richtlinie soll nun solchen Reproduktionsfotografien der Schutz entzogen werden, die gemeinfreie Werke der bildenden Künste abbilden, soweit diese Reproduktionsfotografien selbst nicht die Qualität eines Lichtbildwerkes aufweisen. Durch die Umsetzung des Art. 14 DSM-Richtlinie wird der dadurch entstehende Wertungswiderspruch zwischen dem dann nicht mehr existenten Schutz einfacher Reproduktionsfotografien gemeinfreier Vorlagen, der teilweise bereits versucht wurde, im Wege einer teleologischen Reduktion des § 72 UrhG zu erzielen, und dem Schutz einfacher Reproduktionsfotografien sonstiger Vorlagen gesetzlich verankert, soweit es bei einer Aufrechterhaltung des einfachen Lichtbildschutzes bliebe. Der entstehende Wertungswiderspruch tritt noch stärker zu Tage bei dem Vergleich eines schutzfähigen sonstigen Knipsbildes mit der dann fehlenden Schutzfähigkeit der aufwändigen Reproduktionsfotografie einer gemeinfreien Vorlage. Auch dieser Wertungswiderspruch würde durch die Abschaffung des § 2 UrhG aufgelöst. Dass sich dieser Wertungswiderspruch bei Beibehaltung des Schutzrechts aus § 72 UrhG nicht durch die Gemeinfreiheit der Vorlage begründen lässt, da insoweit zwischen dem Lichtbild und der abgebildeten Vorlage zu differenzieren ist, wurde bereits unter Kapitel 2, B) IV) 3) e) erörtert. Wird zu Zwecken des erleichterten Zuganges zu Kulturgut den aufwändigen Reproduktionsfotografien der Schutz abgesprochen, ist nicht mehr nachvollziehbar, weshalb einem einfachen Lichtbild, das zu Kommunikationszwecken oder zur Vereinfachung des Angebotes von Waren im Internet eingesetzt wird, ein solcher Schutz zukommen soll. Auch die bevorstehende Umsetzung des Art. 14 der DSM-Richtlinie spricht deshalb zur Vermeidung bevorstehender Wertungswidersprüche für die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes.

bb) Nachteile der Abschaffung des § 72 UrhG

Die vollständige Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes führte insbesondere zur Beseitigung des bestehenden Maßes an Rechtssicherheit im

Grenzbereich zwischen einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk. Die Abschaffung wirkte sich in vielfältiger Weise auf den Umgang mit Lichtbildern aus, beginnend bei Schwierigkeiten einer etwaigen Lizenzierung bis hin zur gerichtlichen Auseinandersetzung und den damit verbundenen Kosten der Rechtsverfolgung. Auf allen Ebenen müsste differenziert werden zwischen schutzfähigem Lichtbildwerk und einfachem Lichtbild. Mangels einer klaren Trennbarkeit der Kategorien führte dies zu Unsicherheiten. Fehlerhafte Entscheidungen könnten nicht ausgeschlossen werden und gingen dann ggf. zulasten des Urhebers eines Lichtbildwerkes.

Letztlich folgten aus der Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes auch Veränderungen von Bedeutung. Namentlich betroffen hiervon ist vor allem die Abschaffung des Leistungsschutzrechts für einfache Lichtbilder von Berufsfotografen, die ein hohes Interesse daran haben, ihre Lichtbilder gewinnbringend vermarkten zu können. Sowohl Reproduktionsfotografen als auch Pressefotografen hätten durch die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes erhebliche Folgen für den Wert ihrer Arbeit hinzunehmen. Das Entfallen des Schutzes für diese Lichtbilder könnte außerdem dazu führen, dass zulasten der Allgemeinheit weniger Lichtbilder angefertigt, die Verbreitung der Lichtbilder verzögert, Kulturgüter zurückgehalten und allgemein die Herstellung von Lichtbildwerken sowie die Lizenzierung derselben teurer würde. Ob diese gravierenden Belastungen des Rechtsverkehrs sowie existentiellen Veränderungen für Berufslichtbildner und daraus resultierende Konsequenzen für den relevanten Markt gegenüber den genannten Vorteilen geringer zu gewichten wären, ist fraglich. Auch Wissenschaftlicher sowie Techniker, die erheblich in die Dokumentation ihrer Arbeit oder technischer Details investieren, wären nachteilig von der Abschaffung des Lichtbildschutzes betroffen.

Bereits aus dem Umstand, dass hier nicht nur unerhebliche Nachteile der Abschaffung festgestellt werden können, ist der Bewertung *Overbecks*⁶⁹⁶ entgegenzutreten, die das Leistungsschutzrecht aus § 72 UrhG als verfassungswidrig bewertet und annimmt, dass der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG potentieller Nutzer nicht verfassungsgemäß sei, da das Ausmaß in keinem Verhältnis zu dem geschützten Rechtsgut aus Art. 14 Abs. 1 GG stehe. Wie sich gezeigt hat, bestehen durchaus erhebliche Interessen an dem Schutz einfacher Lichtbilder, die zudem grundrechtlich geschützten Rechtspositionen unterliegen

696 *Overbeck, Der Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG im Lichte der Digitalfotografie*, 2018, S. 127 ff., 161 f.

(Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG). Eine Abwägung mit diesen Belangen ist in der Bewertung *Overbecks* nicht vorgenommen worden.

Ferner entfielen auch der Schutz solcher einfacher Lichtbilder, die der Konstellation des nachträglichen Erfolges unterfallen. Eine Partizipation an dem Erfolg bzw. eine Verteidigung gegen unerlaubte Nutzungen solcher zufällig erfolgreicher Lichtbilder stünden dem jeweiligen Lichtbildner nicht mehr zu. Diesbezüglich ergibt sich folgende Bewertung:

Die Leistung des einfachen Lichtbildners in diesen Fällen liegt in der Betätigung des Aufnahmegerätes und geht damit nicht über die Leistung des Lichtbildners eines sonstigen Knipsbildes hinaus. Damit aber kann beim Vergleich zu anderen Tätigkeiten, die zu einer Leistung führen, die ebenfalls keinem Schutzrecht unterworfen sind, kein Mehrwert festgestellt werden, der bei Abschaffung des § 72 UrhG den privilegierten Schutz solcher Lichtbilder rechtfertigte. So werden etwa Werbeslogans, die aufgrund der erforderlichen Werbewirkung wohlüberlegt gewählt werden, vielfach die Schöpfungshöhe im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG nicht erreichen, da die Kürze der Werbeslogans der Annahme der Entfaltung einer besonderen Individualität entgegensteht.⁶⁹⁷ Ebenfalls sind nicht sämtliche Tonfolgen als Musikwerke schutzfähig. So kann eine aufsteigende Terz nicht als schutzfähiges Werk bewertet werden, vielmehr handelt es sich um musikalisches Allgemeingut, das die erforderliche Individualität nicht aufweist.⁶⁹⁸ Dies gilt auch, wenn es sich um sogenannte Werbejingles handelt.⁶⁹⁹ Nichts anderes ergibt sich aus dem nachträglich feststellbaren Erfolg derartiger Leistungen. Während bei der Auswahl und der Kreation von Werbeslogans sowie bei der Komposition von Werbejingles immerhin vielfach intensive Überlegungen angestellt werden in der Hoffnung, etwas zu kreieren, das wirtschaftlichen Erfolg erzielt, wird bei einem einfachen Lichtbild oftmals lediglich spontan und ohne weitere Überlegungen der Auslöser gedrückt. Gleichwohl sind Werbeslogans und -jingles sowie kurze Tonfolgen eines Musikwerkes, die selbst nicht die Anforderungen des § 2 Abs. 2 UrhG erfüllen, keinem Schutzrecht unterworfen. Streitet jedoch für die Hersteller dieser Leistungen kein Schutzrecht des UrhG, ist nicht ersichtlich, weshalb der Lichtbildner eines einfachen Lichtbildes zwingend an dem wirtschaftlichen Erfolg seines einfachen Lichtbildes beteiligt werden müsste. Weder liegt in einfachen Lichtbildern ein besonderer Aus-

697 OLG Frankfurt, Beschluss v. 04.08.1986 – 6 W 134/86, GRUR 1987, 44; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 2 UrhG, Rn. 140 m.w.N.

698 BGH, Urt. v. 03.02.1988 – I ZR 143/86, GRUR 1988, 810, *Fantasy*.

699 OLG München, Urt. v. 18.08.2011 – 6 U 4362/10, ZUM 2011, 928 (929).

druck der Persönlichkeit des Lichtbildners, noch erfordert die Herstellung solcher Lichtbilder zwingend ein besonderes Maß an tatsächlichem oder technischen Aufwand und/oder handwerklichen Können. Eine Leistung, die über die Anfertigung alltäglicher Knipsbilder hinausgeht, liegt nicht vor, der nachträgliche Erfolg beruht hier vielmehr auf einem Zufall, der nicht dem Lichtbildner zugerechnet werden kann. Auch ein Vergleich zum Markenrecht zeigt, dass ein Schutz aufgrund eines Bekanntheitsgrades bei gleichzeitiger Nicht-Erfüllung sonstiger Voraussetzungen nur in Ausnahmefällen gewährt werden kann: § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestimmt absolute Schutzhindernisse für solche Marken, denen jegliche Unterscheidungskraft fehlt (Nr. 1), die lediglich beschreibenden Charakter haben, sodass ein Freihaltebedürfnis besteht⁷⁰⁰ (Nr. 2), sowie Marken, bei denen es sich um Gattungsbezeichnungen handelt (Nr. 3). Marken, die unter die genannten Voraussetzungen fallen, werden grundsätzlich nicht als schutzfähig und damit auch nicht als schutzwürdig erachtet. Wurde demgegenüber eine solche Marke im Rechtsverkehr benutzt und hat sie sich in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt, bestimmt § 8 Abs. 3 MarkenG eine Ausnahme. Liegt eine solche Verkehrsdurchsetzung vor, wird die Eintragungsfähigkeit hiernach ausnahmsweise begründet. Die erlangte Verkehrsdurchsetzung im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG ist jedoch in der Regel der Aktivität des Markeninhabers am Markt und damit dessen intensiven und umfassenden Leistungen zuzuschreiben. Beim einfachen Lichtbildschutz sind vielmehr solche Fälle betroffen, in denen eine einfache Leistung, die keiner besonderen Begabung, keines Aufwandes, ja nicht einmal der expliziten Aufmerksamkeit oder Beachtung des Lichtbildners bedarf, nachträglich durch einen Zufall bzw. durch die Handlung eines Dritten Bedeutung erlangt. Die Regelung des § 8 Abs. 3 MarkenG findet damit ihre Berechtigung in der Leistung des Markeninhabers selbst. Dies trifft auf die hier beschriebenen Fälle des einfachen Lichtbildschutzes nicht zu.

Kein anderes Ergebnis ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber bereits in der Vergangenheit eine Sonderstellung solcher Lichtbilder, die als »Dokumente der Zeitgeschichte« zu bewerten waren, gesetzlich normiert hatte und damit den nachträglich gewonnenen Wert bestimmter Lichtbilder honorierte. Denn diesen Ausnahmeschutz für Dokumente der Zeitgeschichte hat der Gesetzgeber nur wenige Jahre später wieder abgeschafft, da die Handhabung in der Praxis Schwierigkeiten begründete, insbesondere die nachträgliche Schutzeinräumung nicht für praktikabel gehalten wurde,

700 Vgl. BTDrucks. 12/6581 S. 70.

vgl. unter Kapitel 1, D) IV) 1). Diese Bewertung trifft auch auf die hier in Rede stehenden Lichtbilder zu. Anhand welcher Kriterien sollte entschieden, werden, ob nachträglich ein hinreichender Erfolg erzielt wurde?

Die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes führte mithin zu einer Abschaffung des Schutzes nachträglich erfolgreicher einfacher Lichtbilder. Dieses Ergebnis wäre jedoch zu verkraften, insoweit streitet kein zwingend anzuerkennendes Interesse des jeweiligen Lichtbildners für die Beibehaltung des Schutzes.

cc) Offene Fragen

Ferner ist bei der Bewertung, ob der einfache Lichtbildschutz abgeschafft werden sollte, zu beachten, dass auch bei Abschaffung eines einfachen Lichtbildschutzes nicht sämtliche genannten Risiken ausgeräumt würden, vielmehr einige Aspekte ungeklärt blieben. Insoweit ist *Lauber-Rönsberg*⁷⁰¹ dahingehend zuzustimmen, dass die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes keine umfassende Lösung bietet. Insbesondere verblieben folgende Schwierigkeiten:

- Niedrige Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG
- Fortbestehen von Rechten Dritter
- Notwendigkeit von Übergangsregelungen

(1) Niedrige Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG

Aufgrund der niedrigen Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG können auch zahlreiche Produktfotografien oder z.B. Landschaftsfotografien, die in den sozialen Netzwerken eingestellt werden, bereits die für ein Lichtbildwerk erforderliche Schöpfungshöhe erreichen. Eine Lösung hierfür führt die Abschaffung des Leistungsschutzrechtes aus § 72 UrhG nicht herbei.

Konsequenz hieraus wäre, dass der Laie, der sich des Lichtbildes bedient, danach differenzieren müsste, ob die notwendige Schöpfungshöhe erreicht wurde oder nicht. Vielfach wird ihm dies jedoch gar nicht möglich sein. Dies zum einen deshalb, weil eine Abgrenzung allgemein mit Schwierigkeiten verbunden ist, zum anderen aber auch, da ihm – anders als z.B. einem Gericht im laufenden Prozess, in dem üblicherweise entspre-

701 *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 UrhG, Rn. 3a.

chender Tatsachenvortrag durch den Lichtbildner erfolgt – die Einzelheiten der Lichtbildherstellung gar nicht bekannt sind. Damit kann er aber auch nicht beurteilen, welche Überlegungen der Lichtbildner ggf. angestellt hat, die zu einer etwaigen Bewertung des Lichtbildes als Lichtbildwerk führen könnten. Hinzu kommen die ohnehin bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den beiden Kategorien, die eine rechtssichere Abgrenzung ohnehin nur in wenigen Fällen zulassen.

Doch auch wenn insoweit keine vollumfassende Rechtssicherheit für den Nutzer des fremden Lichtbildes durch die Abschaffung des § 72 UrhG erreicht würde, minimierte die Abschaffung des Schutzrechts das Risiko, der Geltendmachung von Schutzrechten ausgesetzt zu werden, erheblich.⁷⁰² Dies zum einen dadurch, dass für einfache Lichtbilder ein Schutzrecht nicht mehr bestünde und sich der Lichtbildner nicht mehr auf ein ihm zustehendes Leistungsschutzrecht berufen könnte. Zum anderen dadurch, dass insbesondere Privatpersonen, die sich nicht mehr auf ein jedenfalls bestehendes Leistungsschutzrecht berufen könnten, von einer kostenauslösenden Rechtsverfolgung aufgrund des bestehenden Kostenrisikos vermehrt absehen würden. Insoweit wäre damit zu rechnen, dass Privatpersonen, die ein Interesse daran haben, dass ihre Lichtbilder nicht durch Dritte genutzt werden und die der Auffassung sind, ein Lichtbildwerk geschaffen zu haben, zunächst eigenständig Kontakt zum jeweiligen Nutzer aufnehmen und diesen zur Unterlassung auffordern, ohne unmittelbar einen Rechtsanwalt einzuschalten, dessen Gebühren – im Rahmen einer etwaigen Deckelung nach § 97a Abs. 3 UrhG – bei Bestehen eines Leistungsschutzrechtes zu erstatten wären. Hiermit einher ginge zwar das Risiko, dass Inhaber eines Urheberrechts gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG zur Vermeidung etwaiger Risiken auf die Durchsetzung ihrer Rechte gänzlich verzichteten, dieses Risiko dürfte jedoch angesichts der Vorteile, insbesondere der Ermöglichung einer dem digitalen Zeitalter angemessenen Würdigung der Kommunikation zu vernachlässigen sein.

Die niedrige Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG steht damit nicht der Effektivität einer Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes entgegen, da gleichwohl damit zu rechnen ist, dass jedenfalls diejenigen Rechtsverfolgungen zurückgingen, denen faktisch außer der Gebührenerzielung

702 Im Ergebnis ebenso *Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?*, S. F 37 f.; *Schack*, in: *Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (19).

kein Interesse an dem Schutz des Lichtbildes zugrunde liegt, und auch im Übrigen genauer abgewogen würde, ob ein bestehendes Schutzrecht geltend gemacht werde, mit dem Risiko der Ablehnung der Werkqualität und einer hieraus resultierenden Kostentragung.

(2) Fortbestehen von Rechten bzw. Rechtspositionen Dritter

Ferner führte die Abschaffung des Leistungsschutzrechts für einfache Lichtbilder dort nicht zu einer abschließenden Lösung, wo Rechte Dritter betroffen sind, die die Untersagung der nicht erlaubten Nutzung des Lichtbildes ermöglichen und bei Verletzung seiner Rechte insbesondere ihm zustehende Unterlassungs-, Schadensersatz- und Auskunftsansprüche geltend machen. In Betracht kommen insoweit

- Urheberrechte oder Leistungsschutzrechte an den Abbildungsgegenständen⁷⁰³;
- das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.Vm. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. das Recht am eigenen Bild nach §§ 22 ff. KUG⁷⁰⁴;
- das Eigentumsrecht an dem Abbildungsgegenstand und/oder dem Grundstück, auf dem sich der Abbildungsgegenstand befindet und/oder Hausrecht⁷⁰⁵

703 Vgl. hierzu z.B. *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 201.

704 Zum Recht am eigenen Bild im Einzelnen die Kommentierung bei *Specht* in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § §§ 22–24 KUG.

705 Es ist stark umstritten, ob das Eigentum an einer Sache der Anfertigung oder der Verwertung einer Fotografie entgegengehalten werden kann, vgl. z.B. BGH, Urt. v. 13.10.1965 – I ZR 111/63, GRUR 1966, 503 (505), *Apfel-Madonna*; Urt. v. 20.09.1974 – I ZR 99/73, GRUR 1975, 500 (501 f.), *Schloß Tegel*; Urt. v. 09.03.1989 – I ZR 54/87, GRUR 1990, 390, *Friesenhaus*; Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 45/10, GRUR 2011, 323 (324 ff.), *Preußische Gärten und Parkanlagen*; Urt. v. 01.03.2013 – V ZR 14/12, GRUR 2013, 623 (624 f.), *Preußische Gärten und Parkanlagen II*; Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (287), *Museumsfotos*; OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (909 f.), *Reiss-Engelhorn*; OLG München, Urt. v. 13.06.2013 – 6 U 4422/12, ZUM 2014, 150 (152); *Grüning*, Die Eigentumsfreiheitsklage gegen Fotografieren und die gewerbliche Verwertung dieser Fotografien, 1980; *Bittner*, Das Fotografieren fremder Sachen – zivilrechtliche Ansprüche des Eigentümers?, 1986, S. 22 ff. (Nutzung des Eigentums als Motiv als Einwirkung tatsächlicher Art und Gebrauchmachen), 30 ff. (zur Ablehnung des Erfordernisses der körperlichen Fühlungnahme); *Dreier*, in: Ganea, Urheberrecht, Sachfotografie, Urheberrecht und Eigentum, 2001, S. 235; *Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen,

- ein aufgrund vertraglicher Bestimmungen bzw. AGB bestehendes Fotografierverbot sowie
- das Wettbewerbsrecht.

Diese Aspekte als Konturierung des einfachen Lichtbildschutzes im Gesamtgefüge des Rechts bleiben jedoch einer weiteren Arbeit vorbehalten. Gegenstand dieser Arbeit ist das Immaterialgüterrecht des § 72 UrhG und dessen Rechtfertigung. Die Frage nach der Rechtfertigung eines bestehenden Schutzrechtes ist von der Frage, ob die Abschaffung desselben durch andere Rechte konterkariert würde, die zudem vielfach Dritten und nicht dem Lichtbildner zustehen werden⁷⁰⁶, unabhängig. Aus der Existenz anderer Ausschließlichkeitsrechte wie z.B. Urheberrechten am Schutzgegenstand oder dem Recht am eigenen Bild der abgebildeten Person kann nicht im Umkehrschluss der etwaigen Abschaffung eines nicht mehr gerechtfertigten Leistungsschutzrechtes der Weg versperrt werden.

(3) Notwendigkeit von Übergangsregelungen

Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG lässt die inhaltliche Umformung durch das einfache Recht nur zu, soweit die bisherigen Zuordnungsverhältnisse aufrechterhalten bleiben.⁷⁰⁷ Die ersatzlose Streichung des Leistungsrechts für be-

1. Aufl., 2008, S. 99 ff.; *Bullinger/Schmalfuß/Bretzel*, Urheberrechte in Museen und Archiven, 1. Auflage, 2010, S. 82, 84; *Lehment*, GRUR 2011, 327; *Stieper*, ZUM 2011, 331; *Schack* JZ 2011, 375; *Dreier*, in: Schierholz/Melichar, Kunst, Recht und Geld, Lässt sich das Spiel in der Nachspielzeit noch drehen?, 2012, S. 15; *Elmenhorst*, GRUR-Prax 2013, 94; *Kianfar*, Sachfotografie und Hausrecht, 1. Aufl., 2015, S. 66, 117 ff.; *Althammer*, in: Staudinger, §§ 903–924 BGB, Neubearb. 2016, 2016, § 903, Rn. 11 m.w.N.; *Lutzi*, GRUR 2017, 878; *Weller*, ZUM 2018, 484; *Schulze*, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, Museale Reproduktionsfotografie und Bildrecht an der eigenen Sache, 2018, S. 104 (110 ff.); *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 202 ff.. Würde ein Recht am Bild der eigenen Sache anerkannt, hätte dies Konsequenzen hinsichtlich der Umsetzung von Art. 14 DSM-Richtlinie. Das Eigentumsrecht wird von dieser Vorschrift nicht erfasst, sodass Rechte des Eigentümers eines gemeinfreien Werkes weiterhin der Nutzung der diese abbildenden Lichtbilder entgegengehalten werden könnten. Vgl. hierzu *Schulze*, GRUR 2019, 779 (783).

706 So kann z.B. das Recht am eigenen Bild dem Lichtbildner nur zustehen, wenn es sich um ein Selfie handelt oder ein Selbstauslösemechanismus verwendet wurde.

707 BVerfG, Beschluss v. 08.07.1971 – 1 BvR 766/66, NJW 1972, 145 (146, 148).

reits bestehende Leistungsschutzrechte wäre mithin verfassungswidrig,⁷⁰⁸ der Schutz für einfache Lichtbilder, die vor Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes entstanden sind, deshalb aufrechtzuerhalten.⁷⁰⁹

Im Ergebnis stünden jedoch auch solche Übergangsregelungen der Zweckmäßigkeit einer Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes nicht entgegen. Gerade der Einsatz von Lichtbildern zum Zwecke der Kommunikation sowie der sonstige Einsatz von Lichtbildern in sozialen Medien ist geprägt von schneller und lebendiger Interaktion und einem hohen Maß an Aktualität. Vor diesem Hintergrund sind es überwiegend aktuelle Lichtbilder, die Gegenstand alltäglicher Nutzungen sind, die durch eine Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes legalisiert werden könnten. Darüber hinaus würde auch absolut die Zahl von Rechtsverletzungen reduziert. Der fortwährende Schutz für bestehende einfache Lichtbilder wäre als geringes Übel hinnehmbar.

k) Zwischenergebnis

Die vollständige Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes weist relevante Vorteile auf, erhebliche Nachteile können jedoch nicht gelehnet werden. Die Konsequenzen für Berufslichtbildner sind existenzbedrohend und sind geeignet, erhebliche negative Auswirkungen für den Informationsumfang und den -fluss sowie den Rechtsverkehr mit Lichtbildern insgesamt zu bewirken. Um insoweit auf *Schacks*⁷¹⁰ Metapher zurückzugreifen, der das Absägen ganzer Äste für erforderlich hielt, könnte die Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes nicht nur das Absägen ganzer Äste darstellen sondern der Axt im Walde gleichkommen.

708 Insoweit ist die Bewertung des BVerfG, Beschluss v. 08.07.1971 – 1 BvR 766/66, NJW 1972, 145 (148) übertragbar.

709 Auf diese Problematik zutreffend hinweisend *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 UrhG, Rn. 3a.

710 *Schack*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (10).

3) Teilweise Abschaffung des § 72 UrhG für Lichtbilder, die nicht berufsmäßig hergestellt werden

a) Folgen der Beschränkung des Schutzbereichs⁷¹¹

Der zuvor aufgezeigten Problematik der Beeinträchtigung von Berufsfotografen könnte dadurch begegnet werden, dass das Schutzrecht des § 72 UrhG auf solche Lichtbilder beschränkt wird, die von Berufslichtbildnern hergestellt werden. Der Schutzbereich des § 72 UrhG würde hierdurch auf solche Fälle begrenzt, in denen § 72 UrhG eine nicht nur unerhebliche wirtschaftliche Bedeutung aufweist und in denen in der Regel ein besonderes Interesse, nämlich die Sicherung der Erwerbsgrundlage besteht. Das schützenswerte Interesse an der Verfolgung von Rechtsverletzungen liegt in diesen Konstellationen vor, es handelt sich um grundrechtlich geschützte Rechtspositionen (Art. 12 Abs. 1 GG). Hierdurch könnte auch verhindert werden, dass letztlich zulasten der Allgemeinheit Lichtbilder vorübergehend zurückgehalten würden (z.B. bis zum Redaktionsschluss des Konkurrenten) oder weniger Lichtbilder überhaupt angefertigt würden, da mehr abgewogen würde, ob der Aufwand zur Herstellung eines nicht geschützten Lichtbildes überhaupt gerechtfertigt wäre.

Bei teilweiser Abschaffung des Lichtbildschutzes und Beschränkung des Schutzbereiches auf berufsmäßig hergestellte Lichtbilder träten die vorgenannten positiven wie negativen Konsequenzen der Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes ein, mit Ausnahme der Schutzlosstellung der Berufsfotografen. Demnach kann im Übrigen auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden.

b) Inhaltliche Ausgestaltung

Zu klären wäre in diesem Fall, ob eine solche Begrenzung nur auf solche Lichtbilder erstreckt werden sollte, die von Berufsfotografen in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit hergestellt wurden, oder auch auf „Zufallstref-

711 Eine Vermutungsregelung zugunsten der Berufslichtbildner dahingehend, dass vermutet werde, die Anforderungen gem. § 2 Abs. 2 UrhG seien erfüllt, wäre zwar denkbar, gleichwohl nicht überzeugend. Gerade bei Kriegsphotografien, Pressephotografien und Reproduktionsphotografien flacher Vorlagen wird es ohne weiteres möglich sein, den Nachweis für das Nichtvorliegen der erforderlichen Werkqualität zu führen.

fer“, also solche Lichtbilder, die der Berufsfotograf in seiner Freizeit herstellt, die aber z.B. eine Qualität oder einen Inhalt aufweisen, der diese für eine Verwertung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit prädestiniert.

Es spricht viel dafür, den Berufsfotografen einen möglichst umfassenden Schutz zu gewähren, um keine weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten herbeizurufen und dem Grundrecht des Fotografen aus Art. 12 Abs. 1 GG gerecht zu werden. Bei Berufsfotografen wird sich nämlich häufig Privates von Beruflichem nicht zu 100 % trennen lassen. Dies gilt jedenfalls, soweit ein Fotograf nicht ausschließlich auf eine bestimmte Tätigkeit, z.B. die Herstellung von Porträts oder Reproduktionsfotografien von Werken der bildenden Künste, ggf. sogar als Arbeitnehmer, spezialisiert ist. Doch auch im Falle einer solchen Spezialisierung oder Angestellten-tätigkeit steht es dem Berufslichtbildner – vorbehaltlich einer anderen arbeitsvertraglichen Regelung – frei, sich anderweitig mit der Fotografie zu betätigen und entstandene Lichtbilder zu verwerten.

Allerdings könnte als Schutzvoraussetzung für ein Lichtbild, das zugunsten eines Berufsfotografen geschützt wäre, die Verpflichtung begründet werden, das Lichtbild durch ein entsprechendes Zeichen zu kennzeichnen. Ein solcher Vermerk war z.B. in den USA bis zum Beitritt der USA zur RBÜ im Jahr 1989 zur Entstehung des Urheberrechts an dem jeweiligen Werk erforderlich.⁷¹² Eine solche Kennzeichnungspflicht führte in der hier vorliegenden Konstellation zum einen dazu, dass der Berufslichtbildner mit Anbringen des Vermerks zum Ausdruck bringt, dass dieses Lichtbild, anders als einfache Lichtbilder anderer Lichtbildner, einem Leistungsschutzrecht unterworfen ist und er von dem Schutzrecht Gebrauch machen möchte.⁷¹³ Zum anderen führte dies zu einer Rechtssicherheit im Rechtsverkehr, da für Dritte ersichtlich würde, dass sie für die Nutzung des Lichtbildes eine Erlaubnis des Rechtsinhabers benötigen. Zur Vermeidung des Missbrauchs dieser Kennzeichnung sollte die unberechtigte Nutzung des Kennzeichens sowie das Entfernen der Kennzeichnung als Ordnungswidrigkeit und die gewerbsmäßige unberechtigte Nutzung in der

712 *Ulmer-Eilfort*, in: *Ulmer-Eilfort/Obergfell/Kübler*, 2013, § 14 *VerlG*, Rn. 13.

713 Es könnte erwogen werden, diese Kennzeichnungspflicht auch auf berufsmäßig hergestellte Lichtbildwerke auszudehnen. Dies wäre jedoch angesichts der klaren Regelung des Art. 6 Satz 2 Schutzdauer-RL unionsrechtswidrig. Im Übrigen dürfte davon auszugehen sein, dass die Berufslichtbilder in der Praxis zur Vermeidung von Nachteilen im Falle der fehlerhaften Nichtanerkennung der Werkqualität ohnehin flächendeckend ihre Lichtbilder mit entsprechenden Kennzeichnungen ausstatteten, soweit einfache Lichtbildner die Kennzeichnung als konstitutive Schutzvoraussetzung erforderten.

Absicht der Erzielung von Einnahmen durch die unberechtigte Aussprache von Abmahnungen als Straftat (nebst Versuchsstrafbarkeit) ausgestaltet werden.

Um auch neuen Berufsbildern – z.B. Influencern und sonstigen Creators – gerecht zu werden, sollte der Begriff des Berufsfotografen entsprechend weit gefasst werden.

c) Formulierungsvorschlag

§ 72 Abs. 1 UrhG könnte z.B. geändert werden wie folgt (Ergänzung hervorgehoben):

„Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, werden in entsprechender Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften des Teils 1 geschützt, soweit diese von einem Berufslichtbildner hergestellt werden und dieser die Lichtbilder vor der erstmaligen Veröffentlichung, Verwertung und/oder öffentlichen Wiedergabe mit einer sichtbaren Kennzeichnung versieht, die zum Ausdruck bringt, dass das Lichtbild dem Schutz dieser Vorschrift unterliegen soll. Berufslichtbildner ist, wer seinen Lebensunterhalt dauerhaft ganz oder teilweise aus der Herstellung von Lichtbildern im Rahmen seiner abhängigen oder selbstständigen Tätigkeit bezieht. Eine Kennzeichnung gem. Satz 1 erfolgt durch die Kennzeichnung mit (B).“

d) Bewertung

Eine solche Regelung sorgte für den hinreichenden Schutz der Lichtbilder von Berufsfotografen und damit regelmäßig auch für den Schutz musealer Reproduktionsfotografien, Pressefotografien und professionelle Produktbilder. Außerdem sorgte eine solche Lösung gegenüber der vollständigen Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes für erhebliche Erleichterung im Rechtsverkehr, da für einen weiten Bereich der Lichtbilder, die üblicherweise Gegenstand von Lizenzierungen sind, Rechtssicherheit über die Notwendigkeit sowie über die Möglichkeit der Einräumung von Nutzungsrechten geschaffen würde. Hingegen würde denjenigen Lichtbildern, bei denen eine Rechtfertigung für die Gewährung eines Schutzrechts nicht vorliegt, der Schutz entzogen. Insbesondere würde hierdurch den typischen Knipsbildern von Privatpersonen, die in den sozialen Medien verbreitet werden, sowie auf Verkaufsplattformen und ähnlichen Medien ein-

gestellten einfachen Produktbildern die Gewährung eines Schutzrechtes versagt werden. Im Übrigen bliebe es bei den zuvor unter 2) genannten Ergebnissen. So blieben die Lichtbilder, die im Zusammenhang mit Wissenschaft und Technik hergestellt werden, ungeschützt, soweit nicht ein Berufslichtbildner anstelle des jeweiligen Wissenschaftlers, Technikers o.ä. die Aufnahme herstellt.

Eine solche Reformierung wäre etwa mit den Erwägungen von *Lerach*⁷¹⁴, *Koreng*⁷¹⁵ und *Ziegler*⁷¹⁶ in Einklang zu bringen, die jeweils die Legitimation des Schutzrechtes aus § 72 UrhG deshalb in Frage stellen, weil die Anzahl der ohne besonderen Aufwand gefertigte Lichtbilder überwiegt bzw. den Unsicherheiten der Interaktion in sozialen Netzwerken, die üblicherweise ebenfalls Knipsbilder von Privaten betrifft, begegnet werden soll. Diesen Reformierungsüberlegungen kann kein Grund entnommen werden, den Schutz berufsmäßig hergestellter Lichtbilder gleichermaßen zu streichen.

4) Schutz von Lichtbildern aus Wissenschaft und Technik

Fraglich ist, ob ein singulärer oder ein mit der Beschränkung des Lichtbildschutzes auf durch Berufslichtbildner hergestellte Lichtbilder kombinierter Lichtbildschutz für Lichtbilder aus Wissenschaft und Technik erforderlich wäre. So verweist z.B. *Vogel*⁷¹⁷ darauf, dass der einfache Lichtbildschutz in seiner heutigen Ausgestaltung seine Rechtfertigung aus der häufig mit erheblichem finanziellem Aufwand verbundenen Leistung, z.B. in Naturwissenschaft und Technik, erziele.

Insoweit ist anzuerkennen, dass es sich auch in diesem Bereich um Lichtbilder handelt, die üblicherweise mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden sind (vgl. unter Kapitel 4, c) II) 2) i)).

Gegenüber den Berufsfotografen besteht hier der Unterschied darin, dass die Lichtbilder nicht primärer Inhalt der beruflichen Tätigkeit und

714 *Lerach*, in: Taeger, IT und Internet – mit Recht gestalten, *Lichtbildschutz im Internet*, 2012, S. 175 (190); *Lerach*, jurisPR-WettbR 2016.

715 *Koreng*, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, *Der rechtliche Status von Reproduktionsfotografien – Fotografien zweidimensionaler Vorlagen zwischen Vervielfältigung und Lichtbildschutz*, 2018, S. 87 (103).

716 *Ziegler*, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 250 f.

717 *Vogel*, in: Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 2.

der Schaffung der Lebensgrundlage sind. Bei Lichtbildern aus Wissenschaft und Technik sind die Interessen, die der jeweiligen Investition und dem erbrachten Aufwand zu Grunde liegen, gänzlich andere als bei Berufslichtbildnern. Der erbrachte Aufwand in diesen Bereichen soll insbesondere nicht von Mitbewerbern übernommen werden können, um eigene Investitionen zu ersparen. Gleichwohl ist ein schutzwürdiges Interesse der jeweiligen Lichtbildner am Schutz der Abbildungen angesichts des regelmäßig mit den Aufnahmen verbundenen Aufwandes anzuerkennen.

Bei Wissenschaftlern, Technikern u.ä. wäre allerdings eine Ausdehnung auf private Fotografien nicht gerechtfertigt. Denn hier kann durchaus differenziert werden, ob eine Fotografie zu Forschungszwecken aufgenommen wird oder ob es sich um eine rein private Aufnahme handelt. Der Virologe oder Maschinenbauer wird im Rahmen seiner Tätigkeit keine Landschaftsaufnahmen oder Portraits anfertigen. Sollte es ausnahmsweise zu Überschneidungen kommen, erscheint es angemessen, dem Lichtbildner nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für die Entstehung des Lichtbildes im Rahmen seiner wissenschaftlichen Tätigkeit aufzuerlegen. Andernfalls würde bestimmten Berufsgruppen, die der Fotografie nicht zur Erzielung ihrer Lebensgrundlage nachgehen, ein einfacher Lichtbildschutz gewährt werden, ohne dass hierfür ein anerkennenswertes Interesse bestünde. Diese Bewertung würde auch dem Schutzgrund solcher Lichtbilder gerecht.

Wie bei Berufslichtbildnern erscheint auch hier zur Schaffung der erforderlichen Rechtssicherheit eine Kennzeichnung angemessen.

Der Schutz von Lichtbildern aus Wissenschaft und Technik sollte jedoch nicht singular sondern kumulativ mit dem Schutz von Lichtbildern von Berufsfotografen abgesichert werden. Angesichts der Schutzinteressen besteht kein Grund, Lichtbilder aus Wissenschaft und Technik zu schützen, nicht hingegen Lichtbilder, die von Berufslichtbildnern hergestellt werden. Bei alleinigem Schutz von Lichtbildern, die berufsmäßig hergestellt werden, könnte zu Unterschieden hinsichtlich des Schutzes von Lichtbildern aus Wissenschaft und Technik kommen, je nachdem, ob diese von Berufslichtbildnern hergestellt werden oder es sich um Aufnahmen der Wissenschaftler, Techniker o.ä. selbst handelt, sodass dies nicht ausreichend wäre. Der zuvor wiedergegebene Formulierungsvorschlag könnte zum ergänzenden Schutz von Lichtbildern aus Wissenschaft und Technik ergänzt werden wie folgt:

„Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, werden in entsprechender Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften des Teils 1 geschützt, *soweit diese von einem*

Berufslichtbildner hergestellt werden und dieser die Lichtbilder vor der erstmaligen Veröffentlichung, Verwertung und/oder öffentlichen Wiedergabe mit einer sichtbaren Kennzeichnung versieht, die zum Ausdruck bringt, dass das Lichtbild dem Schutz dieser Vorschrift unterliegen soll. Berufslichtbildner ist, wer seinen Lebensunterhalt dauerhaft ganz oder teilweise aus der Herstellung von Lichtbildern im Rahmen seiner abhängigen oder selbstständigen Tätigkeit bezieht. Eine Kennzeichnung gem. Satz 1 erfolgt durch die Kennzeichnung mit (B). Gleichermaßen geschützt werden außerdem solche Lichtbilder, und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, die im Rahmen einer wissenschaftlichen Tätigkeit hergestellt werden sowie solche, die im Rahmen einer technischen Tätigkeit zur Dokumentation oder Darstellung technischer Details und/oder Abläufe hergestellt werden; auch für diese Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, ist eine Kennzeichnung gem. Satz 1 und 3 erforderlich.“

Auch eine solche Lösung stünde im Einklang mit den Reformierungserwägungen von *Lerach*⁷¹⁸, *Koreng*⁷¹⁹ und *Ziegler*.⁷²⁰

- 5) Wandlung in ein investitionsschützendes Leistungsschutzrecht bzw. Begreifen des § 72 UrhG als „echtes“ Leistungsschutzrecht

Denkbar wäre es außerdem, entsprechend der Forderungen von *Zech*⁷²¹ und *Apel*⁷²² das Schutzrecht aus § 72 UrhG auf ein „Rumpfrecht“ zugunsten investitionsintensiver Aufnahmen zu begrenzen.

Die Wandlung des § 72 UrhG in ein rein investitionsschützendes Leistungsschutzrecht, bedeutete, dass im Einzelfall geprüft werden müsste, ob das erforderliche Maß des erbrachten Aufwandes erreicht werde und worin der Anknüpfungspunkt hierfür liege. Genügte es bereits, eine hochwertige Kameraausrüstung, eine Drohne o.ä. zu verwenden? Wären dann Bilder, die mit ausgeliehener Ausrüstung zustande kommen, anders zu be-

718 *Lerach*, in: Taeger, IT und Internet – mit Recht gestalten, *Lichtbildschutz im Internet*, 2012, S. 175 (190); *Lerach*, jurisPR-WettbR 2016.

719 *Koreng*, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, *Der rechtliche Status von Reproduktionsfotografien – Fotografien zweidimensionaler Vorlagen zwischen Vervielfältigung und Lichtbildschutz*, 2018, S. 87 (103).

720 *Ziegler*, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing*, 2016, S. 250 f.

721 *Zech*, GRUR 2019, 291.

722 *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzes (§ 72 UrhG)*, 2017, S. 205 (222).

werten als solche, die mit der eigens angeschafften Ausrüstung aufgenommen werden? Genügte es für die Erfüllung der Anforderungen bereits, ein hochwertiges Smartphone zu verwenden, in dem eine besonders gute Kamera integriert ist? Oder wäre das Investitionserfordernis dahingehend zu verstehen, dass nicht die Ausrüstung sondern der Aufwand, so z.B. *Apel*⁷²³ unter Bezugnahme auf das Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers gem. § 87a Abs. 1 UrhG, für das konkrete Lichtbild, z.B. das Aufsuchen des Ortes, die Buchung von Models etc. entscheidend sei?

Eine solche Lösung könnte insbesondere Reproduktionsfotografien, Lichtbilder aus Wissenschaft und Technik sowie Produktbilder, deren Herstellung einen gewissen Aufwand erfordert hat, erfassen. Der Schutz von Spontanbildern von Berufsfotografen, insbesondere Kriegsberichterstatern u.ä. Fotografen, deren Tätigkeit unter dem geltenden Recht wertvolle Lichtbilder gerade eine Spontaneität voraussetzen, hinge davon ab, ob die Tätigkeit als Berufsfotograf per se oder die bestehende Ausrüstung als hinreichende Investition behandelt würde. Die Heranziehung der Eigenschaft als Beruflichtbildner als außerhalb der konkreten Aufnahme liegenden Umstand führte jedoch zu Unsicherheiten. Denn in diesem Fall könnte auch eine Privatperson, die z.B. auf einer Reise in den frühen Morgenstunden im Rahmen einer Gruppenexkursion einen Berg besteigt, und hierbei Lichtbilder aufnimmt, die nicht die Schöpfungshöhe des § 2 Abs. 2 UrhG aufweisen, dahingehend argumentieren, dass sie entsprechende Investitionen getätigt habe. Mit der Ablehnung des erforderlichen Investitionsaufwandes für Kriegsberichterstatler u.ä. entfielen andererseits der Schutz für weite Bereiche der von Beruflichtbildern erzeugten Lichtbilder.

Die vorherigen Ausführungen zeigen, dass die Forderung nach einer Wandlung des Lichtbildschutzes in ein investitionsschützendes Leistungsschutzrecht zwar eine Berechtigung hat, da insbesondere aufwändige Lichtbilder einen Schutz erfahren sollen. Gleichwohl zeigt sich die Schwierigkeit, ein solches Recht sinnvoll abzugrenzen, ohne entweder einen ausufernden Schutz zu bewirken oder wesentliche Schutzlücken entstehen zu lassen. Gerade der Vorschlag *Apels*⁷²⁴, an eine Investition anzuknüpfen, die in Geld, Zeit oder auch Mühe bestehen könne und sich nicht auf die Anschaffung des Aufnahmeapparates sondern in die Herstellung des

723 *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzes* (§ 72 UrhG), 2017, S. 205 (222).

724 *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzes* (§ 72 UrhG), 2017, S. 205 (222).

konkreten Lichtbildes beziehen müsse, führte zu einem solch ausufernden Schutzrecht.

Gegen die Wandlung des Lichtbildschutzes in ein Investitionsschutzrecht spricht außerdem die entstehende Rechtsunsicherheit bei den Nutzern. In der Regel wird eine Entscheidung darüber, ob die Voraussetzung eines hinreichenden Aufwandes erfüllt ist, für den Nutzer ohne Kenntnis von Details der Herstellung unmöglich sein, dies auch, da neue Features (z.B. der Portraitmodus) und Bildbearbeitungsprogramme bei der Herstellung von Lichtbildern unter Zuhilfenahme von Smartphones immer bessere Qualitäten von Lichtbildern und deren Gestaltung ermöglichen.

- 6) Begrenzung des Lichtbildschutzes auf bestimmte, namentlich benannte Fälle oder Ausschluss bestimmte, namentlich benannte Fälle;

Des Weiteren käme es in Betracht, den einfachen Lichtbildschutz auf weitere bestimmte, namentlich benannte Fälle zu beschränken, bzw. bestimmte Fallgruppen vom Schutz auszunehmen. Art. 87 *Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* sieht z.B. eine entsprechende Regelung für einfache Lichtbilder im italienischen Recht vor. Die englische Übersetzung lautet:

„The images of persons or of aspects, elements or events of natural or social life, obtained by photographic or analogous processes, including reproductions of works of figurative art and stills of cinematographic film, shall be considered photographs for the purposes of this Chapter. This provision shall not apply to photographs of writings, documents, business papers, material objects, technical drawings and similar products.“⁷²⁵

Im italienischen Recht wird mithin zunächst klargestellt, welche Fotografien grundsätzlich dem Leistungsschutzrecht unterfallen, bevor sodann insbesondere Fotografien von Schriftstücken, Dokumenten, Geschäftsdokumenten, materiellen Objekten, technischen Zeichnungen und ähnlichen Produkten vom Schutzbereich ausgeschlossen werden. Eine solche Katego-

725 Art. 87 Law for the Protection of Copyright and Neighboring Rights (Law No. 633 of April 22, 1941, as last amended by Decree Law No. 154 of May 26, 1997, abrufbar unter <https://wipolex.wipo.int/en/text/128276> (englische Version; Stand 11.11.2019); Originaltext abrufbar unter <https://wipolex.wipo.int/en/text/301483> (Stand: 04.10.2019).

risierung könnte dem Ausüben des Schutzes des § 72 UrhG entgegenwirken und der Schutz auf diejenigen Fallgruppen beschränkt werden, die für besonders schutzwürdig erachtet werden. Im gleichen Zuge könnten solche Fallgruppen ausgeschlossen werden, bei denen die Gewährung eines Schutzrechtes nicht überzeugt. Es könnten z.B. einfache Produktfotografien vom Schutzbereich ausgenommen werden.

Eine solche Regelung wird jedoch, ungeachtet ihrer konkreten Ausgestaltung, dem Umstand nicht gerecht, dass hierdurch ein Gros der Lichtbilder nicht vom Schutz ausgeschlossen werden könnte, die insbesondere in sozialen Medien zu Problemen führen können, ohne dass die Ausschlussregelung ausschweifenden Charakter erhielte. Denn neben dem Schutz einfacher Produktbildern von Kleidern, Mobiliar etc. ist auch der Schutz von Schnappschüssen von Landschaften, Personen, Dokumenten u. ä. im Kontext des Internets und der sozialen Medien mit Schwierigkeiten verbunden. Eine Auflistung namentlich benannter Fälle, in denen der Schutz versagt werden sollte, erscheint aus diesem Grund nicht zweckmäßig, da angesichts der Vielzahl von Lichtbildkategorien, die letztlich insbesondere in sozialen Medien verwendet werden, sich dann vielmehr die Frage stellt, welche einfachen Lichtbilder überhaupt noch geschützt sein sollen. Notwendig wäre dann, wie im italienischen Recht („and similar products“), ein Auffangtatbestand, der neue Abgrenzungsschwierigkeiten begründete.

Ferner ist eine solche Regelung nicht zweckmäßig, soweit keine Ausnahmeregelungen zugunsten der Berufslichtbildner, deren Erwerbsgrundlage gesichert werden soll, normiert werden. Dann aber erscheint es sachgerechter, die unter Kapitel 4 C) II) 3) vorgeschlagene Lösung der Beschränkung des Schutzes auf Lichtbilder von Berufslichtbildnern zu verfolgen.

7) Einführung einer Schrankenbestimmung für den Bereich der sozialen Medien

a) Hintergrund und Zweck einer solchen Schrankenbestimmung

Wie bereits dargelegt, hat sich die Kommunikationsweise seit Einführung des Leistungsschutzrechts für Lichtbilder verändert. Lichtbilder sind vermehrt zum Kommunikationsmedium geworden, wobei der Einsatz von Lichtbildern zum Zwecke der Kommunikation insbesondere in sozialen Netzwerken erfolgt und in diesen oftmals eine nicht nur unerhebliche Reichweite erzielt wird. Es handelt sich um eine Kommunikationsform,

die – auch unter Verwendung fremder Lichtbilder – sozialüblich geworden ist und deren Rechtmäßigkeit von den Nutzern in der Regel nur selten hinterfragt wird. *Dreier*⁷²⁶ bezeichnet diese in Übertragung analoger Kommunikationswege in die digitale Welt als „Gesten des Zeigens“.

Um dem Lichtbild als Kommunikationsmedium im Internet Rechnung zu tragen, käme die Einführung einer Social-Media-Schranke in Betracht. Dies deckte sich mit dem Inhalt der Forderung einer „bereichsspezifischen Abschaffung“⁷²⁷ des Lichtbildschutzes für soziale Medien, wie sie von dem Kulturwissenschaftler *Ullrich*⁷²⁸ durch die Forderung der bereichsspezifischen Abschaffung des Lichtbildschutzes in sozialen Medien und auch von *Dreier*⁷²⁹, der die Einführung einer Schrankenbestimmung, insoweit verweisend auf die Vorbilder der in § 44a und §§ 52a, b UrhG a.F. festgelegten Schranken, als Option zur Legalisierung medialer Gesten des Zeigens angeregt wird.⁷³⁰

726 *Dreier*, ZGE 2017, 135 (146 f.).

727 Eine tatbestandliche Abschaffung des Schutzrechts für Verwertungshandlungen in sozialen Medien käme aus juristischer Sicht nicht in Betracht, systematisch ist eine solche Lösung als Schrankenbestimmung umzusetzen.

728 *Steinhilber*, *Wolfgang Ullrich: "Urheberrechte für die sozialen Netzwerke gänzlich suspendieren"* (Interview), abrufbar unter irights.info/artikel/wolfgang-ullrich-urheberrechte-fuer-die-sozialen-netzwerke-gaenzlich-suspendieren/25429, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

729 *Dreier*, ZGE 2017, 135 (147).

730 Soweit *Dreier* (*Dreier*, ZGE 2017, 135 (147)) darüber hinaus anregt, eine Lösung darin zu suchen, das Posten, Retweeten und Erstellen von Memes in Analogie zur urheberrechtlichen Behandlung des Kerns eines Witzes urheberrechtlich freizustellen, den digitalen Datensatz des Lichtbildes als unwesentliches Beiwerk gegenüber der Geste des Zeigens einzuordnen oder Museums-Selfies nach § 24 UrhG freizustellen, kann hierin keine umfassende Lösung der Nutzung von Lichtbildern in sozialen Medien erreicht werden. Diese Lösungsvorschläge kommen nur dann in Betracht, wenn ein über die reine Darstellung hinausgehender Kommunikations- oder Mitteilungszweck, oder, wie *Dreier* es formuliert, eine Geste des Zeigens vorliegt. Wird lediglich ein Lichtbild gepostet zur Zurschaustellung der Abbildung, kann einem solchen Posting allenfalls die Mitteilung des Gefallens entnommen werden. Wird ein Lichtbild lediglich zum Ausdruck des Gefallens gepostet, liegt hierin kein Fall, der der Erzählung eines Witzes vergleichbar wäre. Der Datensatz stellte auch kein unwesentliches Beiwerk da, da kongruent mit der Mitteilung des Nutzers lediglich das Lichtbild transportiert würde. Und auch ein Abstand, der die Anwendung des § 24 UrhG rechtfertigte, wäre nicht ersichtlich. Angesichts der höheren Effizienz einer Social-Media-Schranke, die auch auf Handlungen ausgedehnt werden kann, die nicht ausschließlich Gesten des Zeigens erfassen, dazu sogleich, ist der Lösungsweg über eine solche Schrankenregelung zu bevorzugen. Dies gilt auch, da anzunehmen ist, dass in der Praxis die vorgeschlagenen Alternativen zunächst von

Bei der Einführung einer solchen Schrankenbestimmung könnte es sich um ein sinnvolles Instrument dazu handeln, einem weiten Teil derjenigen Rechtsverletzungen sowie entsprechenden Verfolgungshandlungen Einhalt zu gebieten, die zur Hinterfragung der Rechtfertigung des einfachen Lichtbildschutzes geführt haben – die millionenfachen Rechtsverletzungen die tagtäglich in den sozialen Medien begangen werden.

b) Ausgestaltung

aa) Erfasste Nutzungshandlungen

Eine solche Schrankenbestimmung könnte dahingehend formuliert werden, dass die Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung und sonstige öffentliche Wiedergabe eines einfachen Lichtbildes wie auch die Bearbeitung von Lichtbildern innerhalb sozialer Netzwerke zulässig sei. Da es sich insoweit um eine Schrankenbestimmung handelte, wäre eine unmittelbare Geltung auch für vorbestehende Lichtbilder möglich, ohne dass bestehende Leistungsschutzrechte anders zu behandeln wären.⁷³¹

bb) Begrenzung der Schrankenbestimmung auf Handlungen innerhalb des sozialen Netzwerks?

Zu klären wäre darüber hinaus, ob auch solche Handlungen privilegiert werden sollten, die der Vervielfältigung und öffentlichen Wiedergabe oder Bearbeitung eines Lichtbildes innerhalb eines sozialen Netzwerkes vorausgehen, z.B. bei dem Weiterverbreiten von Inhalten, die bei Instagram eingestellt wurden oder dem Verbreiten externer Inhalte. Alternativ könnten lediglich solche Handlungen unter die Schrankenbestimmung fallen, die innerhalb eines sozialen Mediums mit den darin vorgesehenen technischen Möglichkeiten, z.B. dem Teilen bei Facebook oder dem Retweeten bei Twitter, erfolgen.

den Gerichten flächendeckend anerkannt werden müssten, um eine einer Schrankenregelung vergleichbare Rechtssicherheit herzustellen.

731 Es handelte sich um eine Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, die eine inhaltliche Umformung unter Beibehaltung der bisherigen Zuordnungsverhältnisse ermöglicht, vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 08.07.1971 – 1 BvR 766/66, NJW 1972, 145.

Ausgehend von der Idee, dass die Einführung einer Social-Media-Schranke der Erleichterung der Kommunikation dienen soll, ist es vorzugswürdig, die nach dieser Schrankenbestimmung zulässige Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe nicht davon abhängig zu machen, dass die jeweilige Plattform eine entsprechende technische Möglichkeit zur Vervielfältigung und öffentlichen Wiedergabe fremden Contents vorhält. Es sollten vielmehr jegliche Handlungen der Vervielfältigung, öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe sowie der Bearbeitung erfasst werden, inklusive solcher Handlungen, die der Vorbereitung des Einstellens in ein soziales Netzwerk dienen, z.B. das Kopieren eines Lichtbildes in den Zwischenspeicher, die Herstellung von Screenshots wie auch die Übernahme des Lichtbildes in eine andere App. Denn unabhängig von der Art und Weise, wie der jeweilige Content letztlich Eingang in einen Beitrag eines sozialen Netzwerkes findet, handelt es sich um einen Vorgang der Kommunikation, der von Anfang bis zum Ende einer entsprechenden Schrankenbestimmung zu unterwerfen ist. Es widerspräche dem Sinn und Zweck einer solchen Schrankenbestimmung, die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe in einem sozialen Netzwerk zu privilegieren, hingegen die hierfür erforderliche Vervielfältigungshandlung als Urheberrechtsverletzung zu qualifizieren. Demnach sollten auch Vervielfältigungshandlungen, die der Vervielfältigung und öffentlichen Wiedergabe innerhalb eines sozialen Netzwerkes dienen, jedoch außerhalb desselben zum Zwecke der Verwendung in dem sozialen Netzwerk vorgenommen werden, von der Schrankenbestimmung erfasst werden.

cc) Beschränkung auf Kommunikationszwecke?

Angesichts der genannten Hintergründe einer solchen Schrankenbestimmung (Lichtbilder als Kommunikationsmedium; daraus resultierendes Überwiegen des Allgemeininteresses an einer ungehinderten Kommunikation gegenüber den Interessen des Lichtbildners) könnte erwogen werden, eine tatbestandliche Begrenzung der Schrankenbestimmung auf die Zwecke der Kommunikation vorzunehmen. Eine solche trüge dem Gedanken der Vereinfachung der Kommunikation in besonderem Maße Rechnung.

Gleichwohl entstünden neue Schwierigkeiten: So müsste dann etwa beurteilt werden, ob das schlichte Teilen eines Beitrages ohne weitere Kommentierungen z.B. eine stillschweigende Form einer Zustimmung darstellte, die ebenfalls unter die Schrankenbestimmung zu subsumieren wäre. Dies dürfte jedenfalls in den Fällen nicht gegeben sein, in denen dem

Lichtbild kein Inhalt entnommen werden kann, der einer Zustimmung zugänglich wäre, z.B. bei Landschaftsfotografien. Der mit einem solchen Teilen verbundene Ausdruck des Gefallens dürfte nicht dem Kommunikationszweck unterliegen. Ferner wird in anderen Fällen vielleicht ein Lichtbild mit zustimmungsfähigem Inhalt geteilt, ohne dass jedoch die teilende Person eine solche Zustimmung ausdrücken möchte. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn sich im Hintergrund eines Lichtbildes ein Wahlplakat einer Partei befindet. Ggf. hat der Nutzer dieses gar nicht wahrgenommen, sondern lediglich dem sonstigen, nicht zustimmungsfähigen Inhalt des Lichtbildes sein Gefallen ausdrücken wollen.

Dies zeigt, dass eine solche Begrenzung der Schrankenbestimmung auf Kommunikationszwecke dem Ziel der rechtssicheren Verwendung von Lichtbildern in sozialen Medien nicht gerecht würde. Aus diesem Grund sollte auf ein solches Erfordernis verzichtet und die genannten Handlungen im Raum der sozialen Netzwerke generell freigestellt werden.

dd) *Ausschluss der Nutzung zu gewerblichen Zwecken?*

Weiter könnte erwogen werden, die Nutzung fremder Lichtbilder zu gewerblichen Zwecken von der Privilegierung auszunehmen. Während Privatpersonen in der Regel Kommunikationszwecke mit ihren Beiträgen verfolgen, gilt dies nicht für Unternehmer, die in sozialen Netzwerken in Erscheinung treten. Deren Auftritte sind üblicherweise von gewerblichen Interessen geprägt und dienen vorrangig der Werbung für ihre Waren und Dienstleistungen. Soweit der Lichtbildschutz des § 72 UrhG aufrechterhalten bliebe, ist nicht ersichtlich, weshalb die Interessen des Lichtbildners aus § 72 UrhG hinter den Interessen des Unternehmers zurücktreten sollten. Wer in sozialen Netzwerken zu gewerblichen Zwecken handelt, ist sich darüber im Klaren, dass seinen Beiträgen kein reines Kommunikationsinteresse oder privates Mitteilungsinteresse zugrunde liegt. Dann aber kann von diesem auch verlangt werden, sich für die Nutzung von Lichtbildern vor deren Verwendung die Nutzungsrechte einräumen zu lassen oder, soweit eine Rechtseinräumung nicht erfolgt, eigene Lichtbilder herzustellen oder sich des Lichtbildes eines anderen Lichtbildners zu bedienen, der bereit ist, ihm die Nutzungsrechte einzuräumen. Die Normierung

einer Social-Media-Schranke sollte jedenfalls nicht dem Zweck dienen, Unternehmern kostengünstige Werbemöglichkeiten einzuräumen.⁷³²

Es ist dem Urheberrecht auch nicht fremd, die Handlungen desjenigen, der zu gewerblichen Zwecken oder Erwerbszwecken tätig wird, an anderen Maßstäben zu messen als die Handlungen einer Privatperson. So ist z.B. gem. § 52 Abs. 1 UrhG die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes nur dann ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers möglich, wenn sie keinem Erwerbszweck des Veranstalters dient. § 53 UrhG gestattet die sog. Privatkopie. Ferner wird im Rahmen der Bewertung des Vorliegens einer öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG ein bestehender Erwerbszweck als Indiz für eine bestehende Öffentlichkeit herangezogen.⁷³³ Auch die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von der Umgehung zulassungsbeschränkender Maßnahmen durch den Linksetzenden oder des Umstandes, dass ein gesetzter Link zu einem geschützten Inhalt führt, der ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers hochgeladen wurde, soll vermutet werden, soweit ein Linksetzender mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, mit der Konsequenz, dass eine solche Verlinkung als öffentliche Zugänglichmachung zu qualifizieren ist.⁷³⁴

Die Nutzung fremder Lichtbilder in sozialen Netzwerken, die zu gewerblichen Zwecken erfolgt, sollte demnach von einer entsprechenden Schrankenregelung ausgenommen werden.

c) Systematik

Eine solche Schranke sollte in Abschnitt 6 des 1. Teils des Urheberrechtsgesetzes verortet werden. Daneben sollte abweichend von § 62 Abs. 1 UrhG die Zulässigkeit von Änderungen ausdrücklich zugelassen werden, da Änderungen ebenfalls im Zeitalter der sozialen Netzwerke wesentlicher Bestandteil der Kommunikation sind. Nur auf diese Weise kann dem Rechnung getragen werden. Beispielhaft sei insoweit auf die Rechtsprechung

732 So auch *Dreier*, ZGE 2017, 135 (147), hinweisend darauf, dass bei der Geste des Zeigens das Zeigen und nicht das Konsumieren des Abbildes im Vordergrund stehe.

733 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*; vgl. hierzu unter Kapitel 3, B) II) 2) a) cc).

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

des OLG Köln⁷³⁵ verwiesen, die die Nutzung Farbfiltren, nachträglichen Retuschen und die Vornahme digitaler Bildbearbeitungen bei der Ablichtung von im öffentlichen Straßenraum befindlichen Werken (§ 59 UrhG) als unzulässige Änderungen gem. § 62 Abs. 1 UrhG bewertete.

Die Zulassung von Bearbeitungen sollte allerdings eine Einschränkung für diejenigen Fälle erfahren, in denen die Interessen des Lichtbildners wesentlich beeinträchtigt werden könnten. Hierbei sollten allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit bestimmte Fallgruppen gebildet werden, in denen eine entsprechende Einschränkung erfolgt und dabei dem Ausnahmecharakter Rechnung getragen werden. Die Ausnahmen müssen auf besonders grobe Verstöße beschränkt sein, insbesondere dürfen solche Kommunikationsinhalte hierunter nicht erfasst werden, die zwar anstößlich oder verwerflich sind, jedoch der üblichen Kommunikationsweise entsprechen. Sinnvoll ist deshalb die Festlegung besonders gravierender Fallgruppen als Regelbeispiele, z.B. Fälle, in denen die Bearbeitung zur Herstellung diskriminierender, rassistischer, menschenverachtender oder strafrechtlich relevanter Inhalte führt. Bei diesen Fallgruppen ist kein Grund ersichtlich, aus dem bei Beibehaltung eines einfachen Lichtbildschutzes die Interessen des Lichtbildners zurücktreten sollten. In diesen Fällen kann das Interesse an der Unterstützung moderner Kommunikationsformen nicht als höher-rangiger gegenüber den Interessen des Lichtbildners bewertet werden.

Um ferner dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine solche Schrankenbestimmung eingeführt werden sollte, gerade um häufig auftretende Rechtsverletzungen für den Bereich der sozialen Netzwerke auszuschließen, sollte außerdem darauf verzichtet werden, die Regelung in den Katalog des § 63 Abs. 1 UrhG aufzunehmen und die Handlungen hierdurch der Pflicht zur Quellenangabe zu unterwerfen.

d) Begrenzung der Schrankenbestimmung auf einfache Lichtbilder

Von einer solchen Schrankenbestimmung könnten allerdings keine Lichtbildwerke erfasst werden. Die Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung sowie das Verbreitungsrecht an Werken unterliegen für Lichtbildwerke der Vollharmonisierung der Europäischen Union, Ausnahmen und Beschränkungen sind abschließend in Art. 5 InfoSoc-RL geregelt. Eine Schrankenbestimmung für

735 OLG Köln, Urt. v. 09.03.2012 – I-6 U 193/11, 6 U 193/11, ZUM-RD 2012, 593.

soziale Medien ginge über die dortige Regelung hinaus und wäre demnach als unionsrechtswidrig zu bewerten.

Um der Verwendung von Lichtbildern als Kommunikationsmedium in sozialen Medien umfassend gerecht zu werden, wäre eine entsprechende Schrankenbestimmung auf EU-Ebene zu erlassen. Andernfalls bestünde weiterhin eine Rechtsunsicherheit für die Nutzer, die von der jeweiligen judikativen Bewertung der Schöpfungshöhe des Lichtbildes abhängig wären. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass Lichtbildner einfacher Lichtbildner – ggf. auch in der Auffassung, ihre Lichtbilder erfüllten die Anforderungen des § 2 Abs. 2 UrhG – jedenfalls versuchten, vorgebliche Rechte geltend zu machen und die angesprochenen Nutzerkreise sich zur Vermeidung etwaiger Rechtsstreitigkeiten deren Forderungen beugten. In soweit sollte, um dem Lichtbild als Kommunikationsmedium weiter Rechnung zu tragen und entsprechenden Versuchen einzelner vorzubeugen, zusätzlich erwogen werden, den in § 97a UrhG angesetzten Gegenstandswert für Abmahnungen weiter (z.B. auf 500,00 €) herabzusetzen, soweit Nutzungsformen in den sozialen Medien Gegenstand vorgeblicher Verletzungshandlungen sind.

e) Formulierungsvorschlag

Eine solche Schrankenbestimmung könnte lauten wie folgt:

„Zulässig ist die Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung und öffentliche Wiedergabe eines einfachen Lichtbildes gem. § 72 UrhG in sozialen Netzwerken sowie die Vervielfältigung oder Bearbeitung eines einfachen Lichtbildes gem. § 72 UrhG als Handlung zum Zwecke der Vervielfältigung und öffentlichen Wiedergabe in sozialen Netzwerken eines einfachen Lichtbildes gem. § 72 UrhG in ursprünglicher oder bearbeiteter Form, soweit die jeweilige Handlung keinem Erwerbsszweck des Nutzers dient. Unzulässig ist eine Bearbeitung, die die Interessen des Lichtbildners in besonders hohem Maß beeinträchtigt, insbesondere indem sie dem Lichtbild einen diskriminierenden, rassistischen, menschenverachtenden oder strafrechtlich relevanten Inhalt zuweist.“

f) Bewertung

Die Einführung einer Schrankenbestimmung für soziale Netzwerke trifft den Kern der Zeit und steht mit der weit überwiegenden Annahme der Sozialadäquanz der Nutzung fremder Lichtbilder im Einklang. Der Forderung Ullrichs⁷³⁶ und Dreiers⁷³⁷ kann eine Berechtigung nicht abgesprochen werden.

8) Anhebung der Schutzwelle gem. § 2 Abs. 2 UrhG

a) Grundsätzliche Möglichkeit der Anhebung der Schutzwelle gem. § 2 Abs. 2 UrhG

Als weitere Möglichkeit wird die Anhebung der Schutzwelle des § 2 Abs. 2 erwogen. Insoweit führt Schack⁷³⁸ aus, eine solche Anhebung könne durch die Rechtsprechung vorgenommen werden. Dies ist zutreffend, das Erreichen einer erforderlichen Schöpfungshöhe obliegt letztlich der Rechtsanwendung der Gerichte. Gleichmaßen weist jedoch Schack darauf hin, dass insoweit die Rolle des EuGH nicht zu unterschätzen sei. Die für Lichtbildwerke erforderliche Schöpfungshöhe ist nämlich im Rahmen des Art. 6 Schutzdauerrichtlinie dahingehend harmonisiert worden, dass diese erreicht sei, wenn die in Rede stehende Fotografie ein individuelles Werk in dem Sinne darstellt, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers ist. Weitere Kriterien seien zur Bestimmung der Schutzfähigkeit einer Fotografie nicht anzuwenden. Die Voraussetzungen an die Schutzfähigkeit eines Lichtbildwerkes sind hierdurch umfassend harmonisiert worden, die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH ist zu beachten. Der EuGH hat für die Prüfung des Vorliegens einer hinrei-

736 Steinbau, Wolfgang Ullrich: "Urheberrechte für die sozialen Netzwerke gänzlich suspendieren" (Interview), abrufbar unter irights.info/artikel/wolfgang-ullrich-urheberrechte-fuer-die-sozialen-netzwerke-gaenzlich-suspendieren/25429, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

737 Dreier, ZGE 2017, 135 (147).

738 Schack, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, *Weniger Urheberrecht ist mehr*, 2013, S. 9 (13 f.).

chenden Individualität Grundkriterien⁷³⁹ aufgestellt, deren Vorliegen im Einzelfall er ausdrücklich den nationalen Gerichten überlassen hat.⁷⁴⁰

Insgesamt ist nicht zu erwarten, dass die nationalen Gerichte eine Anhebung der bislang niedrigen Schutzwelle auf nationaler Ebene durchführen werden. Mit einer judikativen Umsetzung ist nicht ernsthaft zu rechnen.

b) Notwendige Kombination mit gesetzgeberischem Eingreifen

Ferner führte diese Lösung nur dann zum Erfolg, wenn sie gleichermaßen mit der Abschaffung des § 72 UrhG oder jedenfalls mit einer Begrenzung dessen auf Lichtbilder von Berufslichtbildnern einherginge. Andernfalls wären weiterhin sämtliche Lichtbilder, die die Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG nicht erreichten, vom Schutzbereich des § 72 UrhG erfasst, lediglich die Grenze zwischen einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk würde verschoben, was nur in denjenigen Fällen eine Auswirkung erzielte, in denen es auf die Differenzierung ankäme.

Kumulierte man jedoch die vollständige Abschaffung des § 72 UrhG mit der Anhebung der Schutzwelle ohne eine gesonderten Schutz für Berufslichtbildner zu schaffen, führte dies zu denjenigen Schwierigkeiten, die jüngst in der Schweiz bestimmend zu der Einführung des Schutzes einfacher Lichtbilder⁷⁴¹ führten.

739 Es muss eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers dergestalt vorliegen, dass in dem Werk seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt, was der Fall sein soll, wenn der Urheber bei der Herstellung des Werkes seine schöpferischen Fähigkeiten zum Ausdruck bringen konnte, indem er frei kreative Entscheidungen trifft, vgl. EuGH, Urt. v. 01.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166 (168), *Painer/Standard*.

740 EuGH, Urt. v. 01.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166 (168 f.), *Painer/Standard*.; Vgl. außerdem zu den allgemein geringen Anforderungen an Werke im Rahmen der Harmonisierungsbestrebungen der EU *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 2 *UrbG*, Rn. 22 f.

741 Künftig gewährleistet durch Art. 2 Abs. 3bis URG, vgl. Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung, Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), Änderung vom 27. September 2019, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/centers/epar/curia/2017/20170069/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.02.2020).

c) Exkurs: Lichtbildschutz in der Schweiz

In der Schweiz sind bislang gem. Art. 2 Abs. 2g URG nur fotografische Werke geschützt, Schutzvoraussetzung ist ein individueller Charakter der Fotografie, vgl. Art. 2 Abs. 1 URG. Die Berufsverbände der Fotografen, Bildagenturen und Bildarchive in der Schweiz haben in lang andauernden Reformbestrebungen argumentiert, es sei ein Lichtbildschutz für sämtliche Lichtbilder erforderlich, wie er auch in Österreich und Deutschland gewährt werde.⁷⁴² Nach einem langjährigen Kampf wurde nun am 27.09.2019 durch den National- und Ständerat⁷⁴³ einer URG-Revision und in diesem Zuge auch der Einführung eines Schutzrechtes für einfache Lichtbilder zugestimmt. Im Frühjahr 2020 soll die Umsetzung erfolgen.⁷⁴⁴ Bei der Bewertung dieser Reformbestrebungen in der Schweiz sind jedoch Besonderheiten des in der Schweiz bislang geltenden Rechts zu berücksichtigen.⁷⁴⁵ Während in der deutschen Rechtsprechung die Anforderungen an die schöpferische Leistung gem. § 2 Abs. 2 UrhG, die für die Annahme eines Lichtbildwerkes vorliegen muss, denkbar gering sind, stellt die schweizerische Rechtsprechung teilweise hohe Anforderungen an das Kriterium des individuellen Charakters. So hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt⁷⁴⁶ in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2016 zur erforderlichen Individualität eines fotografischen Werkes folgendes ausgeführt:

„Den Ausführungen der Beklagten kann vorbehaltlos gefolgt werden: Bildausschnitt und Proportionen der klägerischen Fotografie sind

742 Vgl. auch SBF, USPP, vfg, impressum, SAB, syndicom, *Positionspapier zur Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz*, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33019.pdf>, S. 191 f., zuletzt abgerufen am 14.02.2020; *Arbeitsgruppe Lichtbildschutz, Das Ende des Bilderklaus in der Schweiz?*, abrufbar unter fotografie-urheberrecht.com/Argumentarium_deutsch.pdf, zuletzt abgerufen am 07.02.2020.

743 Vgl. zur Chronologie *Amtliches Bulletin*, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=46139>, zuletzt abgerufen am 07.02.2020.

744 Vgl. Berichterstattung unter *Urs Tillmanns, Parlament stimmt der URG-Revision und damit dem Lichtbildschutz definitiv zu*, abrufbar unter www.fotointern.ch/archiv/2019/09/30/parlament-stimmt-der-urg-revision-und-damit-dem-lichtbildschutz-definitiv-zu/, zuletzt abgerufen am 07.02.2020.

745 Zum urheberrechtlichen Schutz von Fotografien in der Schweiz im Rechtsvergleich zu Österreich vgl. *Pausa, Der urheberrechtliche Lichtbildschutz im Rechtsvergleich*, S. 132 ff.

746 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, *Entscheid v. 20.05.2016 – ZK.2015.9.*

nicht originell oder individuell; es handelt sich bei der klägerischen Fotografie um ein Bild, das – vor allem mit den heute vorhandenen technischen Hilfsmitteln – auch andere in gleicher oder zumindest sehr ähnlicher Weise zustande bringen können (vgl. BGE 130 III 168 E. 4.3 und 4.5). Es hebt sich vom allgemein Üblichen nicht in relevanter Weise ab (siehe dazu insbesondere die von der Beklagten eingereichten Bilder in Klageantwort Beilagen 4–6 sowie 8, 9, 11 und 12; vgl. BGE 130 III 714 E. 2.3 in fine). Mit welcher Technik oder welchem Aufwand das Ergebnis erzielt wurde, ist nicht relevant. Dass sich die Stadt baulich verändert und damit auch die Ansicht auf das Kleinbasel, hat nichts mit der Bildkomposition und der statistischen Einmaligkeit beziehungsweise Originalität zu tun. Nicht das abgebildete Motiv muss originell sein und individuellen Charakter aufweisen, sondern das Werk; es geht um die statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung (vgl. BGE 130 III 168 E. 4.5; BGE 130 III 714 E. 2.3).“
(Hervorhebungen durch die Verfasserin)

Hier wird deutlich, dass die Anforderungen des § 2 Abs. 2 UrhG deutlich hinter den Anforderungen zurückbleiben, die in der Schweiz teilweise an den für den Schutz fotografischer Werke erforderlichen individuellen Charakter gestellt werden. Diese hohen Schutzanforderungen führen bei dem Fehlen eines Auffangschutzes für sonstige Lichtbilder dazu, dass vor allem Berufslichtbildner dem Risiko ausgesetzt waren, keinen Schutz für ihre Lichtbilder zu erlangen. Insbesondere für journalistische und dokumentarische Lichtbilder schied ein Lichtbildschutz mangels individueller Gestaltung aus. Nach langjährigen Debatten unter besonderem Mitwirken der Berufsverbände der Fotografen wurde nunmehr ein Schutzrecht für einfache Lichtbilder beschlossen. Gerade aus dem Positionspapier zur Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz, das die entsprechenden Berufsverbände zu Beginn der Diskussionen im Mai 2013 verfassten, wird deutlich, dass primär Lichtbilder von Berufslichtbildnern im Fokus standen und nicht etwa die Notwendigkeit eines einfachen Lichtbildschutzes zum Schutz privater Knipsbilder behauptet wurde.⁷⁴⁷

747 SBF, USPP, vfg, impressum, SAB, syndicom, Positionspapier zur Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33019.pdf>, S. 191f., zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

d) Bewertung

Die Anhebung der Schutzwelle gem. § 2 Abs. 2 UrhG wäre auf judikativer Ebene möglich, jedoch kaum zu erwarten. Sollte eine Anhebung erfolgen, entfaltete diese ihre Wirkung jedoch erst in der Kombination mit der teilweisen oder vollständigen Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes. Die Kombination der Anhebung der Schutzwelle gem. § 2 Abs. 2 UrhG mit der vollständigen Abschaffung des Lichtbildschutzes führte jedoch zu erheblichen Beeinträchtigungen der Berufslichtbildner. Diesen wäre dann nicht nur der Lichtbildschutz zu versagen, wenn sie nicht die Anforderungen der geltenden Grundsätze des Schutzes der kleinen Münze nicht erfüllten, sogar darüber hinausgehend würden die Anforderungen an den Schutz der Lichtbilder angehoben. Es entstünde dann eine solche Ausgangssituation, wie sie in der Schweiz jüngst zur Einführung des Schutzes einfacher Lichtbilder führte, eine Kombination dieser Lösungsansätze erscheint deshalb nicht gewinnbringend.

Dies gilt umso mehr als dem Positionspapier der Berufsverbände entnommen werden kann, dass die Forderungen zu einem Zeitpunkt aufgestellt wurden, zu dem jedenfalls in der Schweiz die Bildverwerter die Bezahlung eines Honorars nicht von der „Gestaltungshöhe“ einer Fotografie abhängig machten und vereinzelt die Schutzlosigkeit einfacher Fotografien zu kommerziellen Vorteilen ausgenutzt worden sei.⁷⁴⁸ Die Einführung des Lichtbildschutzes wurde durch die Berufsverbände jedoch als notwendig erachtet, um diejenigen in die Schranke zu weisen, die sich zunehmend über das Internet Fotografien beschafften und diese ohne Einholung etwaiger Erlaubnisse nutzten. In einem Rechtssystem, in dem wie in der Bundesrepublik Deutschland ein bestehender Schutz einfacher Lichtbilder abgeschafft würde, kann sich nicht darauf verlassen werden, dass zwischen dem Wert einfacher Lichtbilder und Lichtbildwerken (dann berechtigt⁷⁴⁹) nicht differenziert würde. Im Übrigen ist seit der Erstellung des Positionspapiers im Mai 2013 die Nutzung von Lichtbildern im Internet durch die fortwährend steigende Digitalisierung noch einfacher und noch üblicher geworden, sodass das Bewusstsein für die etwaige Erforderlichkeit der Ein-

748 SBF, USPP, vfg, impressum, SAB, syndicom, Positionspapier zur Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33019.pdf>, S. 191f., zuletzt abgerufen am 14.02.2020.

749 Vgl. die diesbezügliche Ausführungen im Zusammenhang mit der Darstellung der Folgen einer vollständigen Abschaffung des Lichtbildschutzes unter Kapitel 4, C) II) 2).

holung von Erlaubnissen eher gesunken sein dürfte und spätestens bei einer aktiven Abschaffung des einfachen Lichtbildschutzes endgültig entfallen dürfte.

III) Zusammenfassung und Lösungsvorschlag

Die vorherigen Ausführungen zeigen, dass keine der aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten für sich allein geeignet ist, sämtlichen Schwierigkeiten entgegenzutreten, die sich aus den tatsächlichen Veränderungen der Fotografie und deren Nutzungsmöglichkeiten ergeben. Angesichts der entstehenden Wertungswidersprüche und/oder Schutzlücken bei der Verfolgung der jeweiligen einzelnen Lösungsansätze erscheint es angemessener, die Berücksichtigung der Interessen des digitalen Zeitalters in einer Kombination der verschiedenen Lösungsansätze zu suchen. Die vollständige Abschaffung des Lichtbildschutzes führte zu erheblichen negativen Auswirkungen, die einen solch radikalen Schnitt als zu weitgehend erscheinen lassen. Nicht nur die Lebensgrundlage zahlreicher Berufsfotografen würde ins Wanken gebracht, auch könnte sich die Abschaffung dieses Schutzrechtes zum Nachteil der digitalen Gesellschaft negativ auf die Kommunikation und Berichterstattung mittels Lichtbildern auswirken, da insoweit erstmalige Zugänglichmachungen hinausgezögert würden. Es bestünde das Risiko eines Rückschrittes der Schnelligkeit des Informationszeitalters.

Auch die Wandlung des Leistungsschutzrechtes in ein echtes investitions-schützendes Leistungsschutzrecht sowie die Lösung über eine Kategorisierung schutzwürdiger Lichtbilder durch Kategorisierung der Abbildungsgegenstände überzeugt aufgrund des möglichen Ausuferns eines solchen Schutzrechtes oder des Entstehens von Schutzlücken nicht.

Sinnvoll erscheint letztlich die Kombination aus

- der teilweisen Abschaffung des § 72 UrhG unter Aufrechterhaltung des Leistungsschutzrechtes für Lichtbilder, die berufsmäßig hergestellt werden und Lichtbilder aus Wissenschaft und Technik;
- der Einführung einer Social-Media-Schranke für private Lichtbild-Nutzungen sowie
- ggf. der Anhebung der Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG.

Die Einschränkung des Leistungsschutzrechtes auf Lichtbilder, die von Berufslichtbildnern hergestellt werden sowie auf Lichtbilder aus Wissenschaft und Technik ist zur Anpassung des Lichtbildschutzes an das digitale Zeitalter sachgerecht: Alltäglichen Knipsbildern sowie einfachen Produktbildern, denen weder eine besondere Leistung des Lichtbildners noch ein

besonderes schutzwürdiges Interesse am Schutz der Lichtbilder zugesprochen werden kann, würde der Schutz versagt. Es würde ein Schutzrecht abgeschafft, in dem Umfang, in dem Privatpersonen ohnehin nur selten das Bestehen von Schutzrechten wahrnehmen, an dem begangene Rechtsverletzungen nur in den wenigsten Fällen wirklich verfolgt werden und gegen das im Alltag ständig verstoßen wird. Hingegen wird das anzuerkennende Interesse bei Berufslichtbildnern sowie bei der Herstellung von Lichtbildern aus Wissenschaft und Technik anerkannt. Dieses besteht bei Berufslichtbildnern in der Sicherung ihrer Erwerbsgrundlage, weshalb das Leistungsschutzrecht für diese Personengruppe beibehalten werden sollte. Dass die Interessen von Berufslichtbildnern seit jeher Berücksichtigung in Gesetzgebungsverfahren fanden, zeigen auch die Diskussionen zum Schutz von Lichtbildern im Vorfeld des UrhG 1965.⁷⁵⁰

Dieses Ergebnis wird auch gestützt durch die dargestellten Entwicklungen des Lichtbildschutzes in der Schweiz. Bei Lichtbildern aus Natur und Technik lässt sich der Schutz mit dem regelmäßig zur Herstellung derselben erforderlichen Aufwand rechtfertigen. Auch werden Reproduktionsfotografen oder Museen, die regelmäßig von Berufslichtbildnern abgeleitete Nutzungsrechte besitzen – soweit Art. 14 DSM-Richtlinie nicht entgegensteht – vor der gewerblichen Verwertung der unter nicht nur unerheblichem Aufwand hergestellten Lichtbilder durch Dritte geschützt. Die Verwertung derselben und die damit einhergehende Gewinnerzielung bleiben (außerhalb des Anwendungsbereiches des Art. 14 DSM-Richtlinie) ihnen mithin vorbehalten. Zur Vermeidung möglicherweise entstehender Rechtsunsicherheiten, welche Lichtbilder unter dieser Beschränkung des § 72 UrhG weiterhin geschützt sind, erscheint es angemessen, eine Kennzeichnungspflicht als konstitutive Schutzvoraussetzung zu normieren und missbräuchliche Entfernungen bzw. Nutzungen des Kennzeichens zu sanktionieren.

Die daneben zur Anpassung des Lichtbildschutzes an die geänderte Funktion von Lichtbildern im Zeitalter der vernetzten Kommunizierbarkeit⁷⁵¹ vorgeschlagene Einführung einer Social-Media-Schranke unter Ausnahme von Handlungen, die zu gewerblichen Zwecken vorgenommen

750 Vgl. hierzu unter Kapitel 1 D) I), insbesondere auch *Riedel*, GRUR 1951, 378 (378 f.) hinweisend auf das besondere Interesse der Berufslichtbildner an einem möglichst umfassenden und lang andauernden Schutz ihrer Lichtbilder.

751 Der zutreffende Begriff des Zeitalters der digitalen Kommunizierbarkeit geht zurück auf *Dreier*, ZGE 2017, 135; *Dreier, Bild und Recht*, 1. Auflage, 2019, S. 188 in Anlehnung an *Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, 1939.

werden, wird den inzwischen geänderten tatsächlichen Umständen und insbesondere veränderten Bedingungen der Herstellung und Verbreitung von Lichtbildern sowie der neuen Rolle des Lichtbildes als Kommunikations- und Informationsmedium ebenfalls gerecht. Die Einführung einer solchen Schranke ist auf nationaler Ebene umzusetzen, eine EU-weite Regelung, die auch Lichtbildwerke erfasste, sollte jedoch forciert werden. Soweit eine EU-weite Regelung nicht erreicht werden kann, kann sich die Schranke ausschließlich auf einfache Lichtbilder beziehen, die unter dem nationalen Recht geschützt sind. Dies bedeutet nach dem hier verfolgten Lösungsansatz, dass die Lichtbilder von Berufslichtbildnern der Schranke unterworfen wären, deren Vervielfältigung, öffentliche Zugänglichmachung, Wiedergabe und Bearbeitung in den sozialen Medien mithin zulässig wäre. Die hiermit einhergehende höhere Gewichtung der Interessen der Allgemeinheit gegenüber den Interessen des Lichtbildners überzeugt in diesem Kontext. Denn es wird einerseits dem Kommunikationszweck der Lichtbilder Rechnung getragen, andererseits wird der Berufslichtbildner nicht unbillig benachteiligt, da durch den Ausschluss gewerblicher Nutzungen seinen Interessen hinreichend Rechnung getragen wird.

Um auch die Gefahr der Abmahnung Dritter wegen der Nutzung einfacher Produktbilder, die aufgrund einzelner Gestaltungsmerkmale angesichts der geringen Schutzwelle des § 2 Abs. 2 UrhG bereits als Lichtbildwerk zu erfassen wären, einzudämmen, wäre zusätzlich die Anhebung der Voraussetzungen für das Erreichen der erforderlichen Schöpfungshöhe wünschenswert, wenn auch nicht zwingend erforderlich. Denn hierdurch würde z.B. auch denjenigen Abmahnungen in „eBay-Fällen“ die Grundlage entzogen, bei denen Ansprüche auf Lichtbilder gestützt werden, die letztlich keinen anderen Zweck haben als ein Produkt zu präsentieren, jedoch gleichwohl Werkqualität aufweisen. Realistischer Weise ist jedoch eine solche nicht zu erwarten.

Die vorgeschlagene Lösung steht auch im Einklang mit der Gesamtentwicklung des Lichtbildschutzes. Seit 1965 hat der einfache Lichtbildschutz durch gesetzgeberische Maßnahmen immer stärker an seiner Position als dem Lichtbildwerk gleichgestelltes Schutzrecht eingebüßt. So wurde die Gleichstellung von einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk durch die Reform 1985 aufgegeben, die Schutzrechte wurden hierdurch insbesondere unterschiedlichen Schutzfristen und Anknüpfungspunkten für den Beginn der Schutzfrist unterworfen. Sodann hat die Einführung des § 51 S. 3 UrhG durch das UrhWissG vom 01.09.2017, soweit man nicht davon aus-

geht, dass dies bereits unter § 51 UrhG a.F. möglich war⁷⁵², das Schutzrecht dahingehend eingeschränkt, dass Lichtbilder auch zur Zitation des abgebildeten Gegenstandes zustimmungsfrei genutzt werden dürfen. Insofern ist zwar festzustellen, dass dies gleichermaßen für Lichtbildwerke gilt, gleichwohl geht hiermit eine Einschränkung des einfachen Lichtbildschutzes als gegenüber dem abgebildeten Gegenstand eigenständiges Schutzrecht einher. Ferner wurden, was wiederum keine gesetzgeberische Maßnahme darstellt, die ausschließlich zulasten des einfachen Lichtbildschutzes getroffen wurde, durch die Einführung des § 97a Abs. 3 UrhG eine gesetzgeberische Maßnahme getroffen, die sich bei einfachen Lichtbildern, denen keine schöpferische und nur in – relativ betrachtet – wenigen Fällen eine sonstige Leistung zugrundeliegt, deren Rechtsverfolgung vom Lichtbildner unbedingt verteidigt wird, in besonderem Maße auswirkt. Durch Umsetzung von Art. 14 DSM-Richtlinie wird der einfache Lichtbildschutz weiter gestützt werden, indem die Differenzierung zwischen einfachem Lichtbild und Abbildungsgegenstand weiter aufgeweicht wird. In diesem Fall erfolgt auch eine Diskriminierung einfacher Lichtbilder gegenüber Lichtbildwerken, indem nur einfachen Lichtbildern der Schutz versagt wird, die gemeinfreie Werke abbilden, während Lichtbildwerken trotz Abbildung gemeinfreier Werke ein Schutzrecht zugestanden wird.

Die vorgeschlagene Lösung berücksichtigt die derzeit herrschenden Interessen und bringt diese in einen angemessenen Ausgleich. Sie ist zeitgemäß und könnte dem weiteren Verlust des Ansehens des Urheberrechts entgegenwirken, da in einem wesentlichen Bereich dafür Sorge getragen würde, dass ein Schutzrecht gewährt würde, das auf der einen Seite die Inhaber nicht interessiert und auf der anderen Seite ein erhebliches Missbrauchspotential aufweist.

752 Vgl. insoweit zur Lösung über eine verfassungskonforme Auslegung des § 51 UrhG: *Schack*, in: Schierholz/Melichar, Kunst, Recht und Geld, *Bildzitate zu Lasten der Fotografen?*, 2012, S. 217 (212 ff.); Hierzu außerdem *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts* (§ 72 UrhG), 2017, S. 205 (213 f.)