

Kapitel 2: Der Schutzgegenstand des Lichtbildes im Rahmen des UrhG

A) Gesetzliche Systematik

Der Schutz von Lichtbildwerken und Werken, die ähnlich wie Lichtbilder geschaffen werden, ist in § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG normiert und damit in Teil 1 des UrhG (§§ 1 bis 69g UrhG) verankert, dessen Inhalt die Regelungen zum Urheberrecht im engeren Sinn sind. Demgegenüber werden einfache Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, durch die Vorschrift des § 72 UrhG geschützt und damit dem 2. Teil des UrhG (§§ 70 bis 87h UrhG), der die sog. verwandten Schutzrechte erfasst, zugeordnet.

Grundlage der Differenzierung zwischen dem Urheberrecht im engeren Sinne und den verwandten Schutzrechten ist, dass das Urheberrecht im engeren Sinne, wie es dem 1. Teil des UrhG zugrunde liegt, ausschließlich solche Leistungen schützen soll, die Ergebnis einer persönlichen geistigen Schöpfung des Urhebers sind, vgl. § 2 Abs. 2 UrhG.

Demgegenüber liegt eine solche persönliche geistige Schöpfung den verwandten Schutzrechten, also den „Leistungen anderer Art, die der schöpferischen Leistung des Urhebers ähnlich sind oder in Zusammenhang mit den Werken der Urheber erbracht werden“⁷¹, nicht zugrunde. Dennoch wurden die sogenannten verwandten Schutzrechte vom Gesetzgeber als dem Grunde nach ebenfalls schützenswert erachtet. Gegenstand des Schutzes ist in diesen Fällen jedoch anders als dies bei den sonstigen Schutzgütern des UrhG der Fall ist, nicht eine schöpferische, sondern vielmehr eine rein persönliche, technische, wirtschaftliche und/oder organisatorische Leistung⁷² ohne schöpferischen Charakter. Aufgrund dieser Schutzgegenstände werden die verwandten Schutzrechte auch als Leistungsschutzrechte bezeichnet.

Zur näheren Differenzierung zwischen Lichtbildern und Lichtbildwerken vgl. Kapitel 2, B) II).

71 Gesetzesbegründung vom 23.03.1962, BTDrucks IV/270, S. 33f.

72 Dreier, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, vor §§ 70ff., Rn. 2.

B) Schutzgegenstand des § 72 UrhG

I) Entstehung von Lichtbildern und Erzeugnissen, die wie Lichtbilder hergestellt werden – Technische Anforderungen

Sowohl der Schutz der Lichtbildwerke und ähnlicher Erzeugnisse nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG als auch der Schutz einfacher Lichtbilder und ähnlicher Erzeugnisse nach § 72 UrhG setzen zunächst das Vorliegen eines Lichtbildes oder eines ähnlichen Erzeugnisses voraus. Bevor also untersucht werden kann, welche Lichtbilder und ähnliche Erzeugnisse Schutz unter dem Urheberrechtsgesetz genießen oder nicht, wem die Rechte an Lichtbildern und ähnlichen Erzeugnissen zustehen und welchen Schutzinhalt diese aufweisen, ist zunächst zu klären, wann überhaupt ein Lichtbild oder ein ähnliches Erzeugnis vorliegt, die technischen Voraussetzungen an die Entstehung eines solchen also erfüllt sind.

Lichtbilder zeichnen sich im Allgemeinen dadurch aus, dass tatsächliche, von der Natur vorgegebene Gegebenheiten abgebildet werden.⁷³ Im Zuge der zunehmenden technischen Entwicklung und der – in der jüngeren Vergangenheit – damit einhergehenden Digitalisierung wurden unterschiedlichste Möglichkeiten entwickelt, dieses Ziel zu erreichen.

Wurden zur Herstellung einer Fotografie zu Beginn z.B. noch mit Asphalt und Lavendelöl überzogene Silberplatten dem Licht ausgesetzt und nach der erforderlichen (langen) Belichtungszeit mit Lösungsmitteln übergossen (sog. Heliographie)⁷⁴ oder mit Silberschichten überzogene Kupferplatten, die sodann mittels Jod- und Quecksilberdämpfen behandelt wurden, verwendet (sog. Daguerreotypen)⁷⁵, reicht es heute aus, den Touchscreen des Smartphones zu berühren, wodurch eine digitale Fotografie erzeugt wird.

Es stellt sich angesichts der unterschiedlichen Aufnahmetechniken die Frage, in welchen Fällen es sich um ein Lichtbild i.S.d. UrhG handelt, in welchen Fällen lediglich ein ähnliches Erzeugnis vorliegt oder wann kein Schutzobjekt des § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG bzw. des § 72 UrhG erzeugt wird.

73 So bereits Riezler, *Deutsches Urheber- und Erfinderrech*t, 1909, S. 407 („Das Kunstwerk gibt eine Vorstellung wieder, die Photographie eine in der Natur gegebene Realität.“).

74 Brauchitsch, *Kleine Geschichte der Fotografie*, 3. Auflage, 2018, S. 29.

75 Brauchitsch, *Kleine Geschichte der Fotografie*, 3. Auflage, 2018, S. 30.

1) „Ursprung des Lichtbildschutzes – Analoge Fotografie

Der Begriff des Lichtbildes ist zunächst historisch geprägt: Ursprung des Lichtbildschutzes ist die analoge Fotografie, bei der die Fotografie durch Belichtung einer lichtempfindlichen Platte oder eines Films entsteht. Hier-von erfasst werden z.B. Heliographien⁷⁶, Daguerreotypien⁷⁷, Ferrotypien⁷⁸, sowie Fotografien, die im Kollodium-Nassplatten-Verfahren⁷⁹ oder deutlich später durch Verwendung der sog. Kodak-Box und des Zelluloid-Roll-films, der die "Schleusen für die private Bilderflut"⁸⁰ öffnete, hergestellt werden. Grundlage dieser Formen der Fotografie war jeweils der Einsatz von Strahlenquellen. Durch diese analogen Techniken und damit unter Einsatz von Strahlenquellen entstandene Fotografien stellen demnach die originäre Form des Lichtbildes dar.

Wurde unter dem KUG (1907) noch ausdrücklich die „Photographie“ geschützt, änderte sich die Begrifflichkeit durch das UrhG (1965), sodass seither Schutzgegenstand das „Lichtbild“ ist. Der Gesetzgeber nahm im Rahmen der Gesetzesbegründung zum UrhG Bezug auf die ursprüngliche Formulierung, und führte aus, die Erwähnung der Lichtbildwerke in § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG entspreche dem Wortlaut der „Werke der Photogra-phie“ nach geltendem Recht. Der Gesetzgeber verwendete den Begriff des „Lichtbildes“ damit synonym für den ursprünglichen Begriff der „Photo-graphie“.⁸¹ Die Änderung des Begriffes sollte demnach nicht zu einer Än-derung des Schutzgegenstandes führen. Auch infolge der Veränderung der Begrifflichkeiten kann damit von der analogen Fotografie als Vorbild und Ursprung des Lichtbildschutzes ausgegangen werden.

2) Weitere Entstehungsformen des Lichtbildes bzw. ähnlicher Erzeugnisse, die wie Lichtbilder hergestellt werden

Von den analogen Fotografie-Techniken ausgehend und an diese anknüp-fend, wurden verschiedene Definitionen für den Begriff des Lichtbildes entwickelt:

76 *Brauchitsch, Kleine Geschichte der Fotografie*, 3. Auflage, 2018, S. 29.

77 *Brauchitsch, Kleine Geschichte der Fotografie*, 3. Auflage, 2018, S. 30.

78 *Brauchitsch, Kleine Geschichte der Fotografie*, 3. Auflage, 2018, S. 54.

79 *Brauchitsch, Kleine Geschichte der Fotografie*, 3. Auflage, 2018, S. 41.

80 *Brauchitsch, Kleine Geschichte der Fotografie*, 3. Auflage, 2018, S. 120.

81 Gesetzesbegründung vom 23.03.1962, BTDrucks IV/270, S. 37.

Nach der Definition *Bullingers* entstehe ein Lichtbild durch alle Verfahren der Bildaufzeichnung, die Bilder mittels strahlender Energie erzeugen.⁸² *Loewenheim* bejaht die Existenz eines Lichtbildes dann, wenn eine durch Strahlung bewirkte chemische oder physikalische Veränderung strahlungsempfindlicher Schichten zu dem Entstehen einer Abbildung führe.⁸³ Ferner sei der Lichtbildbegriff um die digitale Festlegung von Bildern zu erweitern.⁸⁴

A. *Nordemann* geht sogar so weit, dass er alle Bilder als Lichtbilder einordnet, die in einem fotografischen oder der Fotografie in Wirkungsweise und Ergebnis ähnlichen Abbildungsverfahren geschaffen wurden.⁸⁵ So dann verwendet er dieselbe Definition als Ergebnis seiner vorherigen Ausführungen nicht nur für Lichtbilder sondern gleichermaßen auch für die in ähnlichen Verfahren geschaffenen Produkte.⁸⁶

Letztgenannte Auffassung widerspricht zwar der gesetzlichen Systematik, die ganz unmissverständlich zwischen Lichtbildern einerseits und ähnlichen Erzeugnissen, die wie Lichtbilder hergestellt werden, andererseits, differenziert, trägt jedoch zeitgleich dem Umstand Rechnung und verdeutlicht, dass eine eindeutige Grenzziehung zwischen den beiden Varianten nicht möglich ist und es einer solch künstlichen Aufspaltung aufgrund der Gleichstellung im Ergebnis auch nicht bedarf. Der Schutz lichtbildähnlicher Erzeugnisse dient gerade der Erfassung solcher Aufnahmetechniken, die der Herstellung von Lichtbildern ähnlich und vergleichbar und aus diesem Grund zu schützen sind.

Wenn nunmehr – wie von *Loewenheim* postuliert – das Erfordernis einer chemischen oder physikalischen Reaktion an das Vorliegen eines Lichtbildes gestellt wird, lässt sich die Annahme dieses Erfordernisses nicht zuletzt auf den Ursprung der Lichtbilder, die analoge Fotografie, zurückführen. Ob der Ursprung der Fotografie es erfordert, den Lichtbildbegriff auf solche Mechanismen zu begrenzen, ist fraglich. Letztlich ist dies aber auch irrelevant. Denn Einigkeit besteht dahingehend, dass alle mittels strahlender Energie erzeugten Bilder jedenfalls ein dem Lichtbild ähnliches Erzeugnis

82 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 2 UrbG, Rn. 113.

83 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 2 UrbG, Rn. 208. m.w.N.

84 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 2 UrbG, Rn. 208.

85 *Nordemann*, *Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk*, 1992, S. 66.

86 *Nordemann*, *Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk*, 1992, S. 66.

darstellen.⁸⁷ Damit werden auch alle mittels strahlender Energie erzeugten Bilder unabhängig vom Vorliegen einer chemischen oder physikalischen Reaktion vom Schutzbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG bzw. des § 72 UrhG erfasst, ohne dass es einer exakten Abgrenzung zwischen Lichtbildern bzw. Lichtbildwerken einerseits und lichtbild(-werk-) ähnlichen Werken und Erzeugnissen andererseits bedürfte.⁸⁸

Neben der klassischen analogen Fotografie fallen unter den technischen Lichtbildbegriff und die lichtbildähnlichen Erzeugnisse nach allgemeiner Auffassung Fotokopien, Makrokopien, Röntgenaufnahmen sowie Lichtbilder, die mit einer Digitalkamera oder einer Smartphone-Kamera aufgenommen werden.⁸⁹

II) Differenzierung zwischen Lichtbildern und Lichtbildwerken

1) Ausgangspunkt

Ein Lichtbildwerk i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG ist das Ergebnis einer persönlichen geistigen Schöpfung des Urhebers, während eine schöpferische Leistung für die Einordnung eines Erzeugnisses als einfaches Lichtbild gem. § 72 UrhG nicht erforderlich ist. Demnach ist anhand des Merkmals der persönlichen geistigen Schöpfung eine Abgrenzung zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk vorzunehmen, dieses Merkmal bestimmt die Schwelle zwischen Leistungsschutz und Urheberrechtsschutz.

In der Praxis abdingbar ist eine derartige Abgrenzung unter dem geltenden Recht dann, wenn für den jeweiligen Rechtsstreit es nicht entscheidungserheblich ist, ob ein einfaches Lichtbild oder ein Lichtbildwerk vorliegt. Genügt zur Entscheidung des Rechtsstreits die Einordnung des Erzeugnisses als Schutzgut nach § 72 UrhG, da die begehrten Rechtsfolgen hierdurch bereits unterschiedslos eintreten, ist die Vornahme einer weiteren Abgrenzung entbehrlich. Denn jedes Lichtbildwerk stellt gleicherma-

87 BGHZ 37, 1, *AKI; Ahlberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition, Stand: 20.04.2018, 2018, § 2 *UrbG*, Rn. 33; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, *vor* §§ 70 ff., Rn. 199.

88 So im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (Rn. 23), *Museumsfotos*.

89 Vgl. etwa *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 *UrbG*, Rn. 8 ff.; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrbG*, Rn. 3 ff.; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, 5. Auflage, 2017, § 2 *UrbG*, Rn. 208.

ßen ein einfaches Lichtbild dar, das jedoch zusätzlich die relevante Schöpfungshöhe aufweist, um als Werk i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrbG anerkannt zu werden.⁹⁰ Das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung begrenzt mithin den Schutzbereich des Lichtbildwerkes gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrbG nach unten. Eine Begrenzung des Schutzbereiches einfacher Lichtbilder i. S. d. § 72 UrbG im Sinne einer Obergrenze desselben existiert demgegenüber nicht, der Schutz einfacher Lichtbilder bildet den „Unterbau zum urheberrechtlichen Werkschutz“⁹¹:

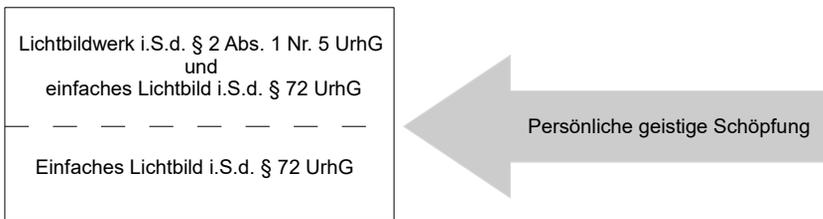


Abbildung 1: Abgrenzung einfaches Lichtbild vs. Lichtbildwerk

Aufgrund dieses Umstandes existiert bei der Geltendmachung von Ansprüchen, die sowohl auf den Schutz einfacher Lichtbilder als auch auf den

90 A.A. *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts (§ 72 UrbG)*, 2017, S. 205 (208 f.), der eine Negativabgrenzung zwischen einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk anhand des Kriteriums der individuellen Prägung fordert und von einer die Annahme zweier nebeneinander bestehender Rechte ausschließenden Konsumtion des Lichtbildschutzrechts durch das Urheberrecht am Lichtbildwerk ausgeht. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht überzeugend, insbesondere, da es der gesetzgeberischen Wertung entgegensteht. Der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten kann nur dadurch angemessen Rechnung getragen werden, dass jedes Lichtbildwerk zugleich als einfaches Lichtbild geschützt wird, damit der Lichtbildner nicht darauf angewiesen ist, sicherheitshalber zwei Schutzrechte geltend zu machen (dies bedeutete nämlich auch, dass es sich um zwei Streitgegenstände handelte, hierzu näher sogleich). Die Übergänge zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk sind fließend, dem war sich der historische Gesetzgeber bewusst, die Annahme der Konsumtion bedeutete im Umkehrschluss, dass doch in jedem einzelnen Fall entscheiden werden müsste, ob die Schöpfungshöhe erreicht wäre oder nicht, ein Offenlassen dieser Frage wäre dann nicht mehr möglich. Dann aber hätte es der Einführung des § 72 UrbG zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten nicht bedurft.

91 *Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung*, 1. Auflage, 2018, S. 119.

Schutz von Lichtbildwerken gestützt werden, eine prozessuale Besonderheit:

Üblicherweise wird der prozessuale Streitgegenstand durch den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt einerseits und den gestellten Klagantrag andererseits bestimmt (sog. zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff⁹²). Dies führt bei der Geltendmachung von Schutzrechten grundsätzlich dazu, dass verschiedene Streitgegenstände vorliegen, wenn ein Klagantrag auf Grundlage zweier verschiedener Schutzrechte geltend gemacht wird.⁹³ Aufgrund der Besonderheit, dass jedes Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG gleichzeitig auch ein einfaches Lichtbild i.S.v. § 72 Abs. 1 UrhG darstellt, geht der BGH zutreffend davon aus, dass die Einordnung eines Lichtbildes als Lichtbildwerk oder einfaches Lichtbild lediglich rechtliche Aspekte eines einheitlichen Streitgegenstandes darstellt.⁹⁴

2) Abgrenzung

Das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung muss im Einzelfall festgestellt werden.

Wie zuvor⁹⁵ dargelegt, ist seit dem 1.7.1995 das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung auch danach zu beurteilen, ob eine hinreichende Individualität nach Art. 6 Schutzdauerrichtlinie⁹⁶ vorliegt. Aufgrund der klaren Aussage in Art. 6 Schutzdauerrichtlinie, dass weitere Kriterien nicht angesetzt werden dürfen, steht der Einordnung als Lichtbildwerk insbesondere die Alltäglichkeit oder Einfachheit der abgebildeten Gegenstände nicht entgegen. Damit können hiernach auch Produktbilder und Werbefotografien, sogenannte Zweckfotografien Urheberrechtsschutz genießen, soweit sie das erforderliche Maß an Individualität erreichen. An

92 Hierzu umfassend *Vollkommer*, in: Zöllner, 32. neubearbeitete Auflage, 2018, *Einl.*, Rn. 60 ff.

93 BGH, Urt. v. 07.12.2000 – I ZR 146/98, GRUR 2001, 755 (756 f.), *Telefonkarte*; Urt. v. 20.09.2007 – I ZR 94/04, GRUR 2007, 1066 (1070), *Kinderzeit*; BGHZ 189, 56, 58, *TÜV I*; Urt. v. 17.08.2011 – I ZR 108/09, GRUR 2011, 1043, 1044, *TÜV II*; *Schwippert*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 46. Kapitel, 2016, (Rn. 5a).

94 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (Rn. 13 ff.), *Museumsfotos*.

95 In Kapitel 1, D) IV) 2).

96 Richtlinie 93/98/EWG; nunmehr identisch Art. 6 der Richtlinie 2006/116/EG vom 12.12.2006.

das Vorliegen einer solchen Individualität werden keine hohen Anforderungen gestellt. Geschützt ist vielmehr – wie bereits unter Heranziehung des zuvor geltenden deutschen Rechts⁹⁷ – die kleine Münze, ein Mindestmaß an Gestaltungshöhe genügt.⁹⁸

In Literatur und Rechtsprechung werden unterschiedlichste Aspekte und Kriterien genannt, anhand derer festgestellt werden kann, ob die Anforderungen an ein Lichtbildwerk erfüllt sind. Für die Annahme eines Lichtbildwerkes sollen z.B. folgende Kriterien sprechen:

- individuelle Betrachtungsweise oder künstlerische Aussage des Fotografen in Abgrenzung zur lediglich gefälligen oder bloßen handwerklichen Abbildung⁹⁹;
- Vorliegen einer auf Gestaltung beruhenden Aussage¹⁰⁰
- ungewöhnliche Motivwahl und individueller Bildausschnitt¹⁰¹;
- sorgfältige Auswahl der Motive ausgerichtet an einem bestimmten Ziel der Darstellung¹⁰²
- Wahl einer ungewöhnlichen Perspektive¹⁰³;
- besondere Wirkung der abgebildeten Personen und/oder Gegenstände durch Perspektivwahl¹⁰⁴;

97 Vgl. hierzu Kapitel 1, D) IV) 2).

98 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 2 UrbG, Rn. 61; BGH, Urt. v. 27.01.1983 – I ZR 177/80, GRUR 1983, 377 (378), *Brombeermuster*; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 2 UrbG, Rn. 23 ff.

99 OLG München, Urt. v. 19.09.1996 – 6 U 6247/95, ZUM 1996, 388 (390); OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 2 UrbG, Rn. 213; OLG Hamburg, Urt. v. 05.11.1998 – 3 U 175/98, juris, Rn. 30; *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 2 UrbG, Rn. 2.

100 *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, 12. Auflage, 2018, § 2 UrbG, Rn. 196.

101 OLG Köln, Urt. v. 05.03.1999, GRUR 2000, 43 (44), *Klammerpose*; OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); KG Berlin, Urt. v. 28.03.2012 – 24 U 81/11, juris, Rn. 46.

102 So z.B. Lichtbilder prominenter Partygäste, die darauf abzielen, „die abgebildeten Personen mit ihrer Persönlichkeit, ihrer Vitalität, Fröhlichkeit, zum Teil auch mit einer gewissen Exaltiertheit hervorzuheben“; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.04.2008 – I-20 U 143/07, 20 U 143/07, juris, Rn. 12, *Urheberrechtsverletzung durch Bewerbung eines Buchs*.

103 OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); OLG München, Urt. v. 19.09.1996 – 6 U 6247/95, ZUM 1996, 388 (390); KG Berlin, Urt. v. 28.03.2012 – 24 U 81/11, juris, Rn. 46.

104 So z.B. bei Wirkung eines Wachmannes und im Raum positionierter Stühle als räumlich-gegenständliche Sperre aufgrund einer vom Boden ausgerichteten Perspektivwahl, vgl. OLG München, Urt. v. 19.09.1996 – 6 U 6247/95, ZUM 1996, 388 (390).

- besondere Verteilung von Licht und Schatten¹⁰⁵;
- besondere Kontrastgebung und Bildschärfe¹⁰⁶;
- Wahl des richtigen Moments bei Bewegungsvorgängen, Portraits oder dergleichen¹⁰⁷
- Auswahl bestimmter Aufnahmematerialien, die den Bildeindruck prägen, das Bildresultat in einer Weise beeinflusst oder prägt¹⁰⁸
- besonders gutes Einfangen der Stimmung¹⁰⁹ bzw. Schaffung einer bestimmten Atmosphäre¹¹⁰
- Darstellen einer Problematik in eindringlicher Aussagekraft¹¹¹
- Darstellung, die den Betrachter zum Nachdenken anregt¹¹²
- detailliertes Arrangement und Konzeption¹¹³, bewusste Gestaltung des Bildaufbaus¹¹⁴
- Auswahl der Entwicklungstechnik zur Herstellung des Abzugs oder Verwendung einer Bildbearbeitungssoftware¹¹⁵

105 OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); LG Köln, Urt. v. 12.12.2013 – 14 O 613/12, juris, Rn. 81; KG Berlin, Urt. v. 28.03.2012 – 24 U 81/11, juris, Rn. 46.

106 OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); LG Köln, Urt. v. 12.12.2013 – 14 O 613/12, juris, Rn. 81; KG Berlin, Urt. v. 28.03.2012 – 24 U 81/11, juris, Rn. 46.

107 So z.B. für einen „Moment höchster Dramatik“ bei einem Stierkampf: OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.06.2015 – I-20 U 230/14, WRP 2015, 1150 (1152); LG Köln, Urt. v. 12.12.2013 – 14 O 613/12, juris, Rn. 81; OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); KG Berlin, Urt. v. 28.03.2012 – 24 U 81/11, juris, Rn. 46.

108 LG Berlin, Urt. v. 25.03.2014 – 16 O 564/12, GRUR-RR 2014, 439, *Weißer Rose*.

109 OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); LG Köln, Urt. v. 12.12.2013 – 14 O 613/12, juris, Rn. 81; OLG Hamburg, Urt. v. 05.11.1998 – 3 U 175/98, juris, Rn. 30; LG Berlin, Urt. v. 25.03.2014 – 16 O 564/12, GRUR-RR 2014, 439 (440), *Weißer Rose*; LG Kassel, Urt. v. 04.11.2010 – 1 O 772/10, ZUM-RD 2011, 250 (251).

110 EuGH, Urt. v. 01.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166 (168), *Painer/Standard*.

111 OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); Urt. v. 05.11.1998 – 3 U 175/98, juris, Rn. 30.

112 OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219); Urt. v. 05.11.1998 – 3 U 175/98, juris, Rn. 30.

113 LG Köln, Urt. v. 12.12.2013 – 14 O 613/12, juris, Rn. 81.

114 OLG Hamburg, Urt. v. 05.11.1998 – 3 U 175/98, juris, Rn. 30; EuGH, Urt. v. 01.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166 (168), *Painer/Standard*.

115 EuGH, Urt. v. 01.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166 (168), *Painer/Standard*.

- Auswahl technischer Rahmenbedingungen wie z.B. Auswahl eines Kameratyps und Vornahme von Feineinstellungen (Blende, Zeit)¹¹⁶
- Verleihen einer persönlichen Note durch Auswahl der zur Herstellung des Abzugs eingesetzten Entwicklungstechnik oder Verwendung von Software¹¹⁷

Die verschiedenen Kriterien können nebeneinander angewendet werden und schließen einander keineswegs aus. Je nach Ausprägung der im Einzelfall vorgebrachten Kriterien kann auch das Vorliegen eines einzelnen Kriteriums genügen, das Vorliegen einer hinreichenden Individualität zu belegen, sodass die Anforderungen an ein Lichtbildwerk erfüllt sind. Dies kann etwa bei der Abbildung einer außergewöhnlichen Pose der Fall sein. Prominentes Beispiel hierfür sind Aufnahmen Gert Weigelts, der in seinen Fotografien besondere Posen als Stilmittel einsetzt, z.B.:



Abbildung 2: Gert Weigel, „Olaf Schmidt 1991“¹¹⁸

Die Ablichtung eines Mannes, auf dessen Kopf eine Frau liegt und deren Extremitäten an dem posierenden Mann links und rechts herunterhängen, ist bereits für sich derart außergewöhnlich, dass es einer besonderen Kontrastgebung, einer durchdachten und detaillierten Konzeption etc. – die bei den Fotografien Weigelts gleichwohl vorliegen – zur Begründung einer für die Annahme eines Lichtbildwerkes hinreichenden Individualität gar

116 BGH, Urt. v. 05.06.2003 – I ZR 192/00, GRUR 2003, 1035 (1037), *Hundertwasser-Haus*; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 12. Auflage, 2018, § 2 UrbG, Rn. 197.

117 EuGH, Urt. v. 01.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166 (168), *Painer/Standard*.

118 Abrufbar unter Gert Weigel, "Olaf Schmidt 1991", abrufbar unter gertweigel.files.wordpress.com/2018/06/olafschmidt_1991.jpg, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

nicht bedurft hätte. Auch die spontane Abbildung einer solchen Pose ohne weitere Auswahl von Kamera, Beleuchtung, Ort der Aufnahme und Modellen wäre mithin als Lichtbildwerk zu bewerten.

Problematisch gestaltet sich die Annahme eines Lichtbildwerkes auf Basis eines einzelnen Kriteriums hingegen dann, wenn ein einzelnes Kriterium tatsächlicher oder technischer Natur die Individualität begründen soll. Im Einzelfall wird dies nicht genügen, um die notwendige Individualität zu begründen. Dies z.B., wenn zwar für ein bevorstehendes Fotoshooting eine bestimmte Kamera ausgewählt wird, da diese aus Sicht des Lichtbildners bestimmte Anforderungen erfüllt, die für die Gestaltung der bei dem Fotoshooting zu erstellenden Lichtbilder relevant sind, er die Kamera jedoch vor dem Fotoshooting für einen Schnappschuss *zwischendurch* einsetzt und eine Fotografie alltäglicher Art aufnimmt, bei deren Erstellung er keine bewusste Entscheidung für die Heranziehung genau dieser Kamera, der besonderen Ausleuchtung, Anordnung des Motivs etc. trifft. Gleiches gilt für die Wahl des Aufnahmewinkels, soweit dieser aus tatsächlichen Gründen vorgegeben ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn durch ein winziges Loch in einer Wand hindurchfotografiert wird und eine Aufnahme des dahinter Verborgenen anderweitig überhaupt nicht möglich ist. In solchen Fällen ist davon auszugehen, dass zu dem Aufnahmewinkel weitere Kriterien hinzutreten müssen, um eine hinreichende Individualität des Lichtbildes feststellen zu können.

Tatsächliche oder technische Umstände, die lediglich zufällig eintreten oder aber bedingungsgemäß eintreten müssen, führen nicht zum Vorliegen einer hinreichend individuellen bzw. schöpferischen Leistung. Fehlen weitere Anhaltspunkte, handelt es sich in Ermangelung einer hinreichenden Individualität um einfache Lichtbilder i.S.v. § 72 UrhG.

3) Äußere und nachträgliche Umstände im Rahmen der Abgrenzung

a) Grundsatz

Sämtlichen genannten Kriterien zur Abgrenzung ist ferner eines gemein: Das Vorliegen einer hinreichenden Individualität muss bereits *bei Fertigstellung* des zu beurteilenden Lichtbildes oder Lichtbildwerkes vorliegen.

In der Vergangenheit hat sich die Rechtsprechung¹¹⁹ bereits mit Fällen befasst, in denen in Rede stand, ob eine im Zeitpunkt der Schöpfung eines Werkes vorliegende Individualität *nachträglich entfallen* könne. Einer solchen Auffassung wurde zu Recht entgegengetreten und festgestellt, dass der Zeitpunkt der Werkschöpfung für die Beurteilung der Schutzfähigkeit als Werk i.S.d. UrhG bzw. für das Vorliegen der erforderlichen Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG maßgeblich sei. Denn andernfalls führe gerade eine besondere Individualität zur Nachahmung und damit in der Folge dazu, dass durch die eingetretene Verwässerung die Eigentümlichkeit zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr als so stark empfunden werde.¹²⁰

Hier stellt sich demgegenüber die Frage, ob dem Herstellungsprozess nachgelagerte Prozesse einen Schutz als Werk *nachträglich begründen* können. Dies ist nicht der Fall. Die Individualität des Lichtbildwerkes muss sich aus dem Lichtbildwerk selbst ergeben, eine schöpferische Leistung kann nicht nachträglich entstehen. Umstände, die außerhalb des zu beurteilenden Lichtbildes oder Lichtbildwerkes bzw. des Herstellungsprozesses, liegen, bleiben dabei außer Betracht. Zutreffend erkannte unter dieser Annahme das OLG Hamburg¹²¹, dass das junge Alter eines Lichtbildners (13 Jahre) der Schutzfähigkeit des von ihm erstellten Lichtbildes als Lichtbildwerk nicht entgegenstehe. Bei der Beurteilung sei auf das Lichtbild abzustellen, es könne nur das maßgebend sein, was sich aus ihm selbst für den Betrachter erschließe. Dem ist vollumfänglich zuzustimmen. Das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung ist anhand der Tätigkeit des Lichtbildners und anhand des Objektes zu beurteilen, das diese Schöpfung verkörpert. Das Alter des Lichtbildners spielt hier keine Rolle und ist folglich bei der Bewertung grundsätzlich außer Acht zu lassen.

119 BGH, Urt. v. 27.02.1961 – I ZR 127/59, GRUR 1961, 635 (638), *Stahlrohrstuhl*; Urt. v. 27.05.1981 – I ZR 102/79, GRUR 1981, 820 (822), *Stahlrohrstuhl II*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.03.1996 – 20 U 178/94, ZUM 1998, 61 (65), *Stahlrohrstuhl von Mart Stam*; OLG Köln, Urt. v. 13.07.2012 – I-6 U 225/08, 6 U 225/08, GRUR-RR 2013, 5 (10), *bambinoLÜK II*.

120 BGH, Urt. v. 27.02.1961 – I ZR 127/59, GRUR 1961, 635 (638), *Stahlrohrstuhl*.

121 OLG Hamburg, Urt. v. 05.11.1998 – 3 U 175/98, juris, Rn. 32.

b) Virale oder überdurchschnittliche Aufmerksamkeit als Abgrenzungskriterium?

aa) Problemaufwurf

In der jüngeren Vergangenheit haben sich Fälle ereignet, die die Frage aufwerfen, ob eine besondere Aufmerksamkeit, die einem Lichtbild widerfährt, genügen kann, um eine Kategorisierung als Lichtbildwerk zu begründen. Es stellt sich die Frage, ob eine solche Aufmerksamkeit geeignet ist, eine Werkqualität und damit den umfangreicheren Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG zu rechtfertigen. Eine solche Annahme wäre grundsätzlich denkbar, denn auch eine Darstellung, die den Betrachter zum Nachdenken anregt, kann als Lichtbildwerk zu erachten sein.¹²² Die öffentliche Aufmerksamkeit, die einem Lichtbild zuteilwird, könnte dafür sprechen, dass das Lichtbild zum Nachdenken anregt. Dies könnte also einen Rückschluss auf eine Individualität darstellen, sodass die erregte Aufmerksamkeit als Indiz für das Vorliegen der gem. § 2 Abs. 2 UrhG erforderlichen Werkqualität zu bewerten wäre.

Ob und unter welchen Voraussetzungen dies tatsächlich der Fall ist, soll im Folgenden anhand zweier Beispiele untersucht werden. Besondere Bedeutung erlangte diese Frage insbesondere dann, wenn – wie dies teilweise gefordert wird¹²³ – der Schutz einfacher Lichtbilder abgeschafft oder für soziale Medien eingegrenzt würde. In diesen Fällen zöge der Lichtbildner nämlich mangels eines bestehenden Schutzrechtes keine Früchte mehr aus der viralen Verbreitung und Verwertung.

122 So OLG Hamburg, Urt. v. 05.11.1998 – 3 U 175/98, juris, Rn. 30; Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (219).

123 Hierzu näher unter Kapitel 4, A).

bb) Beispiele

(1) Ein Bild geht um die Welt – "#thedress"

Ein erstes Beispiel für die dargestellte Problematik bietet das folgende Lichtbild:



Abbildung 3: Kleid in weiß-gold oder blau-schwarz?¹²⁴

Das Lichtbild zeigt ein zweifarbiges, gestreiftes Kleid. Das Motiv ist nicht besonders arrangiert worden. Es wirkt vielmehr, als sei das Kleid schlicht am Bügel angehoben und sodann mit der anderen Hand fotografiert worden, ohne weitere Überlegungen zur Komposition des Bildes anzustellen.

Das Bild wurde aufgenommen von *Cecelia Bleasdale*. Sie fotografierte das abgebildete Kleid, um es ihrer Tochter zu zeigen, bei deren Hochzeit sie das Kleid tragen wollte. Den hergestellten Schnappschuss schickte sie ihrer Tochter, um ihr einen Eindruck von dem Kleid zu vermitteln und sie

124 Lichtbild von *Cecelia Bleasdale*, gepostet von *Caitlin McNeill* auf Tumblr, ursprünglich abrufbar unter <http://swiked.tumblr.com/post/112073818575/guys-pl-ease-help-me-is-this-dress-white-and> (in der Zwischenzeit nicht mehr abrufbar, vgl. hierzu *Masuma Ahuja*, <https://edition.cnn.com/2015/12/11/us/the-dress-that-broke-the-internet-is-gone/index.html>, abrufbar unter edition.cnn.com/2015/12/11/us/the-dress-that-broke-the-internet-is-gone/index.html, zuletzt abgerufen am 20.01.2020); Bild nach wie vor veröffentlicht bei *FAZ*, *Welche Farben hat dieses Kleid?*, abrufbar unter www.faz.net/aktuell/gesellschaft/ein-kleid-spaltet-das-internet-welche-farbe-hat-es-13454002/ein-kleid-von-unbestimmter-13454077.html, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

nach ihrer Meinung zu fragen. Die Tochter und ihr Mann waren uneins über die Farbe des Kleides. Sie veröffentlichten das Bild in den sozialen Medien und letztlich postete *Caitlin McNeill*, die auf der Hochzeit als Sängerin engagiert war, das Bild auf ihrem Tumblr-Account. Daraufhin verbreitete sich das Bild „viral“ im Internet. Die Betrachter erkannten auf dem Lichtbild entweder ein weiß-goldenes oder ein blau-schwarzes Kleid.¹²⁵

Es ist davon auszugehen, dass die Lichtbildnerin sich bei der Erstellung des Lichtbildes der optischen Täuschung nicht einmal des Umstandes bewusst war, dass das Kleid auf der Aufnahme unterschiedlich wahrgenommen werden könnte. Sie wollte lediglich ihrer Tochter ein Knipsbild des erworbenen Outfits zeigen. Das Lichtbild von *Bleasdale* ist bei objektiver Betrachtung ohne Bewertung der weiteren Umstände ein typischer alltäglicher Schnappschuss. Bei Zugrundelegung der zuvor aufgezeigten Kriterien zu Abgrenzung zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk kommt allenfalls das Kriterium der Anregung zum Nachdenken in Betracht. Kein weiteres der zuvor¹²⁶ genannten Kriterien ist – soweit erkennbar¹²⁷ – erfüllt.

(2) Richard Prince: Neue Portraits

Ein weiteres Beispiel für die Verbreitung und Aufmerksamkeit für Lichtbilder, die plötzlich besondere Aufmerksamkeit erfahren, stellt die Erstellung von Instagram-Screenshots durch *Richard Prince* dar. *Prince* veränderte die Screenshots fremden Contents dahingehend, dass er die Kommentare anderer Nutzer, die unter dem jeweils veröffentlichten Lichtbild wiedergegeben waren, abänderte. Insbesondere die wiedergegebenen Lichtbilder bzw. Lichtbildwerke stimmten demgegenüber 1:1 mit der Vorlage überein, vgl. folgendes Beispiel:

125 Zum Hintergrund der Verbreitung des Lichtbildes vgl. *Daily Mail*, 'It's madness. I feel like I'm living in a dream': The 21-year-old musician who 'broke the internet' with picture of THAT dress, abrufbar unter www.dailymail.co.uk/femail/article-2972495/It-s-madness-feel-like-m-living-dream-21-year-old-musician-broke-internet-picture-dress.html, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

126 Vgl. unter Kap. 2, B) 2).

127 Eine Einordnung käme allenfalls dann in Betracht, wenn die Lichtbildnerin darlegen und beweisen könnte, dass sie besonders auf die Kontrastgebung, die Komposition o.ä. geachtet hätte. Hierfür ist aber ohne Angaben der Lichtbildnerin nichts ersichtlich, sodass davon ausgegangen wird, dass derartige Bemühungen der Aufnahme nicht zugrunde liegen.



Abbildung 4: Richard Prince, Teil der Ausstellung "New Portraits", Blum & Poe, Tokyo (09.04.2015 – 20.06.2015)¹²⁸ (Fotograf des Portraits von Kim Gordon: Eric McNatt)

Auch hier führt die Übernahme durch den bekannten Künstler *Prince* sowie die Ausstellung der Lichtbilder in großformatigen Drucken im Rahmen von Ausstellungen zu einer anderen, höheren öffentlichen Aufmerksamkeit, als diese dem einzelnen Posting auf Instagram üblicherweise zuteil geworden wäre. Dies zeigt sich auch dadurch, dass *Prince* für die Drucke Verkaufserlöse von bis zu 90.000 Dollar erzielt haben soll.¹²⁹

Bei Bewertung der Arbeiten von *Prince* dürfte zwar unstrittig sein, dass die jeweils gewählte Vorlage selbst, wie hier das in schwarz und weiß gestaltete Portrait von Kim Gordon, aufgenommen von Eric McNatt, bei

128 Abrufbar unter http://www.richardprince.com/exhibitions/new-portraits_1/#/detail/13/ (zuletzt abgerufen am: 20.01.2020).

129 Vgl. etwa Berichterstattung unter <https://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/der-kuenstler-richard-prince-verkauft-fremde-instagram-fotos-a-1035383.html>, DER SPIEGEL, zuletzt abgerufen am 16.02.2020.

dem Kontraste und die Arbeit mit schwarz und weiß als künstlerische Stilmittel eingesetzt und eine ausdrucksstarke Pose gewählt wurden, ein Lichtbildwerk darstellen. Angenommen jedoch, bei einem übernommenen Lichtbild handelte es sich lediglich um ein einfaches Lichtbild, stellte sich auch hier die Frage, ob die erfolgte Übernahme und die daraus resultierende Aufmerksamkeit eine andere Bewertung des einfachen Lichtbildes als Lichtbildwerk begründen könnte.

(3) Zusammenstellung einfacher Lichtbilder

Ein weiterer Fall, der sich in das aufgezeigte Problemfeld einreicht, ist die Zusammenstellung einfacher Lichtbilder. Es erscheint möglich, dass alltägliche Knipsbilder, die diese Schöpfungshöhe nach § 2 Abs. 2 UrhG nicht erreichen, dergestalt zusammen getragen werden, dass das neue Endprodukt, z.B. ein Buch, ein Katalog oder eine Collage, erhöhte Aufmerksamkeit erfährt. Dies kann z.B. im Rahmen eines Happenings passieren, bei dem Polaroid-Kameras verteilt und die entstandenen Knipsbilder anschließend eingesammelt werden. Hier stellte sich gleichermaßen die Frage, ob die rechtliche Bewertung der einzelnen Lichtbilder in diesen Fällen beeinflusst würde.

cc) Bewertung

Im Falle des Lichtbildes von *Bleasdale* regte ein Umstand zum Nachdenken und zur Verbreitung des Lichtbildes an, der sich rein zufällig ereignet hatte. Vor allem aber handelt es sich um einen Umstand, der *Bleasdale* selbst weder bei Herstellung des Lichtbildes noch in der juristischen Sekunde nach Herstellung des Lichtbildes bekannt gewesen ist. Erst ex post wurde eine optische Täuschung durch Dritte erkannt, die nicht auf dem Willen der Lichtbildnerin beruht, eine solche optische Täuschung durch Aufnahme eines Lichtbildes zu bewirken. Bereits der Begriff der persönlichen geistigen Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG setzt jedoch ein Bewusstsein des Urhebers über die schöpferischen Umstände im Zeitpunkt der Erstellung des Werkes voraus. Bei dem Lichtbildner, der ein Lichtbildwerk erstellt, muss das Bewusstsein der Erstellung eines individuellen Lichtbildes existieren. Geht auch der Lichtbildner davon aus, lediglich einen Schnappschuss zu erstellen, ohne dass die zuvor genannten Kriterien bei seiner Motivwahl, Auswahl der Anordnung und der technischen Voraus-

setzungen eine Rolle spielen, ist für die Annahme eines individuellen Lichtbildes kein Raum. Wird demnach rein zufällig eine optische Täuschung bewirkt, ohne dass sich die Lichtbildnerin hierüber bewusst ist, ist für die Annahme einer schöpferischen Leistung kein Raum. Vor diesem Hintergrund kann, soweit die Lichtbildnerin keine weiteren Anhaltspunkte darlegt, die auf eine Werkqualität schließen lassen, bereits aus diesem Grund nicht vom Vorliegen eines Lichtbildwerkes ausgegangen werden.

Nichts anderes gilt vor dem Hintergrund, dass das Lichtbild des Kleides anschließend eine weltweite Verbreitung erfahren hat. Dies gilt gleichermaßen für die Konstellation, in der ein einfaches Lichtbild durch Handlungen wie die Übernahme durch *Prince* oder die Zusammenstellung mehrerer einfacher Lichtbilder in einem Gesamtwerk eine entsprechende Aufmerksamkeit erfährt. Es handelt sich hierbei nämlich um nachträgliche Umstände, die nicht in dem Lichtbild selbst oder im Herstellungsprozess angelegt, diesem immanent sind. Grundsätzlich mag die Auseinandersetzung der Öffentlichkeit, die darauf schließen lässt, dass ein Nachdenken und eine Auseinandersetzung mit dem Lichtbild stattfinden, Indizwirkung für eine persönliche geistige Schöpfung bzw. eine Individualität des Lichtbildes haben. Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn ein Bezug zum Herstellungszeitpunkt und dem Lichtbild, wie es sich in diesem Zeitpunkt darstellt, hergestellt werden kann. Eine andere Bewertung widerspräche dem Ziel des Urheber- und Leistungsschutzes, das Werk oder die Leistung zum Schutzgegenstand zu erheben. Denn sowohl ein Werk i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrbG als auch eine Leistung nach § 72 Abs. 1 UrbG treten mit Fertigstellung in Erscheinung. Nachfolgende Umstände sind nicht mehr der (ggf. schöpferischen) Leistung des Lichtbildners zuzuordnen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein einfaches Lichtbild in der ursprünglichen Erscheinung weiterverbreitet wird und dadurch Aufmerksamkeit erfährt oder ob der Inhalt des Lichtbildes im Wege der Appropriation Art durch einen Dritten übernommen wird und dies, z.B. durch eine gegenüberstellende Veröffentlichung, zu einer hohen Aufmerksamkeit für das Original führt. All diese Begebenheiten stellen Zufälligkeiten dar, die ihren Ursprung nicht in der Schöpfung finden.

Dieses Ergebnis ist auch angesichts der sonst entstehenden Rechtsunsicherheiten konsequent. Bei der ex post erfolgenden Annahme einer Werkqualität i. S. d. § 2 Abs. 2 UrbG wäre nicht klar, ab welchem Verbreitungs- und Wahrnehmungsgrad die Schwelle zum Schutz als Lichtbildwerk erreicht wäre. Hinzu kommt, dass in diesen Fällen regelmäßig, wie im Wege der Appropriation Art, erst eine Vervielfältigung, Verbreitung und/oder öffentliche Wiedergabe durch Dritte eine solch hohe Wahrnehmung be-

gründete. Die Annahme eines nachträglichen Schutzes bedeutete im Umkehrschluss dann, dass die maßgebliche Bedeutung des Lichtbildes durch Handlungen erlangt würde, die – vorbehaltlich ggf. einschlägiger Schrankenbestimmungen – Rechtsverletzungen darstellten. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn der Schutz des Lichtbildes als Lichtbildwerk ex tunc Wirkung entfaltete. Bei der aus diesem Grund vorzugswürdigen Annahme einer ex-nunc-Wirkung wäre zu beurteilen, ab welchem Aufmerksamkeitsgrad der Schutz entstanden war, um die vorangegangenen Verwertungs- und Wiedergabehandlungen als rechtsverletzende Handlungen auszuschließen. Die daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten sprechen eindeutig gegen die Annahme einer Werkqualität solcher Spontan- und Knipsbilder, die erst durch nachträgliche Aufmerksamkeit Bedeutung gewonnen haben.

Dass die Heranziehung solcher nachträglicher Umstände auch vom Gesetzgeber nicht erwünscht ist, hat der Gesetzgeber letztlich durch Abschaffung des gesonderten Lichtbildschutzes für Lichtbilder, die Dokumente der Zeitgeschichte sind, bestätigt.¹³⁰ Die Aufhebung des Schutzes für solche Lichtbilder beruhte gerade auf der Rechtsunsicherheit, die dadurch entstand, dass in der Regel der dokumentarische Charakter erst infolge eines gewissen Zeitablaufes und damit nachträglich zutage trat.¹³¹

4) Zwischenergebnis

Der Übergang vom einfachen Lichtbild hin zum Lichtbildwerk setzt eine kritische und genaue Auseinandersetzung mit der Entstehung des zu beurteilenden Lichtbildes oder Lichtbildwerkes, den Hintergründen des entstandenen Lichtbildes und den Vorstellungen des Lichtbildners voraus. Bei der Einordnung handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die für jedes infrage stehende Lichtbild bzw. Lichtbildwerk eigenständig beurteilt werden muss. Die Übergänge zwischen einfachem Lichtbild und Lichtbildwerk sind fließend, die Einordnung in der Praxis bislang aufgrund der Existenz des einfachen Lichtbildschutzes und des damit in zahlreichen Fäl-

130 Vgl. zur Abschaffung des Lichtbildschutzes für Lichtbilder als Dokumente der Zeitgeschichte unter Kapitel 1, D) IV) 1).

131 *Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, BTDrucks. 13/781, 15.

len fehlenden Erfordernisses einer Abgrenzung nur in seltenen Fällen tatsächlich relevant (vgl. hierzu).¹³²

Vor diesem Hintergrund war in der Vergangenheit wesentlich bedeutsamer die sogleich (vgl. Teil 2, B. III.) zu beantwortende Frage, welche Mindestanforderungen an Lichtbilder zu stellen sind, damit diese überhaupt dem Schutz des Urheberrechtsgesetzes unterliegen. Denn in diesen Fällen ist nicht lediglich über die Qualität des Schutzes, sondern über das „Ob“ des Schutzes zu entscheiden.

III) Mindestanforderungen an einfache Lichtbilder

1) Allgemeines

Auch wenn der Lichtbildschutz nach dem UrhG so ausgestaltet ist, dass für einfache Lichtbilder gem. § 72 UrhG ein Leistungsschutzrecht gewährt wird und damit an das Vorliegen eines Lichtbildes i.S.v. § 72 UrhG gegenüber dem Vorliegen der durch den 1. Teil des UrhG geschützten Werkarten niedrigere Anforderungen gestellt werden, bedeutet dies im Umkehrschluss nicht, dass alle technischen Vorgänge, die im Ergebnis unter Verwendung einer der verschiedenen, unter Kapitel 2, B) I) geschilderten Methoden ein Bildnis ablichten, auch tatsächlich ein als „Lichtbild“ i.S.d. UrhG schutzfähiges Objekt produzierten.

Es existiert vielmehr nach einhelliger Auffassung eine Untergrenze des Schutzes nach § 72 UrhG, die zeitgleich die Untergrenze dessen darstellt, was unter der Kategorie eines Lichtbildes nach dem UrhG damit insgesamt schutzfähig ist. Es stellt sich allerdings die Frage, wo diese Grenze zu ziehen ist, wenn doch bereits im Rahmen des echten Urheberrechtsschutzes des § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG die sog. „kleine Münze“ geschützt wird.

132 Deshalb wird in der Rechtsprechung die Frage, ob ein Lichtbildwerk vorliege, häufig offengelassen, da jedenfalls ein einfaches Lichtbild i. S. d. § 72 UrhG vorliege, vgl. beispielhaft LG Stuttgart, Urt. v. 27.09.2016 – 17 O 690/15, ZUM-RD 2017, 161 (164); OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (907), *Reiss-Engelhorn*; BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286, Rn. 20), *Museumsfotos*.

2) Ausgangspunkt: Auslegung

Die Reichweite des einfachen Lichtbildschutzes ist zunächst anhand allgemeiner Auslegungsgrundsätze zu bestimmen.

a) Grammatikalische Auslegung

Der grammatikalischen Auslegung können keine Mindestanforderungen entnommen werden, die den Schutzbereich des § 72 UrhG inhaltlich begrenzen. Vielmehr sind vom Wortlaut sämtliche Lichtbilder erfasst, die ein Lichtbild im technischen Sinne darstellen. Vom Wortlaut ausgehend unterfallen dem Schutzbereich des § 72 UrhG damit jegliche Erzeugnisse, die unter Verwendung strahlender Energie hergestellt wurden.¹³³ Das Ergebnis eines Scan-Vorgangs, bei dem eine Vorlage 1:1 abgebildet wird, würde ebenso erfasst wie das Ergebnis eines Fotografievorganges mit einer Kamera.

b) Systematische Auslegung

Der Systematik des Gesetzes und der Verortung des einfachen Lichtbildschutzes bei den verwandten Schutzrechten kann ebenfalls keine inhaltliche Einschränkung des Schutzbereiches auf einen Teilbereich der Lichtbilder im technischen Sinne entnommen werden. Mindestanforderungen an das Vorliegen eines Lichtbildes im Sinne einer Schutzgrenze nach unten ergeben sich hieraus nicht. Insbesondere ergibt sich aus der Systematik auch keine Abgrenzung zu den Lichtbildwerken im Sinne einer Obergrenze nach oben hin, jedes Lichtbildwerk stellt zugleich ein einfaches Lichtbild dar.¹³⁴

Der systematischen Auslegung kann wegen der Geltung des § 2 Abs. 2 UrhG für Lichtbildwerke damit lediglich entnommen werden, dass jedes Lichtbildwerk zugleich ein Lichtbild i.S.d. Urheberrechts darstellt, nicht hingegen jedes Lichtbild ein Lichtbildwerk.

133 Vgl. Kapitel 2, B) I).

134 Vgl. hierzu auch Kapitel 2, B) II) 1).

c) Schutzzweck der Norm und Gesetzgebungshistorie

Anders als die grammatikalische und die systematische Auslegungsmethode könnte die Heranziehung des Schutzzweckes der Norm und der Gesetzgebungshistorie Anhaltspunkte darüber liefern, ob gewisse Mindestanforderungen an den einfachen Lichtbildschutzes zu stellen sind oder nicht. Die teleologische und historische Auslegung ist an dieser Stelle gemeinsam abzuhandeln, da insoweit eine Überschneidung der Auslegungsmethoden vorliegt, die zu einer Untrennbarkeit führt:

Der BGH hat in seiner Leitentscheidung „*Bibelreproduktion*“¹³⁵ zutreffend ausgeführt, dass nach der Gesetzesbegründung¹³⁶ Hintergrund der Einführung des verwandten Schutzrechtes gem. § 72 UrhG die „außerordentlichen“ Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Vorliegen eines ohne Normierung eines einfachen Lichtbildschutzes schutzfähigen Lichtbildwerkes und einem nicht schutzfähigen einfachen Lichtbild gewesen ist. In der Gesetzesbegründung wurden bei genauer Betrachtung sogar nicht nur „außerordentliche“, sondern „unüberwindliche“ Abgrenzungsschwierigkeiten befürchtet.¹³⁷

Ausgehend von diesem Gesetzeszweck, auch einfache Lichtbilder ohne schöpferischen Charakter zu schützen, um Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Lichtbildern mit und ohne schöpferischer Gestaltung in der Praxis zu vermeiden, ist zu berücksichtigen, dass durch die erfolgte Ausdehnung des Lichtbildschutzes der Gesetzgeber zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten nicht das zugrunde liegende Verständnis eines Lichtbildes bzw. einer Photographie im bisher angenommenen Verständnis per se infrage stellen wollte.¹³⁸ Vielmehr sollte beim Vorliegen eines Lichtbildes im bekannten Sinne nur der Verzicht auf eine Abgrenzung zwischen schöpferischer und nicht schöpferischer Leistung ermöglicht werden.

Solche Abgrenzungsschwierigkeiten, auf welche der Gesetzgeber abstellte, können immer nur zwischen einander ähnlichen Kategorien vorliegen. Erforderlich ist also eine gewisse Vergleichbarkeit zwischen den abzugrenzenden Kategorien in tatsächlicher Hinsicht. Die Abgrenzungsschwierigkeiten, auf welche der Gesetzgeber abstellte, sollten daraus resultieren, dass die Frage nach dem Vorliegen bzw. Nicht-Vorliegen einer schöpferischen

135 BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, *Bibelreproduktion*.

136 Gesetzesbegründung vom 23.03.1962, BTDrucks IV/270, S. 37.

137 Gesetzesbegründung vom 23.03.1962, BTDrucks IV/270, S. 89.

138 Zur Änderung des Wortlautes von "Photographie" zu "Lichtbild" vgl. Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 37.

Gestaltung beantwortet werden müsse. Damit können von § 72 UrhG aber nur solche Lichtbilder geschützt werden, die hinsichtlich der Herstellungsweise im Wesentlichen mit Lichtbildwerken i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG vergleichbar sind, denen aber der schöpferische Bezug zum Lichtbildner fehlt. Nur dann kann eine Rechtfertigung dafür angenommen werden, die Verwertbarkeit und Nutzung des Lichtbildes dem Lichtbildner zugestehen und durch die Gewährung des Schutzes nach § 72 UrhG Dritte hiervon auszuschließen.

In diesem Licht und unter Berücksichtigung dieser Wertung des historischen Gesetzgebers sind der Lichtbildbegriff des § 72 UrhG zu bestimmen und die Anforderungen an das Vorliegen eines schutzfähigen einfachen Lichtbildes zu erörtern. Für die Abgrenzung zwischen Lichtbildern, die solche i.S.d. § 72 UrhG darstellen einerseits und solchen Lichtbildern, die zwar dem Wortlaut des § 72 UrhG unterfallen und unter den technischen Lichtbildbegriff subsumiert werden können, die jedoch gleichwohl nicht vom Schutz der Vorschrift umfasst sein können, andererseits, ist dieser Schutzzweck des § 72 UrhG sowie der Wille des historischen Gesetzgebers heranzuziehen. Die Untergrenze des Schutzbereiches der Norm liegt dort, wo der Schutzzweck des § 72 UrhG, der sich nicht zuletzt aus der gesetzgeberischen Intention bei der Einführung des einfachen Lichtbildschutzes ergibt, sein Ende nimmt. Beide Auslegungsmethoden, die sich in diesem Fall überschneiden, bieten – anders als die hier unergiebigsten grammatikalischen und systematischen Auslegungsmethoden – Anhaltspunkte für einen Ausschluss bestimmter Abbildungen aus dem Schutzbereich des § 72 UrhG, die eigentlich unter den technischen Lichtbildbegriff zu subsumieren wären.

In welchen Fällen dieser Gesetzeszweck nicht mehr erfüllt bzw. die Einordnung bestimmter Erzeugnisse als Lichtbilder vor diesem Hintergrund zu weitgehend sein soll, ist durch die Aufstellung verschiedener Kriterien versucht worden, festzulegen. Im Folgenden werden die verschiedenen in Literatur und Rechtsprechung herangezogenen Kriterien jeweils dargestellt und anschließend bewertet.

3) Kriterien zur Abgrenzung des schutzunfähigen Lichtbildes vom schutzfähigen Lichtbild i.S.d. § 72 UrhG

a) Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung

Nach vielfach vertretener Auffassung¹³⁹ sei eine hinreichende Vergleichbarkeit dann nicht mehr zu erkennen, wenn nicht ein „*Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung*“ vorliege. Trotz der einheitlichen oder jedenfalls vergleichbaren Wortwahl bei Heranziehung dieses Kriteriums differenziert auch hier das Verständnis davon, was letztlich unter einem solchen Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung oder einem Mindestmaß an geistiger Tätigkeit in der Praxis zu verstehen sei:

W. Nordemann¹⁴⁰ befürwortet folgende Vorgehensweise zur Bestimmung dessen, was ein einfaches Lichtbild erfordere: Nach seinem Dafürhalten solle dasjenige, was ein Lichtbildwerk darstelle, als Basis betrachtet werden und um die schöpferische Leistung des Urhebers erleichtert werden. Übrig bleibe sodann

„eine durch ein Mindestmaß an geistiger Tätigkeit bewirkte persönliche Gestaltung, bei der sich zumindest sagen läßt, daß je nach Geschmack, Neigung und Temperament der eine Mensch dieselbe Aufnahme möglicherweise anders gestalten würde als ein anderer.“

W. Nordemann verfolgt mithin einen stark subjektiv geprägten Ansatz. Die individuelle Prägung und Person des Lichtbildners bei der Gestaltung des Lichtbildes soll derart in das Lichtbild einfließen, dass das vom Lichtbildner gestaltete Lichtbild Ausfluss seiner Persönlichkeit sei, Dritte es vermutlich anders gestaltet hätten. Für das Vorliegen eines einfachen Lichtbildes wird nach dieser Auffassung eine unmittelbare Verknüpfung zwischen

139 Dieses Kriterium wurde unter anderem vom BGH in seiner Leitentscheidung „Bibelreproduktion“ herangezogen, vgl. BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 (673), Bibelreproduktion; Außerdem BGH, Urt. v. 10.10.1991 – I ZR 147/89, GRUR 1993, 34 (37), *Bedienungsanweisung*; Urt. v. 07.12.2000 – I ZR 146/98, GRUR 2001, 755 (757 f.), *Telefonkarte*; Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286), *Museumsfotos*; KG Berlin, Beschluss v. 08.11.2017 – 24 U 125/16, BeckRS 2017, 142191 (Rn. 13), *Reproduktionsfotografie*; Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrhG, Rn. 9; Wiebe, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 72 UrhG, 2019, (1 f.); Lauber-Rönsberg, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 UrhG, Rn. 12; Thum, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 27.

140 Nordemann, GRUR 1987, 15 (17).

Person und Lichtbild vorausgesetzt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass diese Ausführungen aus dem Jahr 1987 stammen. Ob W. Nordemann auch heute, nachdem für das Vorliegen eines Lichtbildwerkes seit dem 1.7.1995 nach Art. 6 der Schutzdauerrichtlinie vom 29.10.1993¹⁴¹ nur noch das Vorliegen einer Individualität gefordert wird und weitere Kriterien zur Bestimmung der Schutzfähigkeit nicht anzuwenden sind, eine solche „individuelle Prägung“ weiterhin forderte, kann nicht abschließend beurteilt werden. W. Nordemann führt nämlich weiter aus:

"Selbst wenn zwei Amateurfotografen nebeneinander stehen und vom gleichen Standort aus bei gleichen Licht- und Verkehrsverhältnissen den gleichen Blick auf den Kölner Dom fotografieren, wobei ihnen ihre automatisierte Kamera dann auch noch die Einstellung der richtigen Entfernung und der richtigen Belichtungszeit abnimmt, so können dabei doch noch unterschiedliche Aufnahmen herauskommen, weil der zweite den Bildausschnitt möglicherweise etwas anders wählte als der erste oder jener durch die Wahl abweichenden Filmmaterials, durch eine andere Tiefenschärfe oder durch die Verwendung eines anderen Objektivs ein anderes Ergebnis erzielt als dieser. Die individuelle Gestaltung macht die Leistung des Lichtbildners der schöpferischen Leistung des Lichtbildurhebers ähnlich, wobei die Mindestanforderungen hier entsprechend gering sind wie dort ("kleine Münze")."¹⁴²

Die von W. Nordemann geschilderten Umstände einer zur Erreichung des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung nach seinen Ausführungen erforderlichen "individuellen Gestaltung" durch die fiktiven Amateurfotografen unter Verwendung verschiedener Einstellungen, basierend auf Geschmack, Neigung und Temperament des Lichtbildners deuten bei Heranziehung der bereits unmittelbar vor und jedenfalls seit der Geltung der Schutzdauerrichtlinie anzuwendenden niedrigen Anforderungen an die Schöpfungshöhe¹⁴³ auf das Vorliegen eines Lichtbildwerkes hin. Es handelte sich mithin um ein Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG. Es ist deshalb äußerst zweifelhaft, ob Nordemann heute noch auf diese Ausführungen zurückgreifen würde.

141 Richtlinie 93/98/EWG.

142 Nordemann, GRUR 1987, 15 (17).

143 Vgl. Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. 13/781, 10, davon ausgehend, dass die geringen Anforderungen auch vor Umsetzung der Richtlinie bereits Anwendung fanden.

*Vogel*¹⁴⁴ geht demgegenüber davon aus, dass ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung in der Fertigkeit bei der Bedienung des jeweiligen Aufnahmeapparates oder in der Wahl des Blickwinkels (mit Hinweis darauf, dass die Wahl des Blickwinkels häufig durch den abgebildeten Gegenstand bedingt sei), der Entfernung, des Motivs etc. zu erkennen sei, ohne dass hierbei die Individualitätsanforderungen zu erfüllen seien, die von einem Lichtbildwerk erwartet würden. Anders als *W. Nordemann* stellt *Vogel* mithin maßgeblich auf objektive Kriterien bei der Vorbereitung der Aufnahme ab. Worauf letztlich die Wahl der Aufnahmebedingungen basiert, ist nach seiner Auffassung nicht maßgeblich. Die Wahl kann, auch wenn *Vogel* dies nicht ausdrücklich betont, auf subjektiven Gründen basieren, er akzeptiert es jedoch gleichermaßen, dass diese Aufnahmebedingungen teilweise nicht aus freiem Willen des Lichtbildners festgelegt, sondern vom abzubildenden Gegenstand vorgegeben werden. Ob ein Lichtbild demnach in Zusammenhang mit der Persönlichkeit des Lichtbildners steht und diesem auf subjektiver Ebene (Geschmack, Neigung, Temperament etc.) zugeordnet werden kann, ist nach *Vogel* nicht entscheidend, aber ausreichend. Daneben sollen jedoch auch rein technische Fertigkeiten – und damit objektive Kriterien allein – genügen, um das erforderliche Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung zu erbringen. Durch die Heranziehung der Wahl der Aufnahmebedingungen als Kriterium für das Vorliegen eines Lichtbildes i.S.v. § 72 UrhG sowie der rein technischen Fertigkeiten des Lichtbildners werden durch *Vogel* sogar Kriterien herangezogen, die außerhalb des eigentlichen, dem Leistungsschutz des § 72 UrhG unterfallenden Lichtbildes, also außerhalb der Abbildung liegen, um zu beurteilen, ob ein Schutzgut des § 72 UrhG als Endprodukt vorliege. Nach dieser Auffassung entscheidet damit nicht zwingend der Inhalt des Lichtbildes oder eine Verbindung desselben zur Person bzw. Persönlichkeit des Lichtbildners über das Vorliegen eines Schutzgutes i.S.d. § 72 UrhG, vielmehr sollen auch äußere Umstände entscheidungserheblich sein können.

*Thum*¹⁴⁵ (bei Reproduktionsfotografien zusätzlich abstellend auf das Urbild-Kriterium¹⁴⁶) führt aus, das Mindestmaß an geistiger Leistung manifestiere sich in der Festlegung der Aufnahmebedingungen und ermögliche die Zuordnung der Aufnahme zu einer bestimmten natürlichen Person. Er vertritt damit eine zwischen *W. Nordemann* und *Vogel* vermittelnde Auffassung, die objektive Elemente zur Beurteilung heranzieht, diese objektiven

144 *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrhG, Rn. 32.

145 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 27.

146 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 31 ff.

Elemente aber stets in Beziehung zur Persönlichkeit des Lichtbildners setzt. Es handelt sich um eine Kombination objektiver und subjektiver Kriterien.

Diese verschiedenen Verständnisse des Kriteriums zeigen, dass die Einführung des Erfordernisses eines Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung dem Umstand Rechnung getragen werden soll, dass einerseits an ein Lichtbild i.S.d. § 72 UrhG geringere Anforderungen zu stellen sind als an ein Lichtbildwerk i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG, andererseits eine Vergleichbarkeit mit dem Lichtbildwerk hergestellt werden soll. Diese könne, je nach dem, welcher Auffassung gefolgt wird, auf einer subjektiven Zuordnung des Erzeugnisses, auf technischen Fertigkeiten oder auf einer Kombination aus beidem beruhen. Durch das Erfordernis eines Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung soll offenbar sichergestellt werden, dass auch für den einfachen Lichtbildschutz eine Verbindung zwischen Lichtbild und Person bzw. Persönlichkeit des Lichtbildners hergestellt und damit eine Zuordnung von Lichtbild und Person ermöglicht wird, die den Ausschluss Dritter von der Nutzung und Verwertung derselben rechtfertigt, ohne dass zugleich eine Schöpfungs- bzw. Gestaltungshöhe gefordert wird, die den urheberrechtlichen Schutz nach Teil 1 des Urheberrechtsgesetzes rechtfertigte.

b) Urbild-Kriterium

Des Weiteren wird zur Abgrenzung des schutzfähigen Lichtbildes vom nicht schutzfähigen Lichtbild das Kriterium des „Urbildes“ herangezogen.

Die erstmalige Heranziehung des Kriteriums des Urbildes erfolgte bereits im Jahr 1862 durch eine Kommission, die an das preußische Haus der Abgeordneten Bericht zu erstatten hatte, ob fotografische Erzeugnisse gegen unberechtigte Nachbildung und Vervielfältigung zu schützen seien.¹⁴⁷

147 *Duncker*, Börsenblatt No. 70 (03.06.1863), 1166 (1167).

Häufig wird ausgeführt, das Urbild-Kriterium gehe zurück auf *Hertin*, so z.B.: *Stang*, *Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 170; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 11. Aufl., 2014, § 72 *UrhG*, Rn. 9; *Lehment*, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 28; *Vogel*, in: *Loewenheim*, *Handbuch des Urheberrechts*, § 37, 2010, S. 611 (Rn. 16); *Zech*, *GRUR* 2019, 291. *Hertin* verwendete den Begriff des „Urbildes“ seit der 1986 erschienenen 6. Auflage (*Hertin*, in: *Fromm/Nordemann*, 6. Auflage, 1986, § 72 *UrhG*, Rn. 2) und damit erst nach dem Kommissionsbericht und nach Erlass des Urteils des

1985 wurde der Begriff durch das OLG Köln in der Entscheidung *Lichtbildkopien*¹⁴⁸ und seit 1986 sodann durch *Hertin* zur Beurteilung der Frage, ob ein Lichtbild vorliege, herangezogen, wodurch der Urbild-Begriff im Zusammenhang mit den Mindestanforderungen an ein Lichtbild i.S.d. § 72 UrbG erheblich an Bedeutung gewann.¹⁴⁹ In der Folgezeit hat sich im Jahr 1989 auch der BGH¹⁵⁰ auf das Vorliegen eines Urbildes gestützt und ausgeführt, das erforderliche Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung liege dann nicht vor, wenn es sich bei der neuen Darstellung nicht um ein Urbild handele. Der Lichtbildschutz erfordere vielmehr, dass das Lichtbild als solches originär, mithin als Urbild entstehe.¹⁵¹ Der BGH verknüpfte das Kriterium des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung mit dem Kriterium des Urbildes.¹⁵² Hieran hält der BGH auch in seiner jüngsten Entscheidung zum Lichtbildschutz fest.¹⁵³

Aufgrund der verschiedenen Interpretationen des Urbild-Begriffes bedarf es einer genaueren Betrachtung der jeweiligen diesbezüglichen Ausführungen. Insbesondere ist eine Auseinandersetzung mit denjenigen *Hertins* geboten, da dessen Ausführungen in der Literatur häufig fehlinterpretiert werden. Im Folgenden wird aus diesem Grund zur Klärung eine umfassende Auseinandersetzung mit den Ausführungen *Hertins* erfolgen. Hierzu bedarf es der wörtlichen Wiedergabe vorbezeichneter Ausführungen¹⁵⁴:

„**Lichtbilder** sind Lichtbildwerke [...] ohne Werkscharakter. Von der **technischen** Seite sind darunter Abbildungen zu verstehen, die eine Strahlungsquelle (vor allem Licht, aber z.B. auch Röntgenstrahlen) durch chemische Veränderungen auf strahlungsempfindlichen Schichten hervorruft [...]. Zur Ausfüllung des Rechtsbegriffs muß hinzukommen, daß die Abbildung von einer **natürlichen** Person als **Urbild** angefertigt wird. Entsprechend § 85 Abs. 1 Satz 2 entsteht der Lichtbildschutz nicht für Vervielfältigungen von Lichtbildern, auch wenn das Kopierverfahren in technischer Hinsicht fotografischen Charakter

OLG Köln. Vgl. insoweit auch *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, 11. Aufl., 2014, § 72 UrbG, Rn. 9, verweisend auf die 6. Auflage.

148 OLG Köln, Urt. v. 19.07.1985 – 6 U 56/85, GRUR 1987, 42 (43), *Lichtbildkopien*;

149 *Hertin*, in: Fromm/Nordemann, 6. Auflage, 1986, § 72 UrbG, Rn. 2.

150 BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 (673), *Bibelreproduktion*.

151 BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 (673), *Bibelreproduktion*.

152 Zum Verhältnis zwischen den beiden Kriterien zueinander vgl. *Lehment, Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 28 ff.

153 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286), *Museumfotos*.

154 *Hertin*, in: Fromm/Nordemann, 6. Auflage, 1986, § 72 UrbG, Rn. 2.

hat. Anderenfalls könnte die Schutzdauer durch Vervielfältigungshandlungen beliebig verlängert werden. Deshalb entsteht beim Herstellen von Fotografien kein zusätzlicher Lichtbildschutz für das Fotolabor wegen des dort hergestellten Positivs, ebenso wenig für die Druckerei bei der Herstellung von Klischee- oder Filmvorlagen für die drucktechnische Wiedergabe vorbestehender Lichtbilder [...]. Der noch strengeren Auffassung (Ulmer³ S. 511; Hubmann⁶ S. 271), wonach auch bei der Lichtbildanfertigung ein Mindestmaß an persönlicher Leistung erforderlich sei, ist nicht zu folgen. Auch bei automatisierten Herstellungsverfahren ist letztlich eine natürliche Person für die Bedienung des Automaten verantwortlich, der die produzierten Lichtbilder zugerechnet werden können. Es besteht in der Schutzwürdigkeit der Leistung kein wesentlicher Unterschied zwischen dem mithilfe einer modernen vollautomatischen Kamera hergestellten Urlaubsfoto und einer Fotokopie oder Mikrokopie, vorausgesetzt, daß es sich auch bei letzteren um „Urbilder“ und nicht um Vervielfältigungen eines vorbestehenden Lichtbildes oder Lichtbildwerkes handelt. Ulmer und Hubmann (jeweils a. a. O.) ist aber im Ergebnis darin zuzustimmen, dass Fotokopien und Mikrokopien von in Buchstaben gesetzten Drucksätzen nicht als Lichtbilder schutzfähig sind; denn insofern handelt es sich nicht um die Wiedergabe von Bildern.“

Damit hat *Hertin* dargelegt, lediglich technische Vervielfältigungen vergleichbar mit Vervielfältigungen von Tonträgern nach § 85 Abs. 1 Satz 2 UrhG vom Schutzbereich des § 72 UrhG ausnehmen zu wollen. Das Urbild-Kriterium wurde von ihm ausschließlich dazu herangezogen, einzelne rein technische Vervielfältigungshandlungen bzw. -schritte, die sich gegebenenfalls wiederum vorhandener Strahlungsquellen bedienen, aus dem Schutzbereich des Leistungsschutzrechtes für einfache Lichtbilder auszugrenzen. Alle von *Hertin* genannten Varianten haben nämlich ausschließlich die technischen Herstellungsschritte des bereits aufgenommenen Lichtbildes (z.B. durch Fotolabore) oder rein technische Vervielfältigungen (z.B. Fotokopien) desselben zum Gegenstand. Wenn *Hertin* ausführt, mit einer vollautomatischen Kamera hergestellte Lichtbilder seien mit Fotokopien oder Mikrokopien vergleichbar, soweit es sich bei Letzteren um Urbilder und nicht um Vervielfältigungen bestehender Lichtbilder handle, bedeutet dies nicht eine Gleichstellung dergestalt, dass Lichtbilder, die mit einer vollautomatischen Kamera hergestellt wurden, nicht schutzwürdig oder schutzfähig seien. Vielmehr ist die Formulierung entgegengesetzt zu verstehen, sodass trotz der nur geringen zu erbringenden Leistung des Lichtbildners solche Lichtbilder, die mit einer vollautomatischen Kamera

hergestellt wurden, zu schützen seien. Gleiches gelte für Fotokopien und Mikrokopien dann, wenn es sich bei diesen nicht ausschließlich um Vervielfältigungsstücke handle. Dies bedeutet, dass nach *Hertin* z.B. mittels eines Kopierers aus verschiedenen Vorlagen zusammengestellte Collagen als Lichtbilder schutzfähig sein sollen, da es sich hierbei nicht ausschließlich um Vervielfältigungen vorbestehender Lichtbilder oder Lichtbildwerke handelt. Vielmehr stelle das hergestellte Lichtbild ein neues Urbild dar, das in der konkreten Form zuvor nicht existierte, sodass ein Lichtbild gem. § 72 UrhG anzunehmen sei.

Die *Kommission*, die gegenüber dem preußischen Abgeordnetenhaus Bericht erstattete, verwendete den Urbildbegriff in vergleichbarer Weise. Eine "auf mechanischem Wege" kopierte Fotografie sei immer schlechter als ihr Urbild.¹⁵⁵ Auch diesen Ausführungen liegt damit ein Verständnis des Urbildes dahingehend zugrunde, dass dieses nicht vorliege, wenn eine Vorlage 1:1 mittels einer mechanischen Vervielfältigungsmethode reproduziert werde.

*Vogel*¹⁵⁶ erörtert den Begriff des Urbildes u.a. im Zusammenhang mit der Frage, ob bei der Herstellung von Lichtbildern ein Motivschutz¹⁵⁷, also ein Schutz des Inhaltes eines Lichtbildes zugunsten des Lichtbildners, bestehe. Hier kommt er zu dem Ergebnis, dass ein Motivschutz nicht begründet werden könne, wenn ein „fotografisches Urbild“ hergestellt werde. Die nachschaffende Übernahme, mithin die erneute fotografische Ablichtung des identischen Motives, sei aus Gründen des Lichtbildschutzes nicht zu untersagen. Damit geht Vogel davon aus, dass die identische Neuaufnahme unter § 72 UrhG schutzfähig sei.

Sowohl *Hertin* als auch *Vogel* verstehen gleichermaßen wie die *Kommission* im Jahr 1862 mithin das Urbild-Kriterium dahingehend, dass rein technische Vervielfältigungshandlungen, nicht jedoch fotografische Vervielfältigungshandlungen das Entstehen eines Lichtbildes i.S.v. § 72 UrhG verhindern. Beim Vorliegen rein technischer Vervielfältigungen liege kein Urbild vor.¹⁵⁸ Nach dieser Auffassung ist das Urbild-Kriterium also **handlungsbezogen** zu beurteilen, die konkrete Tätigkeit des Lichtbildners ent-

155 *Duncker*, Börsenblatt No. 70 (03.06.1863), S. 1166 (1167).

156 *Vogel*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, (Rn. 16).

157 Hierzu näher unter Kapitel 2, C) I).

158 So jeweils technische Reproduktionen bzw. Vervielfältigungen vom Schutzbereich des § 72 UrhG ausschließend auch *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 72 *UrhG*, 2019, (Rn. 2) und *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 9 f.

scheidet mithin über das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen eines Lichtbildes i.S.v. § 72 UrhG. Die Neuaufnahme eines identischen Lichtbildes ist hier nach schutzfähig.

*Talke*¹⁵⁹ und *Thum*¹⁶⁰ demgegenüber legen ein anderes Verständnis des Urbild-Kriteriums zugrunde: Beide vertreten die Auffassung, dass ein Lichtbild vom Lichtbild bzw. eine Abbildung, die beim Abfotografieren eines bestehenden Lichtbildes entstehe, kein Urbild darstelle, das den Schutz unter § 72 UrhG genieße. Aufgrund der Identität von Vorlage und dem neu entstandenen Lichtbild im technischen Sinne mangle es an einem Urbild. Nach dieser Auffassung ist das Urbild-Kriterium also **inhaltsbezogen** zu beurteilen, die Vorlage für die neu zu schaffende Abbildung entscheide über die Rechtsnatur der neuen Abbildung. Ob die Abbildungsweise auf rein technischem oder auf fotografischem Weg erfolgt, soll demgegenüber nicht von Bedeutung sein.

*Schulze*¹⁶¹ führt gleichermaßen wie das OLG Jena¹⁶² aus, es müsse ein „eigenständiges Foto“ geschaffen werden. Wann ein eigenständiges Foto vorliegen soll, wird allerdings nicht hinreichend beantwortet.

c) Verhältnis der Kriterien zueinander

Ferner ist bei zahlreichen Abhandlungen unklar, in welchem Verhältnis die teilweise (insbesondere durch den BGH¹⁶³) parallel angewendeten Kriterien des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung einerseits und des Urbildes andererseits zueinander stehen.

Der BGH führte in seiner Leitentscheidung *Bibelreproduktion*¹⁶⁴ aus, das Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung liege jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn kein Urbild geschaffen werde. Dem Wortlaut nach lassen diese Ausführungen mithin vermuten, dass der BGH das Urbildkriterium als eine Konkretisierung des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung wertete, daneben jedoch weitere Fälle existierten, in denen das Vorliegen des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung abzulehnen sei. Gleichwohl unterließ es der BGH in dieser Entscheidung, weitere An-

159 *Talke*, ZUM 2010, 846 (850).

160 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 31.

161 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrhG, Rn. 9.

162 OLG Jena, Urt. v. 10.02.2010 – 2 U 778/09, GRUR-RS 2010, 26583, *Portraitfotografie*.

163 BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 (673), *Bibelreproduktion*.

164 BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 (673), *Bibelreproduktion*.

wendungsfälle aufzuzeigen, in denen das Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung einem Lichtbild abzusprechen sei. Die Frage, wann dies der Fall sein sollte, bleibt unbeantwortet.

Die wesentlich jüngere Entscheidung des BGH *Museumsfotos*¹⁶⁵ lässt Zweifel daran aufkommen, ob der BGH tatsächlich ein solches Verhältnis der Kriterien zueinander erkennt. Dort führt der BGH nämlich aus:

„Der technische Reproduktionsvorgang allein begründet aber noch keinen Lichtbildschutz. Vielmehr ist ein Mindestmaß an – zwar nicht schöpferischer, aber doch – persönlicher geistiger Leistung erforderlich, das schon bei einfachen Fotografien regelmäßig erreicht ist, allerdings im Falle von Lichtbildern fehlt, die sich lediglich als bloße Vielfältigung anderer Lichtbilder darstellen, bei denen also ein Original-Lichtbild so getreu wie möglich lediglich reproduziert (kopiert) wird. Der Lichtbildschutz erfordert, dass das Lichtbild als solches originär, das heißt als Urbild, geschaffen worden ist [...].“¹⁶⁶

Diese Ausführungen lassen vermuten, dass der BGH das Erfordernis des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung mit dem Schaffen eines originären Lichtbildes, eines Urbildes, gleichzusetzen vermag, ein Konditionalzusammenhang zwischen den beiden Kriterien wird jedenfalls nicht mehr zugrunde gelegt. In Ermangelung einer ausdrücklichen Stellungnahme zum Verhältnis der Kriterien zueinander kann jedoch nur vermutet werden, dass der BGH hier eine Gleichstellung der Kriterien vorgenommen hat und sein ursprüngliches Verständnis des Urbildes als Unterkategorie des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung überholt hat.

Es ist davon auszugehen, dass dies nicht zuletzt dem Umstand geschuldet ist, dass im Schrifttum¹⁶⁷, auf das auch der BGH in seiner jüngsten Entscheidung¹⁶⁸ Bezug nimmt, häufig gar nicht wiedergegeben oder auch nur thematisiert wird, wie das Verhältnis der Kriterien zueinander zu beurteilen ist. Vielmehr wird regelmäßig kumulativ auf beide Kriterien abgestellt. Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem Verhältnis der Kriterien zueinander nimmt – soweit ersichtlich – lediglich *Lehment*¹⁶⁹ vor.

165 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286), *Museumsfotos*.

166 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286), *Museumsfotos*.

167 Vgl. z.B. *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrbG, Rn. 9; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 27 ff.; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 72 UrbG, 2019, (Rn. 2).

168 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (Rn. 23), *Museumsfotos*.

169 *Lehment, Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 28 ff.

Lehment, der insoweit die neuere Entscheidung des BGH *Museumsfotos* noch nicht berücksichtigen konnte, weist zutreffend darauf hin, dass das Urbild-Kriterium nach den Ausführungen des BGH in der Entscheidung *Bibelreproduktion* als Unterfall des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung anzusehen sei, erörtert darüber hinaus jedoch weitere Betrachtungsweisen, namentlich die ausschließliche Anwendung der Urbild-Theorie und die kumulative Anwendung der Urbild-Theorie sowie des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung, bevor er zu dem Ergebnis kommt, dass ein Verzicht auf das Urbild-Kriterium als Mindestanforderung für den Lichtbildschutz nach § 72 UrhG zu befürworten sei.

d) Weitere Abgrenzungskriterien

Einige Autoren versuchen, weitere Kriterien heranzuziehen, die einer besseren Bestimmung dessen dienen sollen, welche Abbildung unter § 72 UrhG schutzfähig und welcher Abbildung der Schutz zu versagen sei. Insoweit werden Alternativen entwickelt, da eine Abgrenzung anhand der vorbezeichneten Kriterien abgelehnt wird.

Insbesondere *Kroitzsch*¹⁷⁰ weist auf die Ungeeignetheit des Kriteriums des „Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung“ hin, indem er betont, dass von den Befürwortern dieses Kriteriums ein Maßstab für das Vorliegen desselben nicht gegeben werde. Damit macht Kroitzsch darauf aufmerksam, dass die Frage, wann ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung erbracht sei, nicht eindeutig beantwortet werden könne, justiziable Kriterien zur Bewertung des Vorliegens eines solchen Mindestmaßes fehlten.¹⁷¹ *Kroitzsch* selbst bevorzugt eine Abgrenzung danach, ob eine individuelle Einrichtung des Bildes durch eine Person vorliege.¹⁷² Insoweit

170 *Kroitzsch*, in: Möhring/Nicolini/Ahlberg, 2. Aufl., 2000, § 72 UrhG, Rn. 4.

171 Gleichwohl setzt sich *Kroitzsch*, wie *Lehment* (*Lehment*, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 33) zutreffend darlegt, mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch. Einerseits legt er nämlich dar, ein Mindestmaß an persönlicher Leistung sei zur Abgrenzung von Lichtbildwerk und einfachem Lichtbild nicht zu fordern und kritisiert die Befürworter dieser Auffassung. Hinsichtlich der Frage, wer als Lichtbildner einzustufen sei, hält er demgegenüber fest, die Tätigkeit des Lichtbildners erfordere ein Mindestmaß an eigenpersönlicher Leistung, vgl. *Kroitzsch*, in: Möhring/Nicolini/Ahlberg, 2. Aufl., 2000, § 72 UrhG, Rn. 12.

172 *Kroitzsch*, in: Möhring/Nicolini/Ahlberg, 2. Aufl., 2000, § 72 UrhG, Rn. 4.

bestehen Parallelen zur Auffassung von *Thum*¹⁷³, der (allerdings zur Bewertung des Vorliegens bzw. Nicht-Vorliegens eines Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung) die Festlegung der Aufnahmebedingungen als Abgrenzungskriterium heranzieht (vgl. Kapitel 2, B) III) 3) a)).

Weitere Autoren ziehen zur Abgrenzung die Frage heran, ob aufgrund der erheblichen Aufwendungen oder der angewendeten technischen Fertigkeiten ein neues Wirtschaftsgut entstanden sei¹⁷⁴ oder stützen sich auf das Merkmal des Personenbezugs¹⁷⁵ zwischen Abbildung und Lichtbildner, das dann vorliege, wenn ein Mensch kausal adäquat das Lichtbild hergestellt hat.¹⁷⁶

e) Bewertung

Die Vielfalt der Interpretationsmöglichkeiten der am häufigsten zur Abgrenzung herangezogenen Kriterien des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung und des Urbildes zeigt, dass diese Kriterien keineswegs geeignet sind, die Rechtssicherheit zu schaffen, die zwingend erforderlich ist, um zu bewerten, ob ein von § 72 UrbG geschütztes Lichtbild vorliegt und ob dem infrage stehenden Erzeugnis ein Schutz nach dem UrbG zukommt oder nicht. Insbesondere bei den Abhandlungen betreffend die sog. Reproduktionsfotografie versagen diese Kriterien vollständig, da jedenfalls dann die Frage, ob ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung erreicht worden sei oder ein Urbild vorliege, divergierend beantwortet wird.¹⁷⁷ Dieser Zustand ist untragbar.

Dies gilt zum einen, da die Bewertung als geschütztes Lichtbild oder ungeschützte Abbildung wesentlich andere Rechtsfolgen herbeiführt. Insofern gilt anderes als bei der Frage, ob ein einfaches Lichtbild oder ein Lichtbildwerk vorliegt; aufgrund der weitgehenden Parallelisierung der

173 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 27.

174 *Katzenberger*, GRUR Int. 1989, 116 (117). Das Entstehen eines neuen, selbstständigen Wirtschaftsgutes als Indiz für das Vorliegen eines Mindestmaßes an geistiger Leistung heranziehend *Schulze*, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, *Museale Reproduktionsfotografie und Bildrecht an der eigenen Sache*, 2018, S. 104 (107).

175 *Platena*, *Das Lichtbild im Urheberrecht*, 1998, S. 167, 99 ff.

176 Vgl. zu verschiedenen, weiteren Lösungsansätzen *Platena*, *Das Lichtbild im Urheberrecht*, 1998, S. 149 ff.; *Lehment*, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 33 ff.

177 Dazu näher unter Kapitel 2, B) IV) 2) cc) (1).

Rechtsfolgen kann diese Frage unter dem geltenden Recht in zahlreichen Fällen offengelassen werden. Nach der Frage, ob die Schwelle zum einfachen Lichtbildern i.S.v. § 72 UrhG überschritten ist, bestimmt sich hingegen, ob eine Abbildung überhaupt dem Schutz des UrhG unterfällt oder eben nicht. Es geht um die Bestimmung der Untergrenze der Schutzfähigkeit von Abbildungen im Rahmen des Urheberrechtes. Diese Frage kann nicht offengelassen werden, sie ist vielmehr in jedem Rechtsstreit, in dem sich eine Partei eines Schutzrechtes nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG oder § 72 UrhG berührt, zwingend zu beantworten.

Zum anderen ergibt sich die unbedingte Erforderlichkeit einer rechtssicheren Abgrenzbarkeit aus dem Gesetzeszweck. Werden die Abgrenzungskriterien derart weich formuliert, dass abstrakte und nur uneinheitlich anzuwendende Kriterien angewendet werden, führt dies zu einer reinen Verlagerung der Problematik, zu deren Verhinderung der einfache Lichtbildschutz überhaupt erst eingeführt wurde. Durch die Einführung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG sollten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einfachen Lichtbildern und Lichtbildwerken, mithin Abgrenzungsschwierigkeiten an der Untergrenze des Schutzes von Lichtbildwerken, vermieden werden. Die Einführung des einfachen Lichtbildschutzes dient nach der gesetzgeberischen Intention mithin der einfacheren Handhabung und höheren Rechtssicherheit. Die Anwendung der zuvor genannten Kriterien bei der Frage, ob ein Lichtbild i.S.v. § 72 UrhG überhaupt vorliege, führte letztlich dazu, dass vergleichbare Abgrenzungsschwierigkeiten an der Untergrenze des einfachen Lichtbildschutzes bei der Bestimmung dessen, was dem Grunde nach ein Lichtbild darstelle oder nicht, auftraten. Hinzu kommt, dass die Voraussetzung des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung in der Gesetzesbegründung keine Stütze findet. Hiernach sollte vielmehr bereits eine

„rein technische[n] Leistung, die nicht einmal besondere Fähigkeiten voraussetzt“¹⁷⁸,

zur Begründung des Lichtbildschutzes genügen. Damit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er trotz der grundsätzlichen, aber ungewöhnlichen Gleichstellung¹⁷⁹ des Lichtbildschutzes mit dem urheberrechtlichen Schutz der Lichtbildwerke ein auf technischer Leistung basierendes Schutzrecht begründen wollte. Damit mag aus der entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften über Lichtbildwerke eine ungewöhnliche

178 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 88.

179 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 88 f.

Nähe zum Urheberrecht resultieren, Schutzgrund ist und bleibt jedoch die technische Leistung und der damit verbundene wirtschaftliche und organisatorische Aufwand.¹⁸⁰

Gleichermaßen sind die weiteren, in der Literatur vertretenen Abgrenzungskriterien (individuelle Einrichtung des Bildes durch eine Person; Entstehen eines neuen Wirtschaftsguts aufgrund der erheblichen Aufwendungen oder der angewendeten technischen Fertigkeiten; Merkmal des Personenbezugs zwischen Abbildung und Lichtbildner) zu kritisieren.¹⁸¹ Dies ergibt sich aus den vorherigen Ausführungen, es entstünden bei Anwendung dieser Kriterien dieselben Abgrenzungsschwierigkeiten. Inhaltlich überschneiden sich die weiteren Abgrenzungskriterien nämlich weitgehend mit denjenigen, die unter Anwendung des Kriteriums des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung verstanden werden, auch wenn hier andere Begrifflichkeiten angewendet werden.

Darüber hinaus stellt sich ungeachtet der teilweisen Überschneidungen mit Blick auf die weiteren Kriterien das Problem der mangelnden Rechtssicherheit. Ebenso wenig, wie einheitlich beurteilt werden kann, ob ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung erfüllt sei oder ob eine Abbildung ein Urbild darstelle, kann eine Bewertung dahingehend einheitlich erfolgen, ob eine hinreichend individuelle Einrichtung des Bildes¹⁸² vorliegt oder getätigte Aufwendungen erheblich sind und hinreichend handwerkliche Fähigkeiten an den Tag gelegt wurden, die ein neues Wirtschaftsgut entstehen lassen.¹⁸³ Denn all diese Kriterien lassen weitgehende Bewertungsspielräume zu, die von unterschiedlichen Personen mit unterschiedlichen Hintergründen in verschiedener Weise beurteilt werden können. Hierdurch wird jedoch der eigentliche Gesetzeszweck, Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, nicht erreicht. Die Abgrenzungsschwierigkeiten werden durch die Anwendung vorbezeichneter Kriterien nur von der Untergrenze des Schutzes von Lichtbildwerken zur Untergrenze der einfachen Lichtbilder verlagert. Zu einer hinreichenden Rechtssicherheit hingegen führt die Auffassung *Platenas*¹⁸⁴, der einen hinreichenden Personenbezug zwischen Bild und Lichtbildner genügen lässt, der lediglich eine adäquat kausale Handlung des Lichtbildners zur Lichtbildherstellung for-

180 Ebenso *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts (§ 72 UrbG)*, 2017, S. 205 (217 f.).

181 Vgl. die umfangreichen kritischen Ausführungen bei *Lehment*, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 33 ff.

182 *Kroitzsch*, in: Möhring/Nicolini/Ahlberg, 2. Aufl., 2000, § 72 UrbG, Rn. 4.

183 *Katzenberger*, GRUR Int. 1989, 116 (117).

184 *Platena*, *Das Lichtbild im Urheberrecht*, 1998, S. 167 ff., 99 ff.

dert. Hiervon erfasst sind nach *Platena* jedoch auch rein technische Kopiervorgänge, die durch den Menschen adäquat kausal ausgelöst wurden, auch wenn lediglich eine identische Reproduktion der Vorlage hergestellt wird. Dies geht zu weit, es fehlt in diesem Fall an der Vergleichbarkeit zum Fotografievorgang.

4) Lösungsvorschlag

Insgesamt erscheint es aufgrund zuvor aufgezeigter Unwägbarkeiten als vorzugswürdig, keine positive Begriffsbestimmung dahingehend vorzunehmen, welche Anforderungen an ein Lichtbild i.S.v. § 72 UrhG zu stellen sind, sondern vielmehr diejenigen Fallgruppen vom Lichtbildschutz des § 72 UrhG auszunehmen, deren Subsumtion unter den Lichtbildschutz abzulehnen ist. Im Anschluss kann dann eine Definition des einfachen Lichtbildes vorgenommen werden, die auf einer **negativen Bestimmung des Lichtbildbegriffes** gründet.

Wie zuvor bereits dargestellt, ist zur Bestimmung dessen, was noch von dem einfachen Lichtbildschutz erfasst sein soll, der Schutzzweck der Vorschrift des § 72 UrhG sowie der gesetzgeberische Wille maßgeblich. Es ist abzustellen auf die Frage, ob eine Abbildung hergestellt wird, die zwar unter den technischen Begriff des Lichtbildes zu fassen ist, bzgl. derer jedoch keine hinreichende Vergleichbarkeit zu der Erstellung eines Lichtbildwerks i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG besteht, sodass ein Schutz unter § 72 UrhG nicht gerechtfertigt ist.

Eine Fallgruppe, bei der ein Schutz nach § 72 UrhG auf Basis solcher Überlegungen nicht gewährt werden kann, ist die Fallgruppe der technischen Vervielfältigungen.¹⁸⁵ Dies betrifft z.B. Fotokopien, Makrokopien, im Fotolabor hergestellte Abzüge, die Digitalisierung von Vorlagen unter Zuhilfenahme eines Scanners sowie andere rein technische, unter Verwendung einer Strahlenquelle hergestellte Vervielfältigungen. Rein technisch fallen all diese Erzeugnisse unter den Begriff des Lichtbildes, da sie unter Verwendung einer Strahlenquelle hergestellt werden. Die Vorlage und die Vervielfältigung unterscheiden sich lediglich dadurch, dass die Vorlage frei erstellt wurde, die Reproduktion hingegen inhaltlich an die Vorlage gebunden ist und damit eine rein technische, inhaltsgleiche Vervielfältigung

185 Vgl. z.B. *Bullinger*, in: Ebling/Bullinger, Praxishandbuch Recht der Kunst, § 1 *Grundlagen des Urheberrechts*, 2017, (Rn. 67); A.A. *Platena*, *Das Lichtbild im Urheberrecht*, 1998, S. 167 ff.

einer Vorlage darstellt. Während der Lichtbildner einer Vorlage frei darin ist, den Inhalt des Lichtbildes auszusuchen, zu gestalten, Einfluss auf die Schärfe, die Farbgestaltung etc. zu nehmen, ist der Lichtbildner einer rein technischen Vervielfältigung an die Vorlage gebunden.

Bei diesen Konstellationen ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber lediglich zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten Dritte von der Verwendung und Verwertung rein technischer Reproduktionen durch Gewährung eines Leistungsschutzrechtes habe ausschließen wollen. Den Ausführungen in der Gesetzesbegründung kann nicht entnommen werden, dass entgegen des bereits seinerzeit herrschenden Verständnisses¹⁸⁶, nach dem technische Vervielfältigungen nicht schutzfähig waren, das Leistungsschutzrecht zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten auch für solche Vervielfältigungen hätte gewährt werden sollen. Hätte der Gesetzgeber derartige Erzeugnisse, die nach damaligem Diskussionsstand nicht schutzfähig waren, schützen wollen, hätte er dies ausdrücklich normiert. Eine ausdrückliche Regelung, wie in § 85 Abs. 1 Satz 3 UrhG für das Tonträgerherstellerrecht vorgesehen, war angesichts des Vorverständnisses nicht erforderlich. Vielmehr stellte der Gesetzgeber klar, dass die Änderung des Begriffes von den geschützten „Werken der Photographie“ hin zu den „Lichtbildwerken“ und „Lichtbildern“ keine sachliche Einschränkung bewirken sollte.¹⁸⁷

Bei derartigen technischen Vervielfältigungen ist der Leistungsschutz nach dem UrhG mithin zu versagen, obgleich die Erzeugnisse per definitionem dem Lichtbildbegriff unterfallen. Dies gilt jedenfalls immer dann, wenn die neue Abbildung dadurch geschaffen wird, dass ein technisches Vervielfältigungsverfahren zur Anwendung kommt, dessen Aufgabe gerade darin besteht, eine identische Nachbildung einer jeden Vorlage zu schaffen und eine solche identische Nachbildung dabei auch tatsächlich geschaffen wird. Solche Abbildungen sind nicht unter § 72 UrhG zu schützen.

Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund der Gesetzgebungshistorie und des Gesetzeszwecks sachgerecht. Es werden solche Erzeugnisse ausgeschlossen, die formal dem einfachen Lichtbildschutz unterfielen, für deren Schutz jedoch kein Bedürfnis besteht, da eine Zuordnung der Leistung zu der Person des Erzeugers des Lichtbildes nicht hergestellt werden kann. Vielmehr handelt es sich um eine Leistung, die einzig und allein dem technischen Gerät, das verwendet wird, zuzuschreiben ist. Damit besteht auch

186 Vgl. hierzu bereits *Riedel*, GRUR 1951, 378 (381).

187 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 37.

kein Anlass, den Hersteller des Vervielfältigungsstückes gegenüber Dritten in der Art und Weise zu privilegieren, dass er mit Rechten an den Erzeugnissen ausgestattet würde. Würde ein solcher Schutz nämlich etabliert, ohne dass dies vom Gesetzgeber, der lediglich von den mit Lichtbildwerken vergleichbaren Leistungen ausging, beabsichtigt war, führte dies zu einem inflationären Schutz jeglicher unter Verwendung von Lichtquellen erzeugter Abbildungen unter gleichzeitigem Ausschluss Dritter von diesen Abbildungen. Diese Konsequenz wäre schlicht untragbar und systemfremd.

Eine weitere Fallgruppe, die bei einer negativen Bestimmung des Lichtbildbegriffes in Augenschein zu nehmen ist, ist diejenige der Reproduktionsfotografie. Diese wird nebst der zugehörigen Problemfälle der Übersichtlichkeit halber unter IV) 1) – 3) dargestellt, bevor sodann unter IV) 4) ein Lösungsvorschlag dargestellt wird. Im Anschluss wird unter IV) 5) Art. 14 der Richtlinie (EU) 2019/790 vom 17.04.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (im Folgenden: DSM-Richtlinie¹⁸⁸) berücksichtigt und sodann ein Überblick über die praktischen Auswirkungen des gefundenen Ergebnisses gegeben, vgl. IV) 6).

IV) Behandlung der Reproduktionsfotografie im Rahmen von § 72 UrhG

Hinsichtlich der Frage, ob der sog. Reproduktionsfotografie ein Lichtbildschutz zu gewähren ist, besteht Uneinigkeit. Es ist umstritten, ob die Erzeugnisse der Reproduktionsfotografie die Mindestanforderungen des § 72 UrhG erfüllen und, falls ein solcher Schutz dem Grunde nach bejaht wird, ob diesen Erzeugnissen dennoch in bestimmten Konstellationen der Schutz aus anderen Gründen im Wege einer teleologischen Reduktion zu versagen ist. In der Praxis bedeutete die Gewährung eines Lichtbildschutzes für Reproduktionsfotografien, dass bei einer Verwendung dieser Fotografien nicht nur die Nutzungsrechte an einer gegebenenfalls urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich geschützten Vorlage, sondern zusätzlich die Nutzungsrechte an der Fotografie beschafft werden müssten.

Eine Beurteilung der aufgeworfenen Fragestellung setzt jedoch aufgrund der unterschiedlichen Verwendung des Begriffes der Reproduktionsfotografie in Schrifttum und Rechtsprechung zunächst voraus, dass der Begriff der Reproduktionsfotografie, wie er der vorliegenden Untersu-

188 DSM-Richtlinie = Digital-Single-Market-Richtlinie.

chung zugrunde gelegt wird, festgelegt wird. Die Auseinandersetzung hiermit erfolgt unter IV) 1).

Ob derartige Reproduktionsfotografien sodann unter dem geltenden Recht ihrerseits urheberrechtlich geschützt sind, gilt es anschließend zu beurteilen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen zwei Anknüpfungspunkten: Zum einen stellt sich die Frage, ob Reproduktionsfotografien per se als Schutzgut des UrhG überhaupt in Betracht kommen (hierzu unter IV) 2)), zum anderen ist zu klären, ob es Anwendungsfälle gibt, in denen – die Schutzfähigkeit der Reproduktionsfotografien unterstellt – ggf. eine teleologische Reduktion vorzunehmen ist (hierzu unter IV) 3)).

1) Begriff der Reproduktionsfotografie

a) Begriffsfestlegung

Der Begriff der Reproduktionsfotografie wird in Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich verwendet. Das LG München I¹⁸⁹, *Schulze*¹⁹⁰ und *Wiebe*¹⁹¹ z.B. differenzieren zwischen

- fotografischen Reproduktionen und
- bloßen technischen Reproduktionen.

Fotografische Reproduktionen werden von *Schulze* mit der sog. Reproduktionsfotografie gleichgesetzt.¹⁹²

189 LG München I, Urt. v. 27.07.2015 – 7 O 20941/14, ZUM-RD 2016, 610 (611). Die in der ZUM-RD gewählte Überschrift „*Kein Lichtbildschutz für fotografische Reproduktionen*“ ist bei Gegenüberstellung mit dem Urteilsinhalt missverständlich. In dem Urteil blieb offen, ob eine Reproduktion ggf. auf rein maschinellm Wege erfolgte und ggf. eine bloße technische Reproduktion vorlag. Gleichzeitig wurde jedoch darauf abgestellt, dass lediglich eine „*zweidimensionale Vervielfältigung vor[lag], in Bezug auf welche die Belichtung und die Wahl des Darstellungswinkels wesentlich einfacher zu bewerkstelligen sind, als wenn ein Produkt in einer Weise fotografiert wird, welche es in seinen drei Dimensionen erkennen lässt*“. Diese Ausführungen sprechen dafür, dass gleichwohl von einer fotografischen Reproduktion und nicht von einem mechanischen Fotokopiervorgang ausgegangen wurde. Es bleibt leider unklar, ob das LG München letztlich die fotografische Reproduktion zweidimensionaler Vorlagen als bloße technische Reproduktion bewertet. Dem wäre nicht zuzustimmen.

190 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrbG, Rn. 10.

191 *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 72 UrbG, 2019, (Rn. 2).

192 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrbG, Rn. 10.

Dieser begrifflichen Differenzierung zwischen fotografischer und technischer Reproduktion sowie der Bezeichnung der fotografischen Reproduktion als Reproduktionsfotografie ist zuzustimmen (zur Begründung sogleich). Dieses Verständnis wird den weiteren Ausführungen deshalb zugrunde gelegt.

b) Übersicht über weitere Begriffsverwendungen

Nicht eindeutig sind die Ausführungen *Talkes*¹⁹³: Im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit Reproduktionen „flacher Vorlagen“ verwendet er den Begriff der „Reproduktionen“ zunächst recht allgemein, während er insbesondere die Lichtbildkopien (und damit technische Reproduktionen) behandelt. Diese Ausführungen erwecken den Anschein, als verwendete er den Begriff der Reproduktion als Synonym für technische Vervielfältigungen. Dieser Eindruck wird sodann gefestigt, da er ausführt:

„Wenn also ein Originallichtbild so getreu wie möglich – egal ob im selben Format oder im Wege der Mikro- oder Makrokopie – lediglich reproduziert (kopiert) wird, fällt die entstehende Reproduktion nicht unter § 72 UrhG, sondern ist lediglich eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG.“

(Hervorhebung durch die Verfasserin)

Die weiteren Ausführungen *Talkes* lassen jedoch erkennen, dass *Talke* sich bei der Auseinandersetzung mit Reproduktionen nicht auf technische Reproduktionen beschränkt, sondern auch fotografische Reproduktionen erfassen möchte. So setzt er sich mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf¹⁹⁴ auseinander, das die urheberrechtliche Bewertung von Fotografien zum Gegenstand hatte, die Zeichnungen des Künstlers Joseph Beuys abbildeten (mithin fotografische Reproduktionen). In diesem Zusammenhang spricht *Talke* von „Reproduktionsfotografien“ und von „Reproduktionen“. Hierbei lässt sich – auch wenn *Talke* dies nicht ausdrücklich klarstellt – feststellen, dass er den Begriff der Reproduktionsfotografie nur im Zusammenhang mit fotografischen Reproduktionen verwendet. Mithin nimmt *Talke* eine klare begriffliche Trennung bei der Nutzung des Oberbegriff der Reproduktionen nicht vor, sondern verwendet diesen einheitlich für

193 *Talke*, ZUM 2010, 846 (850).

194 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.1996 – 20 U 115/95, GRUR 1997, 49, *Beuys-Fotografien* ff.

technische und fotografische Reproduktionen, er setzt den Begriff der Reproduktionsfotografie jedoch nur für fotografische Reproduktionen ein.

Dies erkennt, lassen die Ausführungen *Talke* in ihrer Gesamtheit erkennen, dass er die Unterschiede zwischen technischen und fotografischen Reproduktionen wahrnimmt. Denn er spricht insoweit dem Hersteller fotografischer Reproduktionen einen deutlich weitreichenderen Gestaltungsspielraum zu als der reinen Reproduktion durch Lichtbildkopien.¹⁹⁵ Eine klare begriffliche Trennung findet jedoch nicht statt. Es ist insgesamt davon auszugehen, dass auch *Talke* zwischen technischen Reproduktionen einerseits und der fotografischen Reproduktion (also der Reproduktionsfotografie) andererseits differenziert, ohne dies – anders als *Schulze* und *Wiebe* – ausdrücklich schriftlich zu fixieren.

Eine andere Verwendung des Begriffs der Reproduktionsfotografie nahm demgegenüber – jedenfalls dem Anschein nach – *Vogel*¹⁹⁶ zunächst vor. Dieser ging dann vom Vorliegen einer Reproduktionsfotografie aus, wenn

„lediglich eine zweidimensionale Bild- oder Textvorlage mechanisch durch Foto-, Mikro- oder elektrostatische Kopie oder, nach Abzug eines Negativs, durch nach ihm hergestellte Diapositive, Vergrößerungen, Duplikatnegative oder durch digitale Techniken wie das Scannen vervielfältigt wird“.

Durch die Verwendung des Begriffes einer mechanischen Vervielfältigung begrenzte *Vogel* damit den Begriff der Reproduktionsfotografie auf rein technische Reproduktionen. Fotografische Reproduktionen, bei denen originär eine Fotografie aufgenommen wird, schienen nach seinem Verständnis nicht vom Begriff der Reproduktionsfotografie erfasst zu sein. Diese Ausführungen stellte *Vogel* in der Folgeauflage nunmehr ausdrücklich klar. Er korrigierte seine Ausführungen dahingehend, dass zuvor wiedergegebene Ausführungen auf „bloße Reproduktionen“ Anwendung fänden, etwas anderes hingegen für Reproduktionsfotografien gelte, bei denen z.B. ein zwei- oder dreidimensionales Kunstwerk fotografisch abgebildet werde. Damit nimmt er (inzwischen) ebenfalls eine Differenzierung zwischen technischen Reproduktionen und Reproduktionsfotografien vor.¹⁹⁷ Diese Klarstellung ist zu begrüßen.

195 *Talke*, ZUM 2010, 846 (850 f.).

196 *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 4. Auflage, 2010, § 72 *UrbG*, Rn. 23.

197 *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrbG*, Rn. 30.

*Thum*¹⁹⁸ demgegenüber scheint zwischen dem originalgetreuen Abfotografieren von Fotografien einerseits und Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen, die selbst nicht Lichtbilder sind, andererseits zu differenzieren. Nach seinem Verständnis sind Fotografien von Fotografien nicht vom Begriff der Reproduktionsfotografie erfasst. Reproduktionsfotografien sollen hiernach fotografische Reproduktionen unter Ausschluss des Lichtbildes vom Lichtbild sein.

*Katzenberger*¹⁹⁹ fasst unter den Begriff der Reproduktionsfotografie auch Fotokopien und vergleichbare Kopien (also technische Reproduktionen). Auf fotografische Reproduktionen geht er in seinen Ausführungen demgegenüber überhaupt nicht ein.

Den Begriff der Reproduktionsfotografie ausdrücklich verwendende Rechtsprechung²⁰⁰ stammt aus den jüngeren Jahren. In all diesen Fällen wurde der Begriff der Reproduktionsfotografie für die fotografische Reproduktion verwendet, nicht hingegen für die technische Reproduktion, die ihrerseits in der Rechtsprechung²⁰¹ auch nur als „Reproduktion“ bezeichnet wurde.

c) Bewertung

Im Ergebnis ist den Kategorisierungen *Schulzes*, *Wiebes*, *Vogels*, der Rechtsprechung und wohl auch *Talkes* zuzustimmen. Es ist offensichtlich, dass eine unterschiedliche rechtliche Bewertung fotografischer und technischer Reproduktion in Diskussion steht. Dann aber sollte auch eine klare Begriffliche Unterscheidung der Kategorien erfolgen.

Ebenso sollte der Begriff der Reproduktionsfotografie im rechtlichen Diskurs der Umschreibung der fotografischen Reproduktion vorbehalten bleiben. Selbst wenn der Begriff der Reproduktionsfotografie historisch bedingt durch den die Reprographik und den Einsatz sog. Repro-Kameras

198 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 31 f.

199 *Katzenberger*, GRUR Int. 1989, 116 (117).

200 AG Nürnberg, Urt. v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15, ZUM-RD 2016, 615; Urt. v. 22.02.2016 – 32 C 4607/15, juris; LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318, *Reproduktionsfotografie*; OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905, *Reiss-Engelhorn*.

201 Vgl. z.B. OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (907), *Reiss-Engelhorn*.

für fotografische als auch technische Reproduktionen verwendet wird²⁰², sollte in der rechtlichen Diskussion zur Vermeidung von Missverständnissen der Begriff der Reproduktionsfotografie vereinheitlicht und ausschließlich für fotografische Reproduktionen verwendet werden.

Im Übrigen spricht bereits der Wortlaut des Begriffes der Reproduktionsfotografie aus heutiger Sicht dafür, hierunter nicht die bloße technische Reproduktion zu verstehen, bei der auf rein technische Weise, wie z.B. mittels eines Kopiergerätes, durch Makro- oder Mikroskopie, der Herstellung von Abzügen unter Verwendung von Negativen, Vervielfältigungen hergestellt werden. Vielmehr erfasst die Reproduktionsfotografie nach dem heutigen Verkehrsverständnis lediglich fotografische Reproduktionen, also Lichtbilder, die mittels einer Fotokamera oder einer ähnlichen Aufnahmetechnik neu aufgenommen wurden. Während bei technischen Reproduktionen spezielle Begriffe verwendet werden, um diese zu bezeichnen (Kopie, Scan, Abzug, Vervielfältigung, etc.), versteht der durchschnittliche Betrachter auch die erneute Aufnahme einer Vorlage mittels einer Kamera als Fotografie. Reproduktionsfotografien sind demnach in Abgrenzung zur technischen Reproduktion zu betrachten.

Bei Reproduktionsfotografien handelt es sich im Gegensatz zu den auch als Lichtbildkopien bezeichneten rein technischen Reproduktionen damit um Reproduktionen, bei denen unter Zuhilfenahme eines fotografischen, nicht bloß technisch gesteuerten Verfahrens neue Bilder geschaffen werden, auf denen der (je nach Maß der handwerklichen Fertigkeiten des Lichtbildners ggf. nur fast) identische Inhalt zu erkennen ist, wie er auch durch die Vorlage vorgegeben worden war. Hierunter fallen damit z.B. die Fotografie eines Gemäldes oder die Fotografie einer bereits vorhandenen Fotografie mittels einer Kamera.

Ferner können weitere Umstände hinzutreten, die die Annahme einer Reproduktionsfotografie nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ausschließen. So liegt eine Reproduktionsfotografie jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn weitere Elemente hinzutreten, die für den Laien erkennbar eine Unterscheidbarkeit zwischen Vorlage und neuem Objekt ermöglichen, z.B. Fotografie eines Gemäldes inklusive der räumlichen Umgebung. Da hier erkennbar nicht ausschließlich das einzelne Objekt in seiner konkreten Gestaltung wiedergegeben (reproduziert) wird sondern vielmehr eine klare inhaltliche Unterscheidung zwischen dem geschaffenen Lichtbild und der Vorlage hergestellt wird, besteht kein Bedürfnis dafür, das

202 F. A. Brockhaus, Brockhaus-Enzyklopädie, S. 20; *Bibliographisches Institut AG*, Meyers Enzyklopädisches Lexikon, S. 24.

neue Lichtbild als Reproduktionsfotografie einzuordnen. Die offengelegte Unterscheidbarkeit widerspricht der Einordnung als Ergebnis eines Vorgangs der reinen fotografischen Reproduktion.

2) Reproduktionsfotografien als Schutzgut des UrhG?

Bei der bloßen technischen Reproduktion entsteht kein Lichtbild i.S.d. § 72 UrhG, es handelt sich um eine nicht schutzfähige technische Vervielfältigung der Vorlage. Dies entspricht der allgemeinen Auffassung.²⁰³ Dass demgegenüber Reproduktionsfotografien ein Lichtbild i.S.d. § 72 UrhG oder sogar ein Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG jedenfalls dem Grunde nach darstellen können, da hier erstmals eine Fotografie, nicht hingegen eine bloße technische Vervielfältigung einer Vorlage entsteht, wird von weiten Teilen der Literatur und Rechtsprechung anerkannt.²⁰⁴

Die Mindestvoraussetzungen an den Schutz einer Reproduktionsfotografie werden höchst unterschiedlich beurteilt. In der Literatur²⁰⁵ wird in einem ersten Schritt vielfach differenziert zwischen der fotografischen Reproduktion zweidimensionaler und dreidimensionaler Vorlagen:

203 A.A. lediglich *Platena, Das Lichtbild im Urheberrecht*, 1998, S. 167 ff.

204 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 10; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, 12. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 9; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, § 72 *UrhG*, 2019, Rn. 2; *Nordemann*, GRUR 1987, 15 (17); *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 30; *Lauber-Rönsberg*, in: *BeckOK UrhG*, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 14; BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (286), *Museumsfotos*; Urt. v. 07.12.2000 – I ZR 146/98, GRUR 2001, 755 (757), *Telefonkarte*; Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 (673), *Bibelreproduktion*.

205 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 10; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 2 *UrhG*, S. 119; *Lauber-Rönsberg*, in: *BeckOK UrhG*, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 14a f.; *Bullinger/Garbers-von Boehm*, GRUR 2008, 24 (27); *Lutzi*, GRUR 2017, 878 (879) f.; *Schulze*, in: *Weller/Kemle/Dreier/Michl, Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, Museale Reproduktionsfotografie und Bildrecht an der eigenen Sache*, 2018, S. 104 (107).

a) Dreidimensionale Vorlagen

Hinsichtlich dreidimensionaler Vorlagen, wie z.B. Skulpturen, ist im Schrifttum²⁰⁶ wie auch in der Rechtsprechung²⁰⁷ nicht nur unbestritten, dass fotografische Reproduktionen dieser als Lichtbilder grundsätzlich schutzfähig sind. Zutreffend wird außerdem darauf hingewiesen, dass die Reproduktionsfotografie dreidimensionaler Vorlagen sogar die für den Schutz als Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrbG erforderliche Schöpfungshöhe erreichen kann.²⁰⁸ Insoweit obliegt es nämlich der schöpferischen Gestaltung des Fotografen, Winkel, Beleuchtung, Tiefenschärfe, Verhältnis des Objektes zum Hintergrund, den Hintergrund selbst etc. zu bestimmen und eine entsprechende Komposition vorzunehmen. Der dem Lichtbildner hierdurch zustehende Gestaltungsspielraum kann, sobald dieser in schöpferischer Weise genutzt wird, genügen, um eine schöpferische Leistung anzunehmen, die einen Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrbG begründet. Die Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst geht sogar davon aus, dass bei Reproduktionsfotografien dreidimensionaler Werke üblicherweise die Werkqualität erreicht werde.²⁰⁹

Die Annahme der grundsätzlichen Schutzfähigkeit dreidimensionaler Reproduktionsfotografien unter § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrbG bzw. § 72 UrbG ist zu befürworten. Dies folgt aus mehreren Überlegungen:

Die rechtshistorische Betrachtung zeigt, dass der Gesetzgeber sich des Umstandes bewusst war, dass Fotografien tatsächlich vorhandene Gegen-

206 Z.B. *Schneider*, *Das Recht des Kunstverlags*, 1991, S. 82; *Bullinger/Garbers-von Boehm*, GRUR 2008, 24 (27); *Lutzi*, GRUR 2017, 878 (879); *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 UrbG, Rn. 10; *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2019, 341 (342); *Dreier*, GRUR 2019, 771 (774); *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 51; *Schulze*, GRUR 2019, 779 (782).

207 Z.B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.1996 – 20 U 115/95, GRUR 1997, 49 (50 f.), *Beuys-Fotografien*.

208 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.1996 – 20 U 115/95, GRUR 1997, 49 (51), *Beuys-Fotografien*; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 2 UrbG, Rn. 119; *Schneider*, *Das Recht des Kunstverlags*, 1991, S. 82; *Schulze*, in: *Weller/Kemle/Dreier/Michl*, *Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, Museale Reproduktionsfotografie und Bildrecht an der eigenen Sache*, 2018, S. 104 (107).

209 *Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst*, *Öffentliche Konsultation zur Umsetzung der EU-Richtlinien DSM (EU) 2019/790 und Online-SatCab(EU) 2019/789*, abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090419_Stellungnahme_VGBild_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?sessionid=8ABC915A797606F0BF32100C913C49E4.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 12.02.2020.

stände abbilden und damit z.B. die Natur, wie sie sich darstellt, in die zweidimensionale Form verbringen bzw. in dieser Weise abbilden. Nicht zuletzt dies war der Grund, weshalb zunächst der urheberrechtliche Schutz von Lichtbildern gänzlich abgelehnt wurde. Gleichwohl entschied sich der Gesetzgeber nach anfänglichem Zögern in Kenntnis eben dieses Umstandes, ihnen einen entsprechenden Schutz einzuräumen – als einfaches Lichtbild wie auch als Lichtbildwerk.²¹⁰ Damit aber kann den Reproduktionsfotos nicht per se entgegengehalten werden, dass die originalgetreue Abbildung der Schutzfähigkeit entgegenstehe.

Gerade vor diesem Hintergrund besteht auch kein Anlass, denjenigen Fotografien den Schutz zu versagen, die bewusst und mit dem erklärten Ziel der möglichst originalgetreuen Abbildung einer dreidimensionalen Vorlage aufgenommen werden, hingegen solche Schnappschüsse zu schützen, die ohne jeglichen schöpferischen Charakter im Alltag aufgenommen werden, obwohl diese auch nur die tatsächlichen Gegebenheiten abbilden (übliche Alltagsfotos). Es wäre nicht zu erklären, weshalb ein alltägliches Knipsbild den Lichtbildschutz des § 72 UrhG genießen sollte, demgegenüber jedoch solchen Fotografien, die tatsächliche Gegenstände möglichst originalgetreu abbilden sollen und dieses Ziel letztlich auch erreichen, dieser Schutz versagt sein soll. Eine solche Annahme führte nämlich dazu, dass bewusst und geplant aufgenommene Lichtbilder gegenüber einem beiläufigen Schnappschuss des Alltags benachteiligt würden.

Darüber hinaus ist bei der Reproduktionsfotografie dreidimensionaler Vorlagen, welche die Reproduktion von Werken anderer Werkgattungen, wie z.B. von Werken der bildenden Künste, betrifft, selbst wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung an die Erfordernisse eines Minimums an persönlicher geistiger Leistung bzw. eines Urbildes angeknüpft würde, zu berücksichtigen, dass erstmals überhaupt ein Lichtbild (-werk) hergestellt wird. Hier ergibt sich die Schutzfähigkeit der fotografischen Darstellung nach § 72 UrhG neben der sorgfältigen Auswahl vorgenannter technischer Bedingungen bereits aus diesem Umstand. Denn das Verbringen einer Darstellung von einer Werkgattung zur nächsten weist, so derartige Mindestanforderungen an den Schutz nach § 72 UrhG gestellt werden, seinerseits schon das erforderliche Minimum an persönlicher geistiger Leistung auf, ein Urbild von der konkreten dreidimensionalen Darstellung wird erstmals hergestellt.

210 Vgl. Kapitel 1.

b) Zweidimensionale Vorlagen

Deutlich umstrittener ist demgegenüber die Beurteilung der Schutzfähigkeit von Reproduktionen so bezeichneter „zweidimensionaler Vorlagen“.

aa) Begriff zweidimensionaler Vorlagen

Hierbei ist zunächst zu klären, was unter den Begriff der zweidimensionalen Vorlagen überhaupt zu fassen ist.

In der Literatur²¹¹ wird vielfach die Reproduktionsfotografie von Gemälden und Lichtbildern gemeinsam unter dem Oberbegriff der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen abgehandelt. Zur Vereinfachung der Darstellung und Bewertung der verschiedenen Lösungsansätze wird auch hier eine Auseinandersetzung mit der Reproduktionsfotografie von Gemälden und Lichtbildern unter dieser Überschrift vorgenommen.

Hintergrund der Differenzierung zwischen so bezeichneten zweidimensionalen Vorlagen einerseits und dreidimensionalen Vorlagen andererseits dürfte sein, dass bei Reproduktionsfotografien von Gemälden, Zeichnungen, Lichtbildern etc. (die „zweidimensionalen Vorlagen“) die Substituierbarkeit mit der Vorlage²¹² deutlich höher ist, als dies bei den so bezeichneten dreidimensionalen Vorlagen der Fall ist. Die Anlehnung an die Vorlage zu Verwertungszwecken ist bei diesen sogenannten zweidimensionalen Vorlagen von deutlich höherem Grad. Die Reproduktionsfotografie eines Gemäldes von Claude Monet, einer Zeichnung von Joseph Beuys oder einer Fotografie von Bernd und Hilla Becher ersetzt leichter die Vorlage selbst als die Reproduktionsfotografie einer Skulptur von Käthe Kollwitz oder Joseph Beuys einen Ersatz der Skulptur darstellen kann. Dieser Umstand der Substituierbarkeit der zweidimensionalen Vorlage durch die Reproduktionsfotografie ist im Ergebnis der Hintergrund, weshalb eine unterschiedliche Bewertung gegenüber der Reproduktionsfotografie dreidimensionaler Vorlagen erwogen wird.

211 Vgl. z.B. *Schneider, Das Recht des Kunstverlags*, 1991, S. 82; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrbG*, Rn. 50. Wohl auch *Dreier*, *GRUR* 2019, 771 (774); *Schulze*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrbG*, Rn. 10, jeweils Bezug nehmend auf BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, *GRUR* 2019, 284, *Museumsfotos*.

212 Zur Substituierbarkeit vgl. *Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 165.

Vorzugswürdig wäre es allerdings auch vor diesem Hintergrund, die Reproduktionsfotografie von Gemälden als dreidimensional einzuordnen, da Gemälde durch die in unterschiedlicher Stärke aufgetragene Farbe oder verwendete Modelliermasse über eine – wenn teilweise auch nur minimale – räumliche Tiefe verfügen, sodass sie eigentlich den dreidimensionalen Vorlagen zuzuordnen wären.²¹³ Dies gilt auch, da die Reproduktionsfotografie eines Gemäldes aufgrund der fehlenden Tiefe nicht zu einer tatsächlichen Substituierbarkeit führt. Im Rahmen der folgenden Ausführungen zur (fehlenden) Schutzfähigkeit und der Reichweite einer etwaigen Schutzfähigkeit zweidimensionaler Vorlagen wird die Zugehörigkeit von Gemälden zur Kategorie der zweidimensionalen Vorlagen gleichwohl unterstellt, da dies erforderlich ist, um eine Bewertung des bestehenden Diskurses vornehmen zu können.

bb) Zweidimensionale Vorlage als potentielles Schutzgut des § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG oder des § 72 UrhG?

Nachdem der Begriff der zweidimensionalen Vorlage, wie er diesen Ausführungen zugrunde gelegt wird, festgelegt ist, stellt sich die Frage, ob ein Schutz von Reproduktionsfotografien solcher Vorlagen, soweit ein Schutz überhaupt möglich ist, ausschließlich unter § 72 UrhG gegeben oder ein Schutz auch unter § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG in Betracht zu ziehen wäre. In der Rechtsprechung²¹⁴ wurde diese Frage mehrfach offen gelassen, da es jeweils nicht auf die Klärung derselben angekommen war.

*Vogel*²¹⁵ führt ohne weitere Differenzierung nach der Art der Vorlage (Gemälde, Lichtbild, etc.) aus, bei der fotografischen Abbildung zwei- oder dreidimensionaler Kunstwerke seien Überlegungen zur Bewältigung situationsbezogener fotografisch-technischer Problemstellungen wie der Wahl von Standort, Entfernung, Blickwinkel und Belichtung zu treffen, weshalb

213 Vorzugswürdig ist eine Differenzierung zwischen „flachen“ und „nicht flachen“ Vorlagen wie (allerdings nicht konsequent) bei *Talke*, ZUM 2010, 846 (850); auf die unglückliche Einordnung in die Kategorien zweidimensional und dreidimensional ebenfalls hinweisend *Lutzi*, GRUR 2017, 878 (880); differenzierend: LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318 (320), *Reproduktionsfotografie*.

214 LG Stuttgart, Urt. v. 27.09.2016 – 17 O 690/15, ZUM-RD 2017, 161 (164); mit Tendenz zum Vorliegen eines einfachen Lichtbildes OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (907), *Reiss-Engelhorn*.

215 *Vogel*, in: Schrickter/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrhG, Rn. 30.

unter Umständen die Reproduktionsfotografie einer zweidimensionalen Vorlage ein Lichtbildwerk darstellen könne. *Pfennig*²¹⁶ will Reproduktionsfotografien monochromer Gemälde generell eine hohe schöpferische Originalität zusprechen und diese damit als Lichtbildwerke bewertet wissen. Zur Begründung führt er jedoch lediglich aus, jeder Laie, der sich hierüber einmal mit einem professionellen Fotografen unterhalte, ließe sich hiervon schnell überzeugen. Einen Hinweis darauf, worin das Schöpferische der Reproduktionsfotografie eines Gemäldes liegen solle, gibt *Pfennig* demgegenüber nicht.

Überwiegend wird jedoch in Rechtsprechung²¹⁷ und Literatur²¹⁸ davon ausgegangen, dass ein Schutz von Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen nicht als Lichtbildwerk sondern allenfalls als einfaches Lichtbild gem. § 72 UrbG in Betracht komme, da die Aufgabenstellung der möglichst originalgetreuen Wiedergabe einer Vorlage dem Fotografen jegliche Möglichkeit der individuellen Einflussnahme auf die Gestaltung in Form der Ausnutzung eines Gestaltungsspielraumes nehme. Es handele sich deshalb bei Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen vielmehr um eine rein technische Leistung, die handwerklichen Fertigkeiten des Fotografen stünden im Vordergrund.

Letztgenannte Auffassung ist vorzugswürdig. Lichtbildwerke i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrbG zeichnen sich durch eine schöpferische Leistung des Fotografen aus, ausgeprägte handwerkliche Fertigkeiten genügen für die Annahme eines Lichtbildwerkes hingegen nicht.²¹⁹ Bei der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen ist jedoch gerade kein Schöpfungscharakter gegeben. Das Ergebnis einer Reproduktionsfotografie variiert

216 *Pfennig*, KUR – Kunst und Recht 9 (2007), 1 (4).

217 LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318, *Reproduktionsfotografie*; AG Nürnberg, Urt. v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15, ZUM-RD 2016, 615; OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (906), *Reiss-Engelhorn*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.1996 – 20 U 115/95, GRUR 1997, 49 (51), *Beuys-Fotografien*.

218 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 2 *UrbG*, Rn. 119; wohl auch *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK *UrbG*, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 *UrbG*, Rn. 15, darauf hinweisend, dass Reproduktionsfotografien dreidimensionaler Gegenstände häufig den Anforderungen des § 2 Abs. 2 *UrbG* genügen dürften. Gleichmaßen die Möglichkeit des Urheberrechtsschutzes für Reproduktionsfotografien für dreidimensionale Vorlagen betonend *Schneider*, *Das Recht des Kunstverlags*, 1991, S. 83.

219 Die rein technischen Leistungen sollten gerade nicht dem Schutz als Lichtbildwerk unterworfen werden, vgl. Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 37, 88.

ausschließlich danach, über welches Know-how und technische Geschick der konkrete Lichtbildner verfügt. Die Zielvorgabe der originalgetreuen Abbildung gibt dem Fotografen den Blickwinkel und den Inhalt der zu erstellenden Ablichtung vor. Inhalt der Reproduktionsfotografie ist naturgemäß die Vorlage. Eine exakte Reproduktionsfotografie kann außerdem nur im Winkel von 90 Grad erstellt werden, da es andernfalls gegenüber der Vorlage zu einer verzerrten Wiedergabe und Wahrnehmung der Proportionen käme. Wie *Yang*²²⁰ zutreffend betont, soll die Persönlichkeit des Lichtbildners von der Intention der Reproduktionsfotografie gerade nicht herausgestellt werden, sondern gänzlich zurücktreten. Die neben der Wahl des Standortes und des Blickwinkels von *Vogel* angesprochenen Aspekte, über die der Fotograf frei entscheiden könne, sind keine solchen Elemente, die einen schöpferischen Charakter begründeten. Es handelt sich bei Standort, Entfernung, Beleuchtung und ähnlichen Aufnahmebedingungen, die der Fotograf wählt, um Rahmenbedingungen, die im Sonderfall der Reproduktionsfotografie nicht geeignet sind, eine schöpferische Leistung zu begründen. Denn bei der Aufgabenstellung und Zielsetzung, eine Reproduktionsfotografie zu erstellen, entscheiden diese Kriterien ausschließlich darüber, ob das Ergebnis eine in technischer Hinsicht gute oder schlechte Reproduktionsfotografie darstellt. Die für eine schöpferische Leistung maßgebliche Individualität kann der Entscheidung über die Einstellung dieser Kriterien hingegen nicht entnommen werden. Auch die Auffassung *Pfennigs* kann insoweit nicht überzeugen. Es ist davon auszugehen, dass ein professioneller Fotograf in einem Gespräch die Unterschiede, die durch Beleuchtung, Entfernung etc. entstehen, hervorheben würde, die jeweils zu Unterschieden in der Fotografie führen. Es wird nicht bestritten, dass die Anfertigung einer hervorragenden Reproduktionsfotografie aufwändig und zeitintensiv ist. Gleichwohl handelt es sich bei den angestellten Überlegungen und den daraus resultierenden Handlungen nicht um schöpferische sondern um handwerkliche Tätigkeiten, solange es sich um eine Reproduktionsfotografie handelt, mit der das Ziel verfolgt wird, eine originalgetreue, zu einer Substitution führende Aufnahme der zweidimensionalen Vorlage zu erstellen.

Dieses Ergebnis wird auch gestützt von folgender Kontrollüberlegung: Führt die Bewältigung der von *Vogel*²²¹ angeführten, bei dem Ziel der Erstellung einer Reproduktionsfotografie rein technischen Herausforderungen dazu, dass im Ergebnis ein Lichtbildwerk geschaffen würde, könnte

220 *Yang*, ZUM 2017, 951.

221 *Vogel*, in: Schrickter/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrhG*, Rn. 30.

die Reproduktionsfotografie eines einfachen Lichtbildes ein Lichtbildwerk darstellen, sodass die Reproduktionsfotografie des einfachen Lichtbildes ein Mehr gegenüber dem ursprünglich geschaffenen Lichtbild darstellte. Dieses Ergebnis könnte nicht überzeugen.

Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen sind damit allenfalls als einfache Lichtbilder i.S.v. § 72 UrbG zu schützen. Ob im Fall der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen jedoch die Mindestanforderungen des § 72 UrbG überhaupt erfüllt sind, gilt es im Weiteren zu klären.

cc) Schutzfähigkeit unter § 72 UrbG?

(1) Bestandsaufnahme und Bewertung

Teilweise²²² wird jedoch die Auffassung vertreten, die fotografische Reproduktion einer zweidimensionalen Vorlage stelle per se kein Schutzgut dar, das die Anforderungen des § 72 UrbG erfüllt, da insoweit die Mindestanforderungen an einen Schutz nach § 72 UrbG nicht erfüllt seien. Es handle sich um eine nicht geschützte bloße Vervielfältigung der abgebildeten Vorlage. Einschränkender wird teilweise²²³ außerdem die Auffassung vertreten, dass jedenfalls die Reproduktionsfotografie einer Fotografie („Foto

222 Yang, ZUM 2017, 951–955 (952); *Obly*, in: Beier/Schricker, Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, *Verwertungsverträge im Bereich der bildenden Kunst*, 1995, (455). So außerdem noch *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 4., neu bearb. Aufl., 2014, § 72 UrbG, Rn. 11. Anders nun in *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 27 ff. (allerdings weiterhin Reproduktionsfotografien von Lichtbildvorlagen aus dem Schutzbereich ausnehmend).

223 *Lehment*, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 28 f.; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 31; Wohl auch LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318 (319), *Reproduktionsfotografie* (fälschlicherweise bezugnehmend auf das Urteil des BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, *Bibelreproduktion*, bei dem nicht ein „Foto vom Foto“ bewertet wurde, sondern die bloße technische Vervielfältigung einer Fotografie; *Stenzel*, jurisPR-ITR 4/2018 Anm. 5 C) I). Das „Foto vom Foto“ als nicht schutzfähig einstufend allerdings auch der Oberste Gerichtshof zum parallel ausgestalteten österreichischen Recht, vgl. Oberster Gerichtshof, Entscheidung v. 08.09.2009 – 4 Ob 115/09d, 12, abrufbar unter [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20090908_OGH0002_0040OB00115_09D0000_000.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20090908_OGH0002_0040OB00115_09D0000_000/JJT_20090908_OGH0002_0040OB00115_09D0000_000.pdf) (Stand: 12.10.2019).

vom Foto“) die Mindestanforderungen des § 72 UrhG nicht erfülle und demnach nicht schutzfähig sei.

Insbesondere die Ausführungen *Stenzels*²²⁴ und des LG Berlin²²⁵, die der Reproduktionsfotografie einer Fotografie die Schutzfähigkeit absprechen, können nicht überzeugen:

*Stenzel*²²⁶, legt ausschließlich unter Berufung auf das Urteil des BGH *Telefonkarte*²²⁷ und ohne weitere Begründung dar, das Abfotografieren einer Fotovorlage stelle keine ausreichende geistige Leistung dar, sodass ein Lichtbildschutz nicht bestehe. Der Verweis auf das Urteil *Telefonkarte* des BGH geht fehl. Denn jenem Urteil lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem eine Telefonkarte, die von der Telekom AG als Klägerin hergestellt wurde, von der Beklagten des Rechtsstreits auf einer weiteren Telefonkarte, welche die Beklagte vertrieb, abgebildet wurde. Nicht vorgetragen wurde in dem Rechtsstreit, ob die Beklagte zur Abbildung der klägerischen Telefonkarte überhaupt ein fotografisch hergestelltes Lichtbild verwendete oder ob eine bloße technische Reproduktion in der Weise erfolgte, dass z.B. eine mittels eines Kopiergerätes angefertigte Kopie der klägerischen Telefonkarte auf die Telefonkarte der Beklagten übertragen wurde. Vor diesem Hintergrund war es jedoch möglich, dass eine Schutzfähigkeit als Lichtbild gem. § 72 UrhG bereits deshalb nicht vorlag, da das Vorliegen einer bloßen technischen Reproduktion, die keinen Schutz unter § 72 UrhG genießt (vgl. Teil 2, B. III. 4.), im Raum stand. Zur grundsätzlichen Frage der Schutzfähigkeit der Fotografie einer Fotografie trifft das Urteil demgegenüber keine Entscheidung. Da *Stenzel* keine weiteren Argumente vorbringt, die ihre Auffassung begründeten, sind ihre Ausführungen im Ergebnis nicht überzeugend.

Soweit auch das LG Berlin²²⁸ in seinem Urteil *Reproduktionsfotografie*²²⁹ Bezug nimmt auf das Urteil *Telefonkarte* des BGH, können auch jene Auseinandersetzungen mit dem Urteil nicht überzeugen. Das LG Berlin führte hierzu aus, eine Schlussfolgerung, die mangelnde Schutzfähigkeit der technischen Reproduktion im Fall *Telefonkarte* auch auf die Reproduktion von

224 *Stenzel*, jurisPR-ITR 4/2018 Anm. 5, C) I).

225 LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318 (319), *Reproduktionsfotografie*.

226 *Stenzel*, jurisPR-ITR 4/2018 Anm. 5, C.) I.).

227 BGH, Urt. v. 07.12.2000 – I ZR 146/98, GRUR 2001, 755 (757), *Telefonkarte*.

228 LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318 (319), *Reproduktionsfotografie*.

229 LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318, *Reproduktionsfotografie*.

Gemälden zu übertragen, sei pauschal nicht zulässig. Sodann führt das LG Berlin fort mit der Betonung der unterschiedlichen Ausgangssituation in beiden Fällen und den unterschiedlich hohen Anforderungen, die an die jeweiligen Lichtbildner gestellt würden. In dem vom BGH entschiedenen Fall habe es sich um eine einfache, schwarz-weiße Grafik gehandelt, während im vom LG Berlin zu entscheidenden Fall farbige, detailreiche Gemälde mit differenzierten Schattierungen zu reproduzieren gewesen seien. Es sei eine aufwändige handwerklich-technische Leistung erforderlich gewesen, die durch den Lichtbildschutz zu schützen sei, eine farb- und kontrastgetreue Wiedergabe könne nicht durch „spontanes Abknipsen“²³⁰ erzielt werden. Mit diesen Ausführungen stellt das LG Berlin hinsichtlich der Frage, ob bei der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen ein Lichtbild i.S.d. § 72 UrhG vorliege, auf den technischen Aufwand ab, der erforderlich ist, um das Lichtbild zu produzieren. Unter Umgehung des gesetzgeberischen Zweckes der Einräumung eines einfachen Lichtbildschutzes zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten scheint das LG Berlin die Mindestanforderungen, die an ein Lichtbild i.S.v. § 72 UrhG zu stellen sind, hierdurch anzuheben. Nach dem gesetzgeberischen Zweck sollte es auf einen besonderen technischen Aufwand oder technische Fähigkeiten gerade nicht ankommen²³¹, vielmehr sollten sämtliche Lichtbilder, bei denen eine Vergleichbarkeit mit Lichtbildwerken grundsätzlich vorliegt, die jedoch keinen schöpferischen Inhalt aufweisen, geschützt werden. Bereits aus diesem Grund können die Ausführungen nicht überzeugen. Darüber hinaus führte eine Differenzierung nach der Farbgestaltung der Vorlage und dem Schwierigkeitsgrad der Übernahme zu weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten, da nicht klar ist, ab welchem Maß einer Farbgestaltung die Mindestanforderungen an ein zu schützendes Lichtbild erfüllt wären. So wäre fraglich, ob es etwa genüge, wenn eine schwarz-weiße Vorlage z.B. noch ein minimales braunes Element enthielte, ein Grauton unter Beimischung eines Minimums an blauer Farbe verwendet wurde oder ob für die Begründung eines Lichtbildschutzes der Einsatz einer oder mehrerer bunter Farben wie grün, gelb, blau, etc. erforderlich wäre. Eine Bestimmung des Aufwandes der Erstellung einer Reproduktionsfotografie durch Orientierung an der Farbgestaltung der Vorlage verbietet sich zur Vermeidung weiterer Rechtsunsicherheiten. Ferner ist auch hier zu beachten, dass das Urteil des BGH *Telefonkarte* gerade keine

230 LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318 (319 f.), *Reproduktionsfotografie*.

231 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 88.

Entscheidung zur Frage der Schutzfähigkeit der Fotografie einer Fotografie im Allgemeinen getätigt hat (vgl. zuvor). Auch das Urteil des LG Berlin scheint, gleichermaßen wie die sich hierauf beziehenden Ausführungen *Stenzels*, diesen Aspekt zu übersehen.

Auch *Thum*²³² – für Reproduktionsfotografien von Lichtbildern abstellend auf das Kriterium des Urbildes – führt aus, ein schutzfähiges Urbild entstehe nicht, soweit das reproduzierte Werk bereits ein Lichtbild im technischen Sinne sei (also bei einer Fotografie einer Fotografie) bzw. bei einem solchen Lichtbild handle es sich nur um ein Bild vom Bild oder um eine weitere Kopie. Eine Übertragung auf andere zweidimensionale Vorlagen solle hingegen nicht erfolgen.²³³ Zu dem gleichen Ergebnis kommt *Lehment*²³⁴ bei Anwendung der Urbild-Theorie. Dabei verkennen beide, dass auch beim Abfotografieren eines Lichtbildes ein neues, eigenständiges Urbild geschaffen wird. Eine einhundertprozentige Identität der Vorlage mit der Reproduktion durch das Abfotografieren ist anders als bei der technischen Reproduktion mittels eines Kopierverfahrens technisch nicht zu erreichen. Es werden bei der erneuten Ablichtung vielmehr stets – ggf. auch nur marginale und mit dem bloßen Auge nicht erkennbare – Unterschiede bestehen, die gerade damit zu begründen sind, dass der Reproduktionsfotograf den Herstellungsvorgang individuell vornimmt und die Aufnahmebedingungen – anders als etwa ein Kopiergerät oder ein Scanner – selbst bestimmt. Selbst bei Annahme der Erforderlichkeit eines Urbildes, läge demnach ein Lichtbild i. S. v. § 72 UrhG vor.²³⁵ Die Auffassung, beim Abfotografieren eines Lichtbildes entstehe kein Urbild, geht mithin fehl.²³⁶

232 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 31 f.

233 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 32.

234 *Lehment*, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 28.

235 So geht im Übrigen auch die Kommission, die mit der Fragestellung betraut war, ob fotografische Erzeugnisse gegen unberechtigte Nachbildung und Vielfältigung zu schützen seien, im Jahr 1862 im Rahmen des Kommissionsberichts an das preußische Haus der Abgeordneten davon aus, dass ein Urbild dann nicht vorliege, wenn eine Fotografie auf mechanischem und damit auf technischem Wege kopiert werde, *Duncker*, Börsenblatt No. 70 (03.06.1863), 1166 (1167).

236 Aus diesem Grund geht die Darstellung *Lehmments*, die Heranziehung des Urbildkriteriums als Unterfall des Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung sei im Hinblick auf die Beurteilung von Reproduktionsfotografien von Lichtbildern widersprüchlich (*Lehment*, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, 1. Aufl., 2008, S. 29 f.), fehl.

Ebenso kann dem Ergebnis einer solchen Fotografie auch nicht, soweit dieses vorausgesetzt wird, ein Minimum an persönlicher geistiger Leistung abgesprochen werden. Auch diejenigen Vertreter, die ein solches für einen Lichtbildschutz nach § 72 UrbG für erforderlich halten, können demnach der Reproduktionsfotografie den Schutz nicht überzeugend versagen: Nach Auffassung *Vogels*²³⁷ kann das Mindestmaß an geistiger Leistung nämlich bereits durch die Fertigkeit bei der Bedienung des Aufnahmeapparates oder die Festlegung der Aufnahmebedingungen erreicht werden. Bei dem kommt bei der originalgetreuen Ablichtung zweidimensionaler Vorlagen erhebliche Bedeutung zu. Der Lichtbildner, der eine zweidimensionale Vorlage originalgetreu fotografiert, legt, wie bereits aufgezeigt, die Aufnahmebedingungen fest, wobei er noch intensiver auf die konkreten Aufnahmebedingungen achten muss, die für eine originalgetreue Aufnahme erforderlich sind, als dies ein Hobbyfotograf beim Erstellen eines Schnappschusses tut. Der Fotograf mag bei der Auswahl des Bildausschnittes an tatsächliche Vorgaben weitestgehend gebunden sein, er ist jedoch gehalten, sich mit den weiteren Aufnahmebedingungen stärker zu befassen als der Hobbyfotograf. *Thum*, grundsätzlich abstellend auf das Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung, widerspricht z. B. insoweit auch seinen eigenen Ausführungen. Für das Vorliegen eines Minimums an persönlicher geistiger Leistung stellt *Thum*²³⁸ auf den Herstellungsvorgang ab und fordert die aus der Festlegung der Aufnahmebedingungen resultierende Zuordnung der Aufnahme zu einer bestimmten Person. Die Herstellung einer originalgetreuen Reproduktionsfotografie fordert eine intensive Auseinandersetzung mit den Aufnahmebedingungen, die technischen Fertigkeiten einer einzelnen Person spiegeln sich in ihr wider. Hierdurch wird die nach *Thum* erforderliche Verbindung zur Person hergestellt. Zusätzlich stellt *Thum*²³⁹ bei Reproduktionsfotografien von Lichtbildern auf die Erforderlichkeit der Herstellung eines Urbildes ab. Auch dies kann nicht überzeugen, vgl. zuvor. Soweit *W. Nordemann* eine besondere individuelle Gestaltung fordert, damit das Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung erreicht werde, ist tatsächlich fraglich, ob eine solche bei der Herstellung von Reproduktionsfotografien erreicht werden könnte. Allerdings sind diese Anforderungen an einen Schutz nach § 72 UrbG angesichts des

237 *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrbG, Rn. 32, vgl. hierzu unter Kapitel 2, B) III) 3) a).

238 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 27, vgl. hierzu unter Kapitel 2, B) III) 3) a).

239 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 31 f.

Schutzes der kleinen Münze und der bloßen Forderung einer Individualität gem. Art. 6 Schutzdauerrichtlinie für als Werke geschützte Lichtbilder ohnehin zu hoch angesetzt, sodass diese nicht zu berücksichtigen sind.²⁴⁰

Auch im Übrigen lassen diejenigen, die der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen die Schutzfähigkeit vollständig absprechen möchten, Folgendes unberücksichtigt: Die verwandten Schutzrechte schützen bereits die rein persönliche, technische, wirtschaftliche und/oder organisatorische Leistung ohne schöpferischen Charakter.²⁴¹ Neben dem Vorliegen eines Lichtbildes im technischen Sinne ist, wie unter Kapitel 2, B) III) 4) dargestellt, lediglich zu fordern, dass es sich nicht um eine rein technische Vervielfältigung handelt, die mithilfe eines technischen Hilfsmittels hergestellt wurde, das gerade der originalgetreuen Vervielfältigung von Vorlagen dient. Weitere Anforderungen sind in Ansehung des gesetzgeberischen Zweckes, Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einfachen Lichtbildern und Lichtbildwerken zu vermeiden, nicht geboten. Insbesondere darf nicht der Inhalt des Lichtbildes darüber entscheiden, ob es sich um ein schutzfähiges oder um ein nicht schutzfähiges Lichtbild handelt. Eine Wechselbeziehung zwischen Inhalt und Schutzfähigkeit eines Lichtbildes ist bei § 72 UrhG vom Gesetzgeber, der den Schutz einfacher, nicht schöpferischer Lichtbilder einführt, während er bei anderen Werkgattungen des § 2 Abs. 1 UrhG einen Schutz von Leistungen unterhalb der Schöpfungshöhe des § 2 Abs. 2 UrhG liegen, nicht festlegte, nicht vorgesehen. Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen stellen immer unter § 72 UrhG schutzfähige Lichtbilder dar.

(2) Überprüfung des Ergebnisses

Die Schutzfähigkeit von Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen wird auch durch folgende Überlegungen bestätigt:

Die Ablehnung des Schutzes gem. § 72 UrhG für Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen kann nicht mit der gesetzgeberischen Intention in Einklang gebracht werden, ohne Wertungswidersprüche hervorzurufen: Werden nämlich nach dem gesetzgeberischen Willen ausdrücklich bereits alltägliche Knipsbilder ohne schöpferischen Charakter durch § 72 UrhG als technische Leistung geschützt und bei diesen das Vorliegen der Mindestanforderungen an ein einfaches Lichtbild gem. § 72 UrhG be-

240 Hierzu auch unter Kapitel 2, B) III) 3) a).

241 Dreier, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, vor §§ 70 ff., Rn. 2.

jaht, muss ein solcher Schutz *erst recht* dann bestehen, wenn mit nicht nur unerheblichem technischem Aufwand eine originalgetreue, farbechte, fotografisch hergestellte Nachbildung einer zweidimensionalen Vorlage erstellt wird.²⁴² Es bedarf umfassender technischer Fertigkeiten, mittels fotografischen Verfahrens (bestenfalls) identische Nachbildungen anzufertigen. Aufnahmewinkel, Belichtung, Brennweite etc. müssen sorgfältig ausgewählt werden, um ein solches Lichtbild möglichst originalgetreu zu fertigen. Die Lichtbildner dieser Reproduktionsfotografien dann jedoch schlechter zu stellen als die Lichtbildner alltäglicher Knipsbilder, kann nicht gerechtfertigt werden.²⁴³

Ferner spricht für die Einordnung der Ergebnisse der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen als schutzfähige Lichtbilder der Sinn und Zweck der Vorschrift und nicht zuletzt das Erfordernis der Rechtssicherheit: Eine Nicht-Einordnung der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen als Lichtbilder führte nämlich im Ergebnis dazu, dass solche Fotografien, die zwar einen Versuch der originalen Nachbildung einer zweidimensionalen Vorlage darstellen, bei denen jedoch die Aufnahmebedingungen technisch fehlerhaft gewählt werden, sodass z.B. mangels Farbechtheit oder aufgrund eines durch die Beleuchtung entstandenen Lichtkegels keine Originaltreue vorliegt, unter § 72 UrbG zu schützen, gelungene Reproduktionsfotografien hingegen aus dem Schutzbereich auszunehmen wären. Damit würden entgegen des Schutzzweckes der Norm und entgegen des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit neue Abgrenzungsprobleme geschaffen, die durch die Einführung des § 72 UrbG gerade vermieden werden sollten.

242 Die höhere Schutzwürdigkeit solcher Lichtbilder gegenüber sonstigen Knipsbildern erkennt z.B. auch *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzes (§ 72 UrbG)*, 2017, S. 205 (222), der eine Beschränkung des Leistungsschutzrechts auf Lichtbilder befürwortet, deren Herstellung wesentliche Investitionen und/oder Mühen erforderte.

243 Ähnliche Überlegungen bei *Schulze*, in: Weller/Kemle/Dreier/Michl, *Kulturgüterrecht – Reproduktionsfotografie – StreetPhotography, Museale Reproduktionsfotografie und Bildrecht an der eigenen Sache*, 2018, S. 104 (107), hinweisend darauf, dass angesichts des Schutzes für jedes Knipsbild viel dafür spreche, aufwändige Frontal-Reproduktionen zu schützen. Nach *Schulze* solle der erhebliche Aufwand ein Indiz dafür darstellen, dass ein Mindestmaß an eigener Leistung erreicht sei, sodass die Reproduktion ein neues, selbstständig verwertbares Wirtschaftsgut darstelle.

Selbst wenn damit, worauf *Stang*²⁴⁴ und *Yang*²⁴⁵ zutreffend hinweisen, bei der Reproduktionsfotografie zweidimensionaler Vorlagen keine Abgrenzungsschwierigkeiten, wie vom Gesetzgeber befürchtet, dahingehend entstehen können, ob die Anforderungen an ein Lichtbildwerk erfüllt sind, oder nicht, da eine schöpferische Leistung der Natur der Sache nach nicht vorliegen kann, sodass dem Grunde nach der ursprünglich Gesetzeszweck es nicht erfordert, einen Schutz unter § 72 UrhG zu begründen, so ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine weitere Abgrenzungsschwierigkeiten nach unten schaffen wollte. Eben dies würde jedoch geschehen, würde man Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen vom Leistungsschutz ausschließen, da sodann zu diskutieren wäre, ob handwerklich schlechte Reproduktionsfotografien dem Leistungsschutz aufgrund gegebener, zuvor bereits angesprochener Besonderheiten unterfielen. Während bei einer Fotografie, die nicht nur ihre Vorlage abbildet sondern auch deren Umgebung, noch eine Abgrenzung nach § 57 UrhG erfolgen könnte, entstünden jedenfalls bei abgebildeten Farbkegeln oder fehlender originalgetreuer Farbwiedergabe kaum auf rechtssichere Weise lösbare Schwierigkeiten.

Darüber hinaus ist auch das Ergebnis nicht vertretbar, Reproduktionsfotografien dreidimensionaler Vorlagen, etwa einer Skulptur, dem Schutz des § 72 UrhG (sowie bei Erreichen der Schöpfungshöhe gem. § 2 Abs. 2 UrhG dem Schutz unter § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) zu unterwerfen, dem Fotografen, der die Reproduktionsfotografie eines Gemäldes oder Lichtbildes erstellt, diesen Schutz jedoch zu versagen. Insoweit wurde bereits zuvor dargelegt, dass unterschiedliche Autoren differenzieren zwischen zwei- und dreidimensionalen Vorlagen oder zwischen flachen und nicht flachen Vorlagen. Der Ausschluss von Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Vorlagen aus dem Schutzbereich des § 72 UrhG führte auch unter Heranziehung dieser Kategorisierung zu weiteren Rechtsunsicherheiten, die durch den Schutz einfacher Lichtbilder gerade vermieden werden sollten: Teilweise²⁴⁶ sollen Zeichnungen, Gemälde und Fotografien als zweidimensional einzuordnen sein, teilweise²⁴⁷ werden demgegenüber Gemälde und Zeichnungen den sonstigen Werken der bildenden Kunst gleichgestellt

244 *Stang*, Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal 1 (2009), 167 (214).

245 *Yang*, ZUM 2017, 951–955 (952 f.).

246 So z.B. *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 32 f.

247 So z.B. *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, 12. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 10.

und als dreidimensionale Gegenstände behandelt. Es wäre damit zunächst dem Grunde nach zu beurteilen, ob originalgetreue Fotografien von Zeichnungen anders zu bewerten wären als solche von Gemälden. Eine abschließende Einordnung der Gattungen der Vorlagen in die Kategorien der zwei- bzw. dreidimensionalen Vorlagen müsste einheitlich bewertet werden. Dies wäre angesichts der sonst eintretenden Rechtsunsicherheiten bereits die Mindestvoraussetzung, um anschließend zu klären, welchen Reproduktionsfotografien ein Schutz zugesprochen werden könnte und welchen nicht. Selbst wenn jedenfalls Zeichnungen und Fotografien entsprechend des allgemeinen Sprachgebrauchs unproblematisch als zweidimensionale Gegenstände eingeordnet werden können, wäre die Einordnung in Bezug auf Gemälde weiterhin problematisch: Wie zuvor dargelegt, ist nämlich der Hintergrund der teilweise avisierten unterschiedlichen Behandlung von Reproduktionsfotografien zwei- und dreidimensionaler Vorlagen eine mögliche Substituierbarkeit. Beim Vorliegen einer solchen wird die Gewährung eines Lichtbildschutzes nicht für gerechtfertigt erachtet. Bei Gemälden wäre dann aber weiter zu differenzieren, ob im Einzelfall eine räumliche Tiefe vorliegt, die ggf. die mangels Substituierbarkeit der Vorlage und der Reproduktionsfotografie die Einordnung als eine dreidimensionale Vorlage rechtfertigte. Insoweit käme es gegebenenfalls darauf an, ob durch die Verwendung von viel Farbe, Modelliermasse, ö.ä. ein gewisser Grad von Dreidimensionalität geschaffen wurde. Auch hier würden damit neue Abgrenzungsschwierigkeiten geschaffen, da nicht einheitlich beurteilt werden kann, ab welchem Grad einer Dreidimensionalität der Vorlage eine Substituierbarkeit fehlte. Genügte für das Überschreiten der Grenze bereits das Vorliegen eines Gemäldes mit durch den Farbauftrag bedingten minimalen Erhebungen, durch das dem Lichtbildner ein Spielraum der Gestaltung mit Blick auf etwaige Schattenbildungen eröffnet wird? Oder wäre hierfür ein höherer Mindestgrad an Dreidimensionalität zu fordern? Die Einordnung von Reproduktionsfotografien dreidimensionaler Vorlagen als Lichtbild oder sogar Lichtbildwerk und der Ausschluss von Reproduktionsfotografien zwei-dimensionaler Vorlagen aus dem Schutzbereich des § 72 UrhG führte demnach dazu, dass sich zwar die Frage der Abgrenzung eines einfachen Lichtbildes zu einem Lichtbildwerk anhand des Merkmals einer schöpferischen Leistung bei Reproduktionsfotografien zweidimensionaler Reproduktionsfotografien nicht mehr stellte, gleichwohl würden hierdurch neue Abgrenzungsprobleme geschaffen, die eine Abgrenzung des Schutzbereiches § 72 UrhG nach unten betreffen. Die Annahme einer fehlenden Schutzfähigkeit von Reprodukti-

onsfotografien zweidimensionaler Vorlagen ist deshalb nicht zu befürworten.

Dies gilt auch, obgleich aus Nutzerperspektive schwierig oder auch häufig gar nicht beurteilt werden kann, ob eine technische oder eine fotografische Reproduktion vorliegt. Denn für den Nutzer ist auch auf anderen Gebieten häufig nicht abgrenzbar, ob eine geschützte oder eine nicht geschützte Leistung vorliegt, z.B. ein schutzfähiges bzw. nicht schutzfähiges Sprach- oder Musikwerk, eine von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckte oder nicht gedeckte Aussage, ein unter die Kunst i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fallendes oder nicht fallendes Objekt, eine geschützte Marke oder eine sonstige Kennzeichnung, oder eben auch ein einfaches Lichtbild oder ein Lichtbildwerk. Der Nutzer ist im Zweifel nicht davor gefeit, das etwaige Bestehen eines Schutzrechtes in Betracht zu ziehen und, falls notwendig, Erkundungen anzustellen, ob ein solches vorliegt.

3). Teleologische Reduktion bei der Reproduktionsfotografie gemeinfreier Kunstwerke erforderlich?

a) Problemaufwurf

Nachdem folgerichtig Reproduktionsfotografien unabhängig davon, ob es sich bei der Vorlage um ein zwei- oder dreidimensionales Format handelt, mindestens als einfache Lichtbilder i.S.d. § 72 UrhG zu qualifizieren sind, ist weiter zu erörtern, ob gleichwohl unter gewissen Voraussetzungen ein urheberrechtlicher Schutz aus anderen Gründen ausscheiden muss.

Konkret steht die Frage in Diskussion, ob nicht jedenfalls dann eine teleologische Reduktion des urheberrechtlichen Lichtbildschutzes vorzunehmen sei, wenn es sich um Reproduktionsfotografien solcher Werke handelt, die ihrerseits aufgrund Zeitablaufes gemeinfrei geworden sind. Verfechter dieser Auffassung sind insbesondere *Schack* und *Thum*.²⁴⁸ *Stang*²⁴⁹ erachtet eine solche teleologische Reduktion ebenfalls für erforderlich, schränkt dies jedoch auf Reproduktionsfotografien zweidimensionaler

248 *Schack, Kunst und Recht*, 3. Auflage, 2017, Rn. 219; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 34 ff. Weiterer Vertreter ist *Peukert, Die Gemeinfreiheit*, 2012, S. 110.

249 *Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 187; *Stang, Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal* 1 (2009), 167 (213 ff.).

Vorlagen ein, da bei dreidimensionalen Vorlagen es an einer Substitutionswirkung mangle.

Judikative Bestätigung hat die Annahme einer teleologischen Reduktion bei der Reproduktionsfotografie gemeinfreier Gemälde durch die Rechtsprechung des AG Nürnberg²⁵⁰ erlangt. Aktuelle Bedeutung wurde dieser Fragestellung aufgrund der Verfahren der Mannheimer Reiss-Engelhorn-Museen gegen die Wikimedia Stiftung und gegen einzelne User zuteil, in deren Kontext auch die Urteile des AG Nürnberg ergangen sind.²⁵¹

Auf den ersten Blick weisen die Forderungen nach einer teleologischen Reduktion durchaus eine Berechtigung auf, die nicht von der Hand zu weisen ist: Es stellt sich nämlich die Frage, ob nicht durch die Einräumung eines Lichtbildschutzes dem Schutz gemeinfreier Werke sozusagen *durch die Hintertür* ein neuer Schutz eingeräumt würde, der von der Konzeption des UrbG eigentlich nicht vorgesehen ist, also eine Umgehung der Gemeinfreiheit einträte. Diese Problematik wird teilweise²⁵² unter dem Begriff der „mittelbaren Schutzrechtsverlängerung“ oder „mittelbaren Schutzrechtsgewährung“ thematisiert, andere bezeichnen sie als „Re-Monopolisierung“²⁵³ des Abbildungsgegenstandes. Diese Auffassungen gründen in dem Ablauf der Schutzfrist für die Vorlage und einem vorgeblich im Falle des Schutzes der Reproduktion eines gemeinfreien Abbildungsgegenstandes eintretenden Wertungswiderspruch zu der Gemeinfreiheit der Vorlagen. Bevor deshalb auf die von den Befürwortern einer teleologischen Reduktion befürchteten Folgen des Schutzes von Reproduktionsfotografien eingegangen wird, aufgrund derer eine teleologische Reduktion erfolgen solle (hierzu unter c) und d)), werden zunächst die Grundlagen der Gemeinfreiheit beleuchtet (hierzu unter b)).

250 AG Nürnberg, Urt. v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15, ZUM-RD 2016, 615; Urt. v. 22.02.2016 – 32 C 4607/15, juris, 37 ff.

251 AG Nürnberg, Urt. v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15, ZUM-RD 2016, 615; Urt. v. 22.02.2016 – 32 C 4607/15, juris, 37 ff.; LG Berlin, Urt. v. 31.05.2016 – 15 O 428/15, GRUR-RR 2016, 318, *Reproduktionsfotografie*; LG Stuttgart, Urt. v. 27.09.2016 – 17 O 690/15, ZUM-RD 2017, 161; OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905, *Reiss-Engelhorn*; KG Berlin, Beschluss v. 08.11.2017 – 24 U 125/16, BeckRS 2017, 142191, *Reproduktionsfotografie*.

252 *Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 160 182,, 183 (dort Fn. 287); OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (908), *Reiss-Engelhorn*; KG Berlin, Beschluss v. 08.11.2017 – 24 U 125/16, BeckRS 2017, 142191, *Reproduktionsfotografie*; AG Nürnberg, Urt. v. 22.02.2016 – 32 C 4607/15, juris, Rn. 42.

253 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrbG, Rn. 38.

b) Grundlagen der Gemeinfreiheit

Die Beurteilung der Frage, ob die Grundsätze der Gemeinfreiheit umgangen oder die Schutzrechte an der gemeinfreien Vorlage mittelbar verlängert werden, setzt zunächst voraus, die Grundlagen der Gemeinfreiheit, die aus dem Ablauf der im UrhG festgelegten Schutzfristen resultiert, zu erörtern. Insbesondere ist hierbei zu berücksichtigen, dass die Festlegung einer maximalen Schutzdauer die klare und eindeutige gesetzgeberische Entscheidung darstellt, die Schutzrechte an dem Abbildungsgegenstand nur für einen befristeten Zeitraum gewähren zu wollen.²⁵⁴

Sind die jeweils anzuwendenden Schutzfristen abgelaufen, erlöschen die Urheberrechte und Leistungsschutzrechte an den geschützten Gegenständen sowie an diesen eingeräumte Nutzungsrechte. Hierdurch werden die zunächst geschützten Werke und Leistungen *gemeinfrei*. Folge hieraus ist, dass Dritte sich des ursprünglich urheberrechtlich geschützten Gegenstandes bedienen dürfen, ohne hierfür eine Zustimmung einholen oder eine Vergütung entrichten zu müssen.²⁵⁵ Insbesondere ist nach Ablauf der Schutzfristen die Verwertung der ursprünglich geschützten Gegenstände durch Dritte möglich. Aufgrund des erloschenen Urheber- bzw. Leistungsschutzrechtes stehen auch den jeweiligen Erben verstorbener Schutzrechtinhaber keine Vergütungsansprüche mehr zu.

Beispielhaft sei verwiesen auf das Gemälde Gustav Klimts „Der Kuss“, das heutzutage vielfach in unterschiedlichsten Verwertungsformen vorgefunden und erworben werden kann. Das Gemälde wird reproduziert und auf Notizbüchern, Gläsern, Vasen, Geschirr, Postern, etc. abgebildet. Das gleiche gilt z.B. für das Gemälde Claude Monets „Mohnfeld bei Argenteuil“, das gleichermaßen in den unterschiedlichsten Verwertungsformen auf dem Markt erscheint. Darüber hinaus können an gemeinfreien Werken Veränderungen derselben nicht verhindert werden. Bekanntestes Beispiel hierfür dürfte die durch Marcel Duchamp mit dem Titel „L.H.O.O.Q.“ und einem Schnurrbart sowie ein Kinnbart versehene „Mona Lisa“ Leonardo da Vincis sein.

254 Die Festlegung von Schutzfristen ist nicht selbstverständlich, Gesetzgeber anderer Rechtsordnungen haben die Einräumung unbefristeter Urheberrechte gesetzlich normiert oder im Rahmen der jeweiligen Gesetzgebungsprozesse diskutiert, vgl. hierzu näher m. w. N. *Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 41.

255 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze/Specht*, 6. Auflage, 2018, vor §§ 64ff. *UrhG*, Rn. 2; *Freudenberg*, in: *BeckOK UrhG*, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 64 *UrhG*, Rn. 7.

Der Gesetzgeber des Urheberrechtsgesetzes hat sich bewusst für die Verankerung einer gesetzlichen Schutzdauer und damit gegen ein ewiges Urheberrecht entschieden. In der Gesetzesbegründung²⁵⁶ hat er umfassend Stellung dazu genommen, weshalb eine zeitliche Befristung des Urheberrechts bzw. der Leistungsschutzrechte normiert wurde. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollte die Festlegung einer Schutzfrist dem Urheber und dessen Erben die Möglichkeit einräumen, die wirtschaftlichen Vorteile aus den Werken zu ziehen und diese im Wege einer Monopolstellung zu verwerten.²⁵⁷ Gleichwohl erkannte der Gesetzgeber, dass diejenigen Objekte, die nach Ablauf eines gewissen Zeitraums für die Allgemeinheit noch von solchem Interesse seien, dass grundsätzlich eine Verwertbarkeit noch anzunehmen wäre, als Kulturgut zur Verbreitung und Wiedergabe jedermann freistehen müsse.²⁵⁸ Ferner seien urheberrechtlich geschützte Werke als Mitteilungsgüter zu betrachten, sodass auch aus diesem Grund nach Ablauf einer gewissen Zeit eine freie Zugänglichkeit für die Allgemeinheit ermöglicht werden solle, sobald die geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Urhebers und seiner Erben angemessen berücksichtigt wurden.²⁵⁹ Die Erforderlichkeit einer Schrankenregelung in Form einer Schutzfrist wird mithin unter dem Urheberrechtsgesetz seit jeher als Folge einer umfassenden Interessenabwägung als erforderlich gesehen.

c) Umgehung der Gemeinfreiheit durch Anerkennung des Schutzes von Reproduktionsfotos?

Die Befürworter²⁶⁰ einer teleologischen Reduktion des Schutzbereiches des § 72 UrhG zum Ausschluss von Reproduktionsfotos gemeinfreier Werke begründen die Notwendigkeit einer solchen damit, dass andernfalls die (vollharmonisierte) Gemeinfreiheit umgangen werde. Es könne eine Monopolisierung gemeinfreier Werke eintreten, während es dem System

256 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 78 f.; Auf eine rechtsdogmatische Betrachtung, wie von *Stang*, *Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 41 vorgenommen, kommt es daher hier nicht an.

257 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 79.

258 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 79.

259 Referentenentwurf vom 23.03.1962, BTDrucks. IV/270, 33.

260 AG Nürnberg, Urt. v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15, ZUM-RD 2016, 615; *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 36; *Stang*, *Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 182 ff.; *Stang*, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal* 1 (2009), 167 (213 ff.).

des Urheberrechtes entspreche, dem Urheber bzw. dessen Erben nur zeitweise ein Ausschließlichkeitsrecht an den Werken und insbesondere an der Verwertung derselben einzuräumen. Es sei gerade Sinn und Zweck der Gemeinfreiheit, dass nach Ablauf einer gewissen Schutzdauer Werke zur Benutzung durch die Allgemeinheit freigegeben würden. Diese Werteentscheidung des Gesetzgebers würde unterlaufen, wenn die Verwertung von Reproduktionsfotografien dem Lichtbildner alleine vorbehalten bliebe.

Es ist zwar zutreffend, dass die gesetzliche Verankerung einer Schutzfrist einer zeitlichen Begrenzung des Urheberrechtes dienen soll. Der Rückschluss darauf, dass aus diesem Grund eine ungehinderte Verbreitung von neu angefertigten Reproduktionsfotografien zulässig wäre, lässt jedoch wesentliche, insbesondere dogmatische Aspekte außer Acht: Die Gemeinfreiheit bezieht sich stets nur auf das konkrete Werk oder das konkrete Objekt des Leistungsschutzes in seiner jeweiligen Erscheinungsform. Die Begrenzung der Schutzdauer und die daraus resultierende Gemeinfreiheit stellt, vgl. zuvor, eine auf einer umfassenden Abwägung der Interessen von Urheber und Allgemeinheit beruhende Entscheidung des Gesetzgebers dar. Die Interessenabwägung zwischen den Interessen des Lichtbildners einer Reproduktionsfotografie und der Allgemeinheit wird hiervon hingegen nicht erfasst, betroffen ist nur die Abwägung der Interessen des Rechtsinhabers der Vorlage mit den Interessen der Allgemeinheit. Eine *Umgehung* der Gemeinfreiheit liegt mithin bereits tatbestandlich nicht vor, da die Gemeinfreiheit i.S.v. § 64 UrhG, die sich durch den Ablauf der Schutzfrist für ein konkretes Werk auszeichnet, gar nicht betroffen ist.

d) Mittelbare Schutzrechtsverlängerung/Schutzrechtsgewährung

Aus diesem Grund ist der Begriff der (von den Befürwortern einer teleologischen Reduktion befürchteten) „mittelbaren Schutzfristverlängerung bzw. Schutzrechtsgewährung“²⁶¹ für die hier zugrundeliegende Problematik vorzuziehen. Mit Ablauf der Schutzfrist ist die Vorlage gemeinfrei. Mangels urheberrechtlichen Schutzes des Abbildungsgegenstandes steht der Kommunizierbarkeit desselben durch Vervielfältigung und Verbrei-

261 Stang, *Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 160; OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (908), *Reiss-Engelhorn*; KG Berlin, Beschluss v. 08.11.2017 – 24 U 125/16, BeckRS 2017, 142191, *Reproduktionsfotografie*; AG Nürnberg, Urt. v. 22.02.2016 – 32 C 4607/15, juris, Rn. 42.

tung grundsätzlich nichts mehr entgegen. Damit kann z.B. der Eigentümer eines Gemäldes nach Ablauf der Schutzfrist Reproduktionsfotografien anfertigen und diese verwerten, ohne dass die Erben des Künstlers dem zustimmen müssten oder sonstige Rechte geltend machen könnten.

Die Anwendung des § 72 UrhG auf Reproduktionsfotografien führte jedoch dazu, dass die Vorlage weiterhin der Öffentlichkeit verwehrt bliebe, soweit die Vorlage nicht uneingeschränkt der Allgemeinheit zur Ansicht und zur anschließenden Vervielfältigung und Verbreitung zur Verfügung gestellt würde. Hierzu müsste der Besitzer z.B. des Abbildungsgegenstandes Dritten diesen uneingeschränkt zugänglich machen oder eigens aufgenommene Lichtbilder der Vorlage lizenzfrei zur Verfügung stellen. Nimmt der Besitzer keine entsprechenden Handlungen vor und verbliebe der Abbildungsgegenstand in seinem privaten Zugangsbereich, bliebe das Kulturgut, dessen Schutzfrist abgelaufen ist, der Allgemeinheit vorenthalten.²⁶² Existierten in diesem Fall Reproduktionsfotografien der Vorlage, die in einer wie auch immer gearteten Weise an Dritte gelangt sind, z.B. weil die Vorlage kurz zuvor in einem Auktionskatalog abgebildet worden ist oder der Besitzer diese im Internet veröffentlichte, führte die Anwendung des § 72 UrhG dazu, dass diese Lichtbilder gleichwohl nicht ohne Zustimmung des Lichtbildners verbreitet und verwertet werden dürften.

Die Befürworter einer teleologischen Reproduktion gehen letztlich davon aus, dass mit Ablauf der Schutzfrist ein zuvor urheber- oder leistungsschutzrechtlich geschütztes Werk kommunizierbar werden müsse, das Allgemeininteresse an dem gemeinfreien Kulturgut überwiege. Bei Lichtbildern handelt es sich stets um Kommunikationsmittel zur Vermittlung des Inhaltes. Es ist einem Lichtbild im Allgemeinen immanent, ein hohes Maß an Teilhabe an dem transportierten Inhalt aufzuweisen. Die Reproduktionsfotografie im Besonderen zehrt von dem Inhalt der Vorlage und gewinnt Beachtung ausschließlich aufgrund der Beachtung, die der Vorlage zuteilwird. Gleichzeitig dient die Reproduktionsfotografie der einfacheren Kommunizierbarkeit der Vorlage. Der leistungsschutzrechtliche Schutz der Reproduktionsfotografie führt damit mittelbar dazu, dass die Kommunizierbarkeit der gemeinfreien Vorlage trotz des Ablaufes der Schutzfrist unter-

262 Das AG Nürnberg stellt im Fall der Reiss-Engelhorn-Museen maßgeblich darauf ab, dass die Werke nur in den konkreten Räumlichkeiten für die Betrachtung durch Dritte zugänglich seien und die Nutzung bereits angefertigter Reproduktionsfotografien des Museums nur nach Entrichtung vorgegebener Lizenzgebühren möglich sei. Dies widerspreche dem Wesen der Gemeinfreiheit im Zeitalter des Internets, vgl. AG Nürnberg, Urt. v. 22.02.2016 – 32 C 4607/15, juris, Rn. 44.

bunden bliebe. Es läge eine „mittelbare Schutzfristverlängerung“ vor. Der bestehende Unterschied zwischen Vorlage und Reproduktionsfotografie wird bei Verwendung dieses Begriffes insoweit berücksichtigt, als zugestanden wird, dass die Schutzfristverlängerung gerade nicht bezogen auf die Vorlage eintritt, sondern eben nur mittelbar durch den der Reproduktionsfotografie gewährten Leistungsschutz.

Gleichwohl kann dieser mittelbare Effekt des Schutzes von Reproduktionsfotografien eine teleologische Reduktion des § 72 UrhG nicht überzeugend begründen: Die den Reproduktionsfotografien innewohnende Eigenschaft als Mitteilungsgüter hinsichtlich der abgebildeten Vorlage kann nicht dazu führen, dass diesen neu angefertigten Lichtbildern der Schutz versagt würde. Allein der Umstand, dass die Allgemeinheit ein Interesse daran haben kann, Zugriff auf die jeweilige Vorlage zu erhalten, was durch eine ungehinderte Verbreitung und Wiedergabe der Reproduktionsfotografien ohne Weiteres ermöglicht werden könnte, kann nämlich nicht über die fehlende Identität zwischen Vorlage und Reproduktionsfotografie hinwegtäuschen. Identität besteht ausschließlich zwischen Motiv und Vorlage, nicht demgegenüber zwischen Reproduktionsfotografie und Vorlage. Die Annahme einer teleologischen Reduktion des Lichtbildschutzes bei Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke führte demnach zu einer Missachtung des Umstandes, dass ein Lichtbild in Form einer Reproduktionsfotografie ein eigenständiges Schutzgut des Urheberrechtes darstellt.²⁶³ Dies hätte insbesondere bei Reproduktionsfotografien von Gegenständen, die selbst keine Lichtbilder darstellen, zur Folge, dass der Schutz versagt würde, obgleich eine völlig andere Werkgattung betroffen wäre; der Ablauf der Schutzfrist eines Werkes der bildenden Kunst verhindert in diesem Fall das Entstehen des (Leistungs-)Schutzes eines Lichtbildes.

Darüber hinaus verkennt diese Auffassung, dass auch Interessen des vom Urheber einer gemeinfreien Vorlage unterschiedlichen Lichtbildners vorliegen, die es zu schützen gilt. Gerade mit Blick auf den bei der zur Erreichung einer möglichst hohen Originaltreue betriebenen technischen Aufwand und die damit einhergehenden Investitionen besteht bei der professionellen Reproduktionsfotografie kein Unterschied zu den Interessen des sonstigen Lichtbildners.

263 Den Unterschied zwischen Vorlage und Lichtbild im Ergebnis auch betonend: BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 (Rn. 30), *Museumfotos; Platena, Das Lichtbild im Urheberrecht*, 1998, S. 156 f. (Platena insoweit ablehnend gegenüber dem Begründungsansatz der andernfalls eintretenden faktischen Schutzfristverlängerung).

Letztlich setzt die Annahme einer teleologischen Reduktion stets voraus, dass der Wortlaut einer Vorschrift so weit geraten ist, dass hierunter bei uneingeschränkter Anwendung Konstellationen zu subsumieren wären, die vom Willen des Gesetzgebers nicht gedeckt gewesen wären und die dem Sinn und Zweck der Vorschrift entgegenstünden. Es müsste mithin dem gesetzgeberischen Willen zuwiderlaufen, dass unter dem Wortlaut des § 72 UrhG der Schutz solcher Fotografien ermöglicht wird, die ihrerseits gemeinfrei gewordene Werke abbilden. Wäre dies der Fall, wäre der Schutzbereich des § 72 UrhG durch Ausschluss von Reproduktionsfotografien teleologisch zu reduzieren. Dies ist jedoch vorliegend nicht anzunehmen: Vielmehr ist anzuerkennen, dass der Gesetzgeber gerade davon abgesehen hat, den Schutz von Lichtbildern von dem jeweils abgelichteten Motiv abhängig zu machen. Unterschiedslos jedes Lichtbild, unabhängig vom Inhalt, sollte geschützt werden. Hinzu kommt, dass, wie zuvor dargelegt, weitere Schwierigkeiten entstünden, die der Gesetzgeber gerade vermeiden wollte. Wie bereits bei der Frage, ob eine Reproduktionsfotografie die Mindestanforderungen an ein Lichtbild i.S.d. Urheberrechtsgesetzes überhaupt erfüllt, muss auch hier berücksichtigt werden, dass sich neue Abgrenzungsschwierigkeiten, die der Gesetzgeber gerade vermeiden wollte, ergäben, wollte man eine teleologische Reduktion vornehmen. Die Frage, ob lediglich handwerklich gelungenen Reproduktionsfotografien im Wege einer teleologischen Reproduktion der Schutz des § 72 UrhG versagt werden solle oder aber diese Folge auch bei handwerklich schlechten Reproduktionsfotografien, bei denen z.B. keine Farbechtheit vorliegt, das Lichtbild einen Lichtkegel aufweist, o.ä., verlagerte sich in diesem Fall lediglich hin zu der etwaigen Annahme einer teleologischen Reduktion. Dies aber widerspricht, ebenso wie eine Berücksichtigung derartiger Umstände bei der Feststellung, ob überhaupt die Mindestanforderungen an ein Lichtbild erfüllt seien, dem Willen des Gesetzgebers, der derartige Abgrenzungsschwierigkeiten gerade verhindern wollte und dem Sinn und Zweck des § 72 UrhG.

Hinzu kommt, dass die Frage der Rechtfertigung eines Schutzes von Lichtbildern, die urheberrechtlich geschützte Werke abbilden, bereits sehr früh diskutiert worden ist. Bereits das „Gesetz betreffend den Schutz von Photographien gegen unbefugte Nachbildung“ vom 10.01.1876 führte aus:

„Auf Photographien von solchen Werken, welche gesetzlich gegen Nachdruck und Nachbildung noch geschützt sind, findet das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung.“

Ausweislich der Motive des Gesetzentwurfes erfasste der Lichtbildschutz unter jenem Gesetz grundsätzlich auch fotografische Abbildungen von Gemälden, Statuen etc.²⁶⁴ Der Ausschluss solcher Lichtbilder, die Fotografien „noch“ geschützter Werke darstellten, vom Lichtbildschutz zeigt im Umkehrschluss, dass die Problematik der Fotografie gemeinfreier Werke bereits im 19. Jahrhundert bekannt war. Seinerzeit noch ausdrücklich gesetzlich normiert, hat der Gesetzgeber des heutigen UrhG von einer solchen bzw. konträren Regelung gerade abgesehen. Vor diesem Hintergrund kann aber nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber des UrhG Reproduktionsfotografien vom Schutz des § 72 UrhG ausnehmen wollte.

e) Bewertung

Es besteht kein Anlass für eine teleologische Reduktion des § 72 UrhG zum Ausschluss von Reproduktionsfotografien aus dem Schutzbereich.²⁶⁵

Hätte der Gesetzgeber einen solchen Ausschluss vornehmen wollen, hätte er diesen normiert, die Thematik war bei Erlass des UrhG bekannt. Hinzu kommt, dass eine solche teleologische Reduktion in Widerspruch zu den Gründen der Einführung des Lichtbildschutzes stünde, da neue Abgrenzungsschwierigkeiten geschaffen würden und eine Ausrichtung des „Ob“ des Lichtbildschutzes an dem Motiv erfolgte, obgleich der Gesetzgeber unterschiedslos alle Lichtbilder schützen wollte.

Im Übrigen wäre eine solche teleologische Reduktion auch nicht mit der Gemeinfreiheit der Vorlage zu rechtfertigen. Dieses Ergebnis verkannete nämlich zum einen die fehlende Identität von Vorlage und Reproduktionsfotografie. Es ist zwingend zwischen dem Urheber- oder Leistungsschutz der Vorlage und desjenigen der Reproduktionsfotografie zu differenzieren.²⁶⁶ Zum anderen schützt die Gemeinfreiheit nur die Möglichkeit, Kulturgut allgemein zugänglich zu machen, begründet nicht aber die Verpflichtung desjenigen, der die Sachherrschaft über die Vorlage hat oder des sonstigen Lichtbildners, dem es möglich war, Zugang zu dem Werk zu

264 Wächter, *Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Photographien und gewerblichen Mustern*, 1877, S. 278.

265 Zustimmung ebenfalls Lutz, GRUR 2017, 878 (880).

266 So erfreulicherweise auch hinweisend auf ein mögliches unterschiedliches rechtliches Schicksal von Vorlage und Reproduktionsfotografie: OLG Stuttgart, Urt. v. 31.05.2017 – 4 U 204/16, GRUR 2017, 905 (908, Rn. 81), *Reiss-Engelhorn*.

erlangen und eine Reproduktionsfotografie hiervon anzufertigen, den Zugang zu dem Kulturgut ohne Beschränkungen zu ermöglichen.

4). Zwischenergebnis

Nach diesseitigem Dafürhalten stellt der Fall, in dem eine technische Reproduktion mittels eines Gerätes, das einzig und alleine den Zweck verfolgt, Reproduktionen zu erstellen, hergestellt wird, das Produkt des Lichtbild-Vorganges also nur eine Vervielfältigung einer bestehenden Vorlage mittels Fotokopie, Makrokopie, Mikrokopie, Herstellung von Abzügen vorhandener Negativfilme und ähnlicher Verfahren darstellt, den einzig denkbaren Fall dar, in dem ein technisch als Lichtbild einzustufendes Element nicht als Schutzgut des § 72 UrhG bewertet werden kann.²⁶⁷

Denn ausgehend vom Schutzzweck des § 72 UrhG sollen gerade diejenigen Lichtbilder, die die Schwelle einer schöpferischen Leistung, die ein Lichtbildwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhG erfordert, nicht erreichen, dennoch geschützt werden, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden. Damit aber sollen im Umkehrschluss auch sämtliche den Lichtbildwerken vergleichbare Lichtbilder geschützt sein, ohne dass weitere Anforderungen an ihre Entstehung oder ihren Inhalt gestellt werden. Im Ergebnis kann es deshalb z.B. nicht darauf ankommen, ob der Fotograf einen ihm zustehenden gestalterischen Spielraum bei der Herstellung des Lichtbildes ausgeschöpft hat, er durch Vorgaben im Bereich des Tatsächlichen eingeschränkt gewesen ist oder ob der dargestellte Inhalt eine gewisse Individualität aufweist.

Vor allem aber darf der gesetzgeberische Wille nicht missachtet werden, was jedoch eine logische Konsequenz der Zulassung weiterer Ausschlussgründe wäre. Abgrenzungsschwierigkeiten sollten vermieden und nicht weitere Abgrenzungsschwierigkeiten dadurch geschaffen werden, dass gewisse Lichtbilder (Reproduktionsfotografien) vom Schutzbereich ausgenommen würden, bei denen eine klare Abgrenzbarkeit nicht möglich ist.

267 Im Ergebnis ebenfalls eine negative Abgrenzung in dieser Form vorschlagend Oebbecke, *Der "Schutzgegenstand" der Verwandten Schutzrechte*, 2011, S. 187, allerdings kritisch gegenüber der Annahme, dass technische Vervielfältigungen tatsächlich aus dem Schutzbereich des § 72 UrhG ausgenommen werden müssten. Bloße technische Reproduktionen hingegen in den Lichtbildschutz gem. § 2 UrhG einbeziehend Platena, *Das Lichtbild im Urheberrecht*, 1998, S. 167 ff.

Dem gesetzgeberischen Willen nach der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten unter gleichzeitiger Verhinderung eines ausufernden Schutzes, der dazu führte, dass die Schutzfristen durch reine Vervielfältigungshandlungen immer wieder verlängert werden könnten ist durch die negative Bestimmung des Lichtbildbegriffes i.S.v. § 72 UrhG durch Ausnahme rein technischer Reproduktionen (Lichtbildkopien) aus dem Schutzbereich hinreichend genüge getan. Der Ausschluss des Schutzes anderer Schutzgüter zur Vermeidung einer mittelbaren Schutzfristverlängerung ist nicht geboten.

5) Ausblick: Art. 14 DSM-Richtlinie²⁶⁸

a) Hintergrund

Nachdem zuvor festgestellt wurde, dass unter dem derzeit geltenden deutschen Recht grundsätzlich auch Reproduktionsfotografien gemeinfreier Vorlagen zu schützen sind, muss mit Blick auf die Zukunft der Einfluss der DSM-Richtlinie berücksichtigt werden. Gem. Art. 29 Abs. 1 DSM-Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinie bis zum 07.06.2021 zu treffen.

Mit der DSM-Richtlinie wurde beabsichtigt, den unionsrechtlichen Urheberrechtsrahmen an die technologischen Entwicklungen anzupassen, insbesondere bestehende Rechtsunsicherheiten für Rechteinhaber und Nutzer mit Blick auf grenzüberschreitende Nutzungen von Werken und sonstigen Schutzgegenständen in einem digitalen Umfeld durch Anpassung des geltenden Rechts an ein digitales und grenzüberschreitendes Umfeld zu beseitigen.²⁶⁹

In diesem Zusammenhang blieben auch die Rechtsstreitigkeiten zwischen den Reiss-Engelhorn-Museen und Wikimedia nicht unberücksichtigt. Mit Datum vom 16.02.2019 wurden in die sog. Trilogverhandlungen Änderungen des Richtlinienentwurfes betreffend diesen Themenkomplex eingefügt.²⁷⁰ Der zeitliche Ablauf lässt vermuten, dass dies in unmittelba-

268 DSM-Richtlinie = Digital-Single-Market-Richtlinie

269 *Richtlinie (EU) 2019/790 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG*, Erwägungsgrund 3.

270 *Working Paper, Council of the European Union, General Secretariat, WK 2300/2019 INIT* vom 16.02.2019, dort Erwägungsgrund 30a (S. 78 ff.) und Art. 10b (S. 57 f.).

rem Zusammenhang mit dem Urteil des BGH vom 20.12.2018²⁷¹ steht. Ferner legen dies Äußerungen von John Weitzmann, Leiter Politik und Recht bei Wikimedia Deutschland, in einem Interview mit der Plattform iRights.info nahe, denen zu entnehmen ist, dass entsprechende Vorschläge durch Wikimedia Deutschland unterbreitet und die Regelung dieser Thematik unter Bezugnahme auf die Reiss-Engelhorn-Rechtsstreitigkeiten forciert worden sei.²⁷² Im Ergebnis wurde sodann Art. 14 DSM-Richtlinie (auch genannt „lex wikimedia“²⁷³) erlassen. Zur Erleichterung des Zugangs zur Kultur und deren Förderung sowie des Zugangs zu kulturellem Erbe verpflichtete man die Mitgliedsstaaten, mit Umsetzung von Art. 14 DSM-Richtlinie die Kommunizierbarkeit gemeinfreier Werke der bildenden Künste zu erleichtern.

b) Inhalt der Vorschrift

aa) Wortlaut

Art. 14 DSM-Richtlinie bestimmt:

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

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

272 „Im Rahmen der gerade verabschiedeten EU-Urheberrechtsreform ist es uns gelungen, die Reiss-Engelhorn-Problematik quasi oberhalb der Reichweite des Bundesgerichtshofs zu beheben. Wir haben eine neue, verbindliche Regel zum Schutz des gemeinfreien Status von Werken bei ihrer Digitalisierung vorgeschlagen, die als Artikel 14 nun auch so in Kraft treten wird. Der Bundestag ist daher nun verpflichtet, das deutsche Urheberrechtsgesetz entsprechend anzupassen. [...] Insofern hat die Reiss-Engelhorn-Klage und die Entscheidung des Bundesgerichtshofs uns bei der Überzeugungsarbeit in Brüssel und Straßburg sehr geholfen.“, Djordjevic, *Mögliches Happy End dank neuem EU-Urheberrecht* abrufbar unter <https://irights.info/artikel/moegliches-happy-end-dank-neuem-eu-urheberrecht/29450>, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

273 So Seiler zum Richtlinienentwurf zu Art. 14 DSM-Richtlinie, vgl. *Seiler*, K&R 2019, 245 (248).

bb) Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist

Als „Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung eines Werkes entstanden ist“, kommen all diejenigen Erzeugnisse Betracht, die die Vervielfältigung einer Vorlage zum Gegenstand haben bzw. eine solche Vervielfältigung bewirken.

Insbesondere kommen damit Lichtbilder und Lichtbildwerke, darüber hinaus jedoch auch Zeichnungen, Filmwerke, Laufbilder, Bild- und Bildtonträger²⁷⁴ sowie Ergebnisse der Vervielfältigung von Vorlagen mittels 3D-Druckern und Resultate manueller Vervielfältigungshandlungen²⁷⁵ in Betracht. Unterfällt das Vervielfältigungsstück diesen Kategorien, ist der Anwendungsbereich von Art. 14 DSM-Richtlinie eröffnet.

cc) Abbildungsgegenstand

Der Anwendungsbereich des Art. 14 DSM-Richtlinie ist mit Blick auf den Abbildungsgegenstand dann eröffnet, wenn es sich bei dem Abbildungsgegenstand um solches Vervielfältigungsmaterial handelt, das

- ein Werk darstellt und
- der bildenden Kunst zuzuordnen ist.

Auch die Vervielfältigung eines Teils der Vorlage ist unter den Anwendungsbereich des Art. 14 DSM-Richtlinie zu erfassen.²⁷⁶

(1) Werkeigenschaft der Vorlage

Aus dem Erfordernis der Werkeigenschaft der Vorlage folgt zunächst, dass jenes Material nicht erfasst ist, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung solcher Vorlagen entstanden ist, die keine persönliche geistige Schöpfung darstellen und demnach keinen Werkcharakter haben. Nicht erfasst sind damit bereits aus diesem Grund insbesondere Vervielfältigungsmaterialien einfacher Lichtbilder, unabhängig davon, ob man Licht-

274 *Schulze*, GRUR 2019, 779 (780).

275 *Stang*, ZUM 2019, 668 (671).

276 So zutreffend unter Hinweis auf die andernfalls zu leichte Umgehungsmöglichkeit *Stang*, ZUM 2019, 668 (671).

bilder bzw. Lichtbildwerke der bildenden Kunst i. S. v. Art. 14 DSM-Richtlinie zuordnete (hierzu sogleich).

(2) „Bildende Kunst“ i. S. v. Art. 14 DSM-Richtlinie

Daneben muss die Vorlage der bildenden Kunst unterfallen.

Insoweit wirft *Schulze*²⁷⁷ zutreffend die Frage auf, ob die bildenden Künste in dem weit verstandenen Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG insgesamt unter Art. 14 DSM-Richtlinie fallen. Der enge, die Werke der Baukunst und der angewandten Kunst sowie Entwürfe derselben nicht einschließende Begriff, betrifft die klassischen Kunstwerke, wie z.B. Werke der Bildhauerei, Malerei und Grafik²⁷⁸ bzw. Zeichnungen, Gemälde, Stiche, Plastiken, Skulpturen.²⁷⁹ § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG stellt demgegenüber

„Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke“

unter urheberrechtlichen Schutz. Damit geht das deutsche Urheberrecht von einem weiten Verständnis der bildenden Künste aus.

Schulze zieht zur Beantwortung der Frage die englische Fassung von Art. 14 DSM-Richtlinie (abstellend auf „visual arts“) und die englischen Übersetzungen der angewandten Kunst („applied arts“) sowie der Baukunst („architecture“) heran. Die Verwendung des Plurals „visual arts“ in der englischen Fassung von Art. 14 DSM-Richtlinie sei vermutlich auf eine Zusammenfassung verschiedener (zweckfreier) Künste wie der Malerei, Bildhauerei und Grafik zurückzuführen, hieraus folge jedoch nicht die Erfassung der Baukunst und der angewandten Kunst. Die übliche Verwendung der Begrifflichkeiten „applied arts“ und „architecture“ für die angewandten Künste und die Baukunst spreche dafür, dass die bildende Kunst im Sinne der Richtlinie lediglich die Werke der zweckfreien Kunst erfassen. Auch die üblicherweise vorliegende Dreidimensionalität der Werke der angewandten Kunst und der Baukunst spreche dafür, diese aus dem Begriff der bildenden Kunst i.S.d. Art. 14 DSM-Richtlinie auszuschließen, da in diesen Fällen es an einer Originaltreue der Vervielfältigung gem. des

277 *Schulze*, GRUR 2019, 779 (782).

278 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 2 *UrhG*, Rn. 146; *Ahlberg*, in: BeckOK *UrhG*, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 2 *UrhG*, Rn. 26.

279 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 2 *UrhG*, Rn. 149, 151.

Erwägungsgrundes 53 der DSM-Richtlinie mangle. Dreidimensionale Vorlagen könnten nicht originalgetreu erstellt werden, da insoweit stets nur eine Aufnahme aus einem jeweils anderen Blickwinkel möglich sei.

Diese Begründung überzeugt nicht. Denn wie die Systematik des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG zeigt, differenziert auch das deutsche Urheberrecht dem Grunde nach zwischen den Werken der bildenden Kunst einerseits sowie den Werken der angewandten Kunst und der Baukunst andererseits, erklärt letztere jedoch gewissermaßen konstitutiv zum Bestandteil der bildenden Kunst i.S.d. Urheberrechts. Die begriffliche Unterscheidung im englischen Sprachraum kann daher nicht maßgeblich sein, ist diese dem deutschen Recht doch ebenfalls immanent. Im Übrigen erscheint es nicht sachgerecht, Vervielfältigungsmaterialien dreidimensionaler Vorlagen die Originaltreue abzuspochen. Die Argumentation *Schulzes* ist offensichtlich auf die Vervielfältigung dreidimensionaler Vorlagen mittels Lichtbildes ausgerichtet, obgleich die Vorschrift des Art. 14 DMS-Richtlinie technologieutral²⁸⁰ ausgestaltet ist. *Schulze* geht aufgrund des Hintergrundes der Einführung des Art. 14 DSM-Richtlinie offenbar davon aus, dass der Normgeber gerade die Fälle der Reproduktionen zweidimensionaler Vorlagen regeln wollte. Dies findet jedoch in der Richtlinie keinen Niederschlag. Im Gegenteil, der Schutzzweck, nämlich die Würdigung des Interesses der Allgemeinheit am Zugang zur Kultur und deren Förderung sowie die Erleichterung des Zugangs zu kulturellem Erbe ist gleichermaßen bei dreidimensionalen Vorlagen relevant. Eine Originaltreue mag bei der Bewertung von Lichtbildern einer dreidimensionalen Vorlage nicht dergestalt möglich sein, dass eine vollständige Übernahme im Sinne einer Substituierbarkeit der Vorlage zustande kommt. Der jeweils abgebildete Bereich einer dreidimensionalen Vorlage kann gleichwohl originalgetreu wiedergegeben werden. Ferner kann etwa eine dreidimensionale Vorlage durch Filmaufnahmen als Ganzes und von allen Seiten dargestellt werden. In diesen Fällen wäre eine Betrachtung aus allen Blickwinkeln möglich. Gerade dann wäre es jedoch nicht vertretbar, dem entstandenen Film(-werk) die Originaltreue der Vervielfältigung abzuspochen, wenn sämtliche Einzelheiten der Vorlage im Detail wiedergegeben und damit vervielfältigt werden. Noch deutlicher wird dies z. B. bei der Reproduktion von Skulpturen durch Verwendung identischer Gussformen oder Vervielfältigungen derselben mittels 3-D-Druckern. Wird auf Basis einer gemeinfreien Skulptur eine Gussform erstellt, die sodann zur Herstellung einer Vervielfältigung mit einem bestimmten Stoff, z.B. Gips, gefüllt wird,

280 *Stang*, ZUM 2019, 668 (671).

liegt auch hier eine Originaltreue der Vervielfältigung offensichtlich vor. Gleiches gilt für die Vervielfältigung dreidimensionaler Vorlagen im Druckwege. Dies, obgleich es sich bei der Vorlage jeweils um eine dreidimensionale Vorlage handelt. Hieraus folgt, dass die Ausführungen *Schulzes* sich im Wesentlichen auf Lichtbilder konzentrieren und damit außer Acht lassen, dass eine technologieneutrale Vorschrift zu bewerten ist.

Schulze ist zwar insoweit zuzustimmen, als Vervielfältigungen dreidimensionaler Vorlagen – jedenfalls soweit es sich um Vervielfältigungen per Lichtbild handelt – oftmals Werkcharakter zuzusprechen ist.²⁸¹ Dieser Umstand kann aber nicht maßgeblich dafür sein, ob eine Vorlage als ein Werk der bildenden Kunst i.S.v. Art. 14 DSM-Richtlinie kategorisiert wird oder nicht. Vielmehr wäre dieser Aspekt bei der Frage zu verordnen, ob gegebenenfalls Art. 14, 2. Hs. DSM-Richtlinie Anwendung findet, sodass der Schutz des Materials der Vervielfältigung auch dann besteht, wenn es sich um eine gemeinfreie Vorlage handelt, da das Material der Vervielfältigung selbst eine eigene persönliche Schöpfung darstellt.

Dass bei Bestimmung dessen, was unter die Werke der bildenden Kunst i.S.v. Art. 14 DSM-Richtlinie zu fassen ist, nicht schlechthin die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG übernommen werden kann, ergibt sich jedoch daraus, dass § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG insoweit eine definierende Regelung des deutschen UrhG darstellt, die keine konstitutive Wirkung für alle Rechtssysteme der Europäischen Union entfalten kann. In anderen Rechtsordnungen herrscht ein anderes Verständnis für dasjenige, was unter die bildende Kunst zu fassen ist. So bestimmt etwa das österreichische Recht, dass zu den Werken der bildenden Künste auch die Werke der Lichtbildkunst (Lichtbildwerke), der Baukunst und der angewandten Kunst (des Kunstgewerbes) gehören.²⁸² Anders als im deutschen Recht werden in Österreich mithin auch Lichtbildwerke der bildenden Kunst zugeordnet.

In der englischen Übersetzung werden die Begriffe *visual arts* oder *fine arts* zur Umschreibung der bildenden Künste verwendet. In der Kodifizierung des Copyright, Designs and Patents Act 1988 (1988 ch. 48) finden diese Begrifflichkeiten jedoch keinen Niederschlag. Gem. Art. 4 Abs. 1 des

281 Vgl. hierzu auch Kapitel 2, B) IV) 2) a).

282 § 3 Abs. 1 des *Bundesgesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001848>, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

Copyright, Designs and Patents Act 1988²⁸³ ist Schutzgegenstand „artistic work“, worunter insbesondere

„graphic work, photograph, sculpture or collage, irrespective of artistic quality, a work of architecture being a building or a model for a building, or a work of artistic craftsmanship“

fallen. Damit kann dieser Kodifizierung nicht entnommen werden, was unter Anwendung englischen Rechts tatsächlich unter die bildenden Künste subsumiert würde.

Auch der Revidierten Berner Übereinkunft liegt nicht der Begriff der bildenden Künste zu Grunde. Geschützt sind vielmehr gem. Art. 2 Abs. 1, Abs. 6 RBÜ die „Werke der Literatur und Kunst“. Hiervon erfasst sind gem. Art. 2 Abs. 1 RBÜ

„alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks, wie: Bücher, Broschüren und andere Schriftwerke; Vorträge, Ansprachen, Predigten und andere Werke gleicher Art; dramatische oder dramatisch-musikalische Werke; choreographische Werke und Pantomimen; musikalische Kompositionen mit oder ohne Text; Filmwerke einschließlich der Werke, die durch ein ähnliches Verfahren wie Filmwerke hervorgebracht sind; Werke der zeichnenden Kunst, der Malerei, der Baukunst, der Bildhauerei, Stiche und Lithographien; photographische Werke, denen Werke gleichgestellt sind, die durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hervorgebracht sind; Werke der angewandten Kunst; Illustrationen, geographische Karten; Pläne, Skizzen und Darstellungen plastischer Art auf den Gebieten der Geographie, Topographie, Architektur oder Wissenschaft.“

Da nicht alle Kodifizierungen die bildenden Künste bzw. die jeweiligen übersetzten Begrifflichkeiten als Anknüpfungspunkt für den Urheberrechtsschutz festlegen, kann auch nicht ohne Weiteres von einem einheitlichen Verständnis dessen ausgegangen werden, was hierunter zu verstehen ist. Es erscheint auf den ersten Blick naheliegend, dass auch in den anderen Rechtsordnungen jedenfalls die klassischen, zweckfreien Kunstformen unter den Begriff der bildenden Künste subsumiert würden. Dies entspricht nämlich dem klassischen Sprachgebrauch z.B. der visual arts oder fine arts, der beaux-arts oder auch der belle arti. Außer Acht darf jedoch nicht gelas-

283 Abrufbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

sen werden, dass auch die Begrifflichkeiten im allgemeinen Sprachgebrauch dem ständigen Wandel unterliegen. So wird z.B. vermehrt auch die Fotografie oder die Architektur den visual arts²⁸⁴ oder den fine arts²⁸⁵ zugeordnet. Vorzugswürdig ist aus diesem Grund ein weites Verständnis der bildenden Kunst im Rahmen des Art. 14 DSM-Richtlinie.²⁸⁶

Im Ergebnis kann deshalb zwar nicht abschließend geklärt werden, was der Normgeber unter den Werken der bildenden Kunst i.S.v. Art. 14 DSM-Richtlinie bzw. unter „visual arts“²⁸⁷ verstehen wollten. Um hier Rechtsunsicherheiten zu vermeiden wäre es jedenfalls wünschenswert, der deutsche Gesetzgeber würde bei der Umsetzung der Richtlinie eine Klarstellung vornehmen und ein weites, ggf. richtlinienüberschießendes Verständnis der bildenden Künste zugrunde legen, hierzu sogleich unter dd). Dies ist im Übrigen auch deshalb erstrebenswert, da die Grenzen der bildenden Künste im deutschen Urheberrecht bereits schwer zu bestimmen sind und Fallgruppen existieren, in denen die Zuordnung problematisch ist, z.B. Happenings und Aktionskunst.²⁸⁸

-
- 284 “The visual arts are art forms such as painting, drawing, printmaking, sculpture, ceramics, photography, video, filmmaking, design, crafts, and architecture.”, vgl. *Wikipedia contributors, Visual arts*, abrufbar unter en.wikipedia.org/w/index.php?title=Visual_arts&oldid=938369864, zuletzt abgerufen am 08.02.2020, „Photography is the most important visual art“, vgl. Außerdem zur Fotografie z.B. *Simon Bowcock, Photography is the most important visual art*, abrufbar unter www.redeye.org.uk/opinion/photography-most-important-visual-art, zuletzt abgerufen am 08.02.2020.
- 285 Fotografie und Architektur einordnend als fine arts z.B. *Encyclopedia of art education, Fine Art*, abrufbar unter www.visual-arts-cork.com/definitions/fine-art.htm, zuletzt abgerufen am 08.02.2020.
- 286 Jedenfalls die Werke der angewandten Künste in die bildenden Künste i. S. d. Art. 14 DSM-Richtlinie einbeziehend: *Dreier*, GRUR 2019, 771 (Fn. 24).
- 287 Kritisch hierzu auch *Hoeren*, MMR 2019, 246 „Diese Ausnahme gilt aber nur für digitale Reproduktionen visueller Werke, was auch immer das sein mag.“
- 288 *Stang*, ZUM 2019, 668 (672) mit Verweis auf BGH, Urt. v. 06.02.1985 – I ZR 179/82, GRUR 1985, 529, *Urheberrecht an Happening; zur Frage der Reichweite einer Einwilligung, ein zu Lehrzwecken veranstaltetes Happening auf Video-Band aufzuzeichnen – Happening* und Urt. v. 16.05.2013 – I ZR 28/12, ZUM 2014, 36, *Beuys-Aktion*, jeweils die Frage der Kategorisierung des Happening bzw. der Aktionskunst als bildende Kunst offen lassend.

dd) Relevanter Zeitpunkt

Ferner stellt sich die Frage, inwiefern der Zeitpunkt relevant ist, zu dem die Schutzdauer der Vorlage abläuft, die Vorlage mithin gemeinfrei wird.

Zum einen ist es denkbar, für die Frage der Anwendbarkeit des Art. 14 DSM-Richtlinie auf den Zeitpunkt der Vervielfältigungshandlung (z.B. die Aufnahme eines Lichtbildes) abzustellen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, dem entstandenen Vervielfältigungsmaterial der Vervielfältigung eines noch unter dem UrhG geschützten Werkes zunächst einen eigenständigen Schutz zu gewähren, der jedoch mit Eintritt der Gemeinfreiheit der Vorlage wieder entfällt. Art. 14 DSM-Richtlinie verhält sich hierzu nicht ausdrücklich.²⁸⁹ Die Vorschrift gibt den Mitgliedstaaten lediglich auf, Sorge dafür zu tragen, dass ein urheberrechtlicher Schutz oder ein Schutz als verwandtes Schutzrecht für das Vervielfältigungsmaterial nach Ablauf der Schutzdauer der Vorlage nicht gewährt wird.

Eine Auslegung der Vorschrift spricht jedoch dafür, die Anwendung der Vorschrift nicht auf solches Vervielfältigungsmaterial zu begrenzen, das sich auf Vorlagen bezieht, die im Vervielfältigungszeitpunkt bereits gemeinfrei gewesen sind, sondern den einmal erworbenen Schutz mit Eintritt der Gemeinfreiheit der Vorlage entfallen zu lassen²⁹⁰:

Ein Schutz soll nach Ablauf der Schutzfrist der Vorlage nicht mehr gewährt werden, die grammatikalische Auslegung legt mithin nahe, als maßgeblichen Zeitpunkt nur auf denjenigen abzustellen, zu dem die Schutzdauer abgelaufen ist, ohne den Vervielfältigungszeitpunkt hierbei zu berücksichtigen.

289 Anders *Schulze*, GRUR 2019, 779 (781), der ausführt, maßgeblich dürfe „der Zeitpunkt der Aufnahme sein, denn das einschlägige Material soll erst nach Ablauf der Schutzdauer eines Werkes der bildenden Kunst entstanden sein. Andernfalls hätte für dieses Lichtbild die Schutzdauer verkürzt werden müssen.“ Diesen Ausführungen kann jedoch nicht gefolgt werden. Zum einen bedürfte es einer solchen Verkürzung der Schutzdauer nicht, wenn der Schutz automatisch mit Eintritt der Gemeinfreiheit der Vorlage entfiel. Zum anderen hätte der Normgeber, hätte er den Zeitpunkt der Aufnahme als maßgeblich festlegen wollen, wohl folgende Formulierung gewählt (Änderungen durch Durchstreichen bzw. Unterstreichungen hervorgehoben): „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung eines Werkes der bildenden Kunst nach Ablauf der Dauer des Schutzes dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt ist, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.“

290 So (ohne weitere Begründung) auch *Stang*, ZUM 2019, 668 (672).

Auch Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen dafür, unabhängig vom Vervielfältigungszeitpunkt jeglichen Vervielfältigungsmaterialien den Schutz zu versagen, sobald die Vorlage gemeinfrei geworden ist. Ausweislich des 53. Erwägungsgrundes der DSM-Richtlinie soll Art. 14 zum Zugang zur Kultur und ihrer Förderung sowie zum Zugang zu kulturellen Erbe beitragen. Diese Wirkung kann jedoch nur dann uneingeschränkt eintreten, wenn im Zeitpunkt des Ablaufes der Schutzdauer einer Vorlage etwaige Schutzrechte am Vervielfältigungsmaterial ebenfalls entfallen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Zeitpunkt der Aufnahme insoweit für die Frage des Schutzes relevant sein sollte. Dies wird deutlich bei Betrachtung folgenden Beispiels: Wird im Jahr 2020 eine Reproduktionsfotografie eines Gemäldes Paul Klees († 29.06.1940) aufgenommen, wäre bei einem Abstellen auf den Aufnahmezeitpunkt die entstandene Reproduktionsfotografie von Beginn an nicht zu schützen. Wäre demgegenüber dasselbe Werk am 31.12.2010 und damit am letzten Tag vor dem Ablauf der 70-jährigen Schutzfrist fotografisch reproduziert worden, wäre das entstandene Lichtbild unter § 72 UrhG zu schützen. Dieses Ergebnis überzeugt nicht. Unabhängig vom Aufnahmedatum handelt es sich bei den jeweils reproduzierten Vorlagen um Kulturgut, dessen Kommunizierbarkeit Art. 14 DSM-Richtlinie gewährleisten möchte und zu dem der Zugang gefördert und erleichtert werden soll. Ein Abstellen auf den Aufnahmezeitpunkt ist deshalb nicht sachgerecht.²⁹¹

291 Kritisch gegenüber einer solchen Lösung bereits vor Erlass des Art. 14 DSM-Richtlinie: *Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist*, 2011, S. 182, der darauf hinwies, dass es kaum zumutbar, teilweise sogar unmöglich sei, den Lichtbildnern einer Reproduktionsfotografie die Berechnung des Zeitpunktes des Ablaufes des Schutzes unter Einbeziehung der Vorlage aufzuerlegen. Dem ist zwar dem Grunde nach zuzustimmen, insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass bei einigen Vorlagen der Todeszeitpunkt des Urhebers oder die Person des Urhebers selbst gar nicht bekannt sind. Gleichwohl ist nun durch die Regelung des Art. 14 DSM-Richtlinie dies unvermeidbar. Denn selbst bei einem Abstellen auf den Vervielfältigungszeitpunkt wäre es nunmehr erforderlich, dass der Lichtbildner oder eben ein potentieller Nutzer des Lichtbildes sich Gewissheit darüber verschaffte, ob eine Gemeinfreiheit der Vorlage bereits vorliege oder nicht. Dieses Problem lässt sich infolge der Verpflichtung zur Umsetzung der DSM-Richtlinie nicht mehr überwinden und wird aller Voraussicht nach in den Bereich der Nachweisbarkeit des Zeitpunktes des Eintritts der Gemeinfreiheit verlagert und dann nach Grundsätzen der Beweislast zu bewerten sein.

ee) Rechtsnatur des Art. 14 DSM-Richtlinie: Tatbestandsbeschränkung oder Schrankenregelung?

Aus den vorangegangenen Ausführungen folgt, dass die Regelung des Art. 14 DSM-Richtlinie eine Zwitterstellung zwischen Tatbestandsbeschränkung und Schrankenregelung einnimmt²⁹²:

Handelt es sich um Vervielfältigungsmaterial (z.B. Reproduktionsfotos), das zu einem Zeitpunkt entsteht, in dem die Vorlage bereits gemeinfrei gewesen ist, liegt eine Tatbestandsbeschränkung vor. Denn in diesem Fall entsteht für die Reproduktion erst gar kein Schutz durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht. Für den Fall einer Reproduktionsfotografie einer Vorlage, deren Schutzdauer bereits abgelaufen ist, bedeutet dies, dass ein Schutz nach § 72 UrhG oder § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG von vorneherein nicht besteht.

Entsteht das Vervielfältigungsmaterial jedoch, solange die Vorlage noch nicht gemeinfrei geworden ist, führt dies zu einem nachträglichen Entfallen des zunächst entstandenen urheberrechtlichen Schutzes bzw. Schutzes als verwandtes Schutzrecht der Reproduktion und damit zum Entfallen der daraus resultierenden Verwertungsrechte. In diesem Fall wirkt Art. 14 DSM-Richtlinie gleichermaßen wie die allgemeine Schutzdauerregelung des § 64 UrhG als zeitliche Schrankenbestimmung.

ff) Ausschluss neu entstandener Werke

In denjenigen Fällen, in denen das jeweils durch Vervielfältigungshandlungen entstandene Material selbst eine persönliche geistige Leistung und damit ein Werk darstellt, hat der Normgeber die Entscheidung getroffen, auch diesen Vervielfältigungsmaterialien Schutz zu gewähren. Es soll ein urheberrechtlicher Schutz der Reproduktion als Werk möglich sein, auch wenn die Vorlage gemeinfrei ist. Die dem Urheberrecht immanente Interessenabwägung fällt in diesen Konstellationen nach dem Willen des Normgebers zugunsten neu entstandener Werke und damit zugunsten des Urhebers des jüngeren Werkes aus. Die Interessen der Allgemeinheit am

292 Anders Dreier, GRUR 2019, 771 (774), der von dem Vorliegen einer Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzes als solchen ausgeht, sowie vom tatbestandsausschließenden Charakter der Vorschrift ausgehend Stang, ZUM 2019, 668 (673); anders ebenfalls Schulze, GRUR 2019, 779 (781), der Art. 14 DSM-Richtlinie als Schrankenregelung versteht.

Zugang zur Kultur und deren Förderung sowie am Zugang zu kulturellem Erbe müssen nach dem Willen des Normgebers hinter den Interessen des Urhebers eines neu entstandenen Werkes zurücktreten.

Dies bedeutet mit Blick auf die im Rahmen dieser Arbeit behandelten Lichtbilder, dass der deutsche Gesetzgeber verpflichtet ist, einfachen Lichtbildern (§ 72 UrhG) gemeinfreier Vorlagen den Schutz zu versagen.²⁹³ Solchen Lichtbildern gemeinfreier Vorlagen, die Lichtbildwerke gem. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG darstellen, soll der urheberrechtliche Schutz jedoch weiterhin zustehen.

c) Bewertung und Umsetzungsmöglichkeiten

Kern dieser Arbeit ist der Lichtbildschutz nach dem UrhG und dessen Rechtfertigung. Vor diesem Hintergrund beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Auswirkungen des Art. 14 DSM-Richtlinie auf fotografische Vervielfältigungsmethoden bzw. auf die Lichtbildwerke und einfache Lichtbilder als mögliche Abbildungsgegenstände. Mögliche Bewertungen des Art. 14 DSM-Richtlinie unter Berücksichtigung anderer Schutzrechte bleiben insoweit außer Betracht.

aa) Positiv: Anknüpfungspunkt des Vervielfältigungsmaterials

Positiv fällt bei Art. 14 DSM-Richtlinie auf, dass als Anknüpfungspunkt das Vervielfältigungsmaterial gewählt wurde.

Angesichts der Diskussionen um die Verfahren zwischen den Reiss-Engelhorn-Museen und Wikimedia sowie der diesbezüglichen Berichterstattung und der entsprechenden Abhandlungen in der Literatur hätte es geradezu nahegelegen, als Anknüpfungspunkt die „Reproduktionen“ zu wählen. Dies hätte allerdings zu den unter Kapitel 2 B), IV) 1) und 2) dargestellten Schwierigkeiten geführt, festzulegen, was überhaupt unter einer Reproduktion zu verstehen ist und zu beurteilen, wann eine Vervielfältigung eine Reproduktion darstellt und wann nicht. Wird z.B. ein Gemälde inklusive des Rahmens oder der dahinter befindlichen Wand fotografiert,

293 Ein Schutz gegen die Übernahme in einem Wettbewerbsverhältnis kann jedoch, soweit unlautere Umstände hinzutreten, aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten vorliegen, *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 209.

stellt sich die Frage, ob es sich noch um eine Reproduktion handelt. Eine Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinn liegt demgegenüber in jedem Fall vor, die während des Bestehens des Urheberrechtsschutzes für das Gemälde jedenfalls dann einer Einräumung von Verwertungsrechten bedarf, solange es sich nicht um nur unwesentliches Beiwerk i. S. v. § 57 UrhG handelt.

bb) Kritik an Art. 14 DSM-Richtlinie

Art. 14 DSM-Richtlinie führt im Ergebnis allerdings zu erheblichen Wertungswidersprüchen. Dies jedenfalls in den Mitgliedsstaaten, die – wie Deutschland – einen einfachen Lichtbildschutz für solche Lichtbilder normiert haben, die keine individuellen Werke i.S.v. Art. 6 der Schutzdauer-richtlinie darstellen, die also nicht das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.

Art. 14 DSM-Richtlinie erfasst lediglich Vervielfältigungen von Werken der bildenden Künste als mögliche Abbildungsgegenstände, deren Vervielfältigung nach Eintritt der Gemeinfreiheit ermöglicht werden soll. Dies führt jedoch in der Konsequenz dazu, dass Vervielfältigungen anderer Vorlagen, auch wenn diese keine persönliche geistige Schöpfung darstellen, einen weitergehenden Schutz erhalten können als Vervielfältigungen solcher Vorlagen, die diese Schöpfungshöhe erreichen. Mittelbar führt dies zu einem weitreichenderen Schutz derjenigen Vorlagen, die keine persönliche geistige Schöpfung aufweisen und damit zu einer Diskriminierung schöpferischer Leistungen gegenüber nicht von Art. 14 DSM-Richtlinie nicht-schöpferischen Leistungen.

Konkret bezogen auf Lichtbilder bedeutet dies: Abbildungen gemeinfrei gewordener einfacher Lichtbilder sind bei unmittelbarer Anwendung von Art. 14 DSM-Richtlinie weiterhin geschützt, während Abbildungen gemeinfreier Werke der bildenden Künste nicht mehr schutzfähig sein sollen:

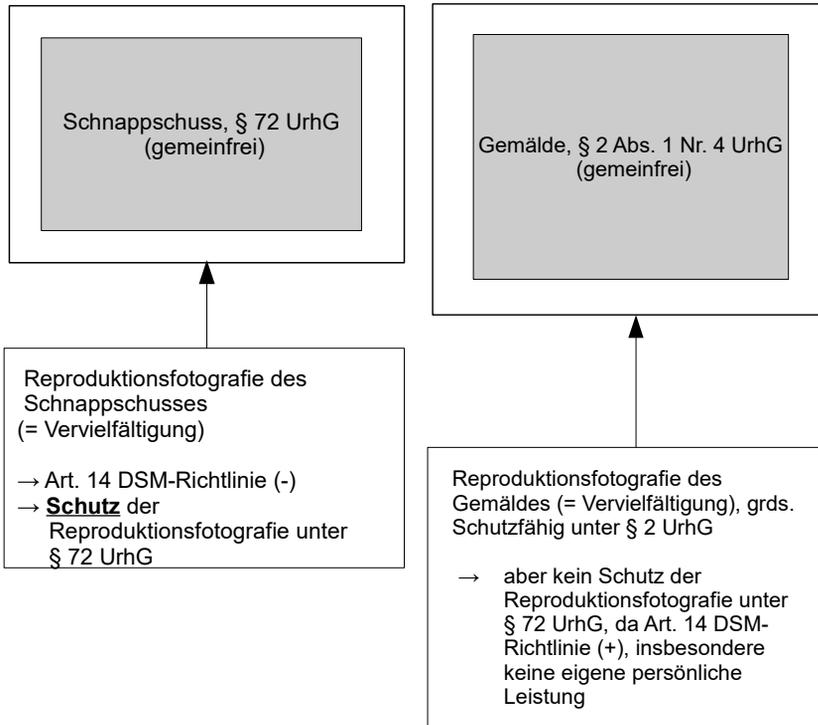


Abbildung 5: Schematische Darstellung – Schnappschuss vs. Gemälde

Die Reproduktionsfotografie eines einfachen Lichtbildes wäre mithin auch dann geschützt, wenn die Schutzdauer der Vorlage (hier des einfachen Lichtbildes) abgelaufen ist. Dies bedeutet für die Praxis insbesondere auch, dass die Verbreitung eines gemeinfreien Werkes in Form von Tassenaufdrucken, T-Shirt-Prints u. ä. durch Verwendung der Vervielfältigung (hier der Reproduktionsfotografie) lizenzfrei zulässig ist, anderes jedoch für die gleichartige Verbreitung von Vervielfältigungen einfacher Lichtbilder gälte. Die Reproduktionsfotografie eines Gemäldes stünde in ihrem Schutzzumfang hinter einer Reproduktionsfotografie eines einfachen Knipsbildes zurück.

Mit Blick auf den Sinn und Zweck des Art. 14 DSM-Richtlinie wurde offensichtlich der Fokus darauf gelegt, typisches Kulturgut und damit insbesondere diejenigen Objekte, die eine gewisse Schöpfungshöhe aufweisen, zugänglicher zu machen. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht,

dass Art. 14 DSM-Richtlinie sich nicht auf Vervielfältigungen solcher Objekte bezieht, die diese Schöpfungshöhe nicht erreichen und eher in Ausnahmefällen als Kulturgut zu betrachten wären. Gleichwohl muss festgestellt werden, dass diese Regelung zu einer untragbaren Diskriminierung von Werken gegenüber einfachen Lichtbildern führen kann. Außerdem entstehen insoweit Schutzlücken, als auch einfache Lichtbilder, die erst im Laufe der Zeit z.B. als Dokument der Zeitgeschichte Bedeutung erlangen, gleichermaßen Kulturgut darstellen, die Vervielfältigungsmaterialien hieran gleichwohl nicht von Art. 14 DSM-Richtlinie erfasst werden.

Dass die Regelung des Art. 14 DSM-Richtlinie in seiner konkreten Form zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann, soweit ein Mitgliedstaat den Schutz einfacher Lichtbilder normiert hat, zeigt sich auch an folgendem Beispiel: Angenommen, eine Privatperson erstellte ein Knipsbild ihres Wohnzimmers. Hierbei stellte die Person keine besonderen Erwägungen hinsichtlich des Inhaltes des Lichtbildes an, die einen Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG begründen könnten. Das entstandene einfache Lichtbild gem. § 72 UrhG bildete in einem kleinen Abschnitt der Fotografie ein unter § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG schutzfähiges Gemälde ab. Gemälde und Lichtbild wären in der Zwischenzeit gemeinfrei:

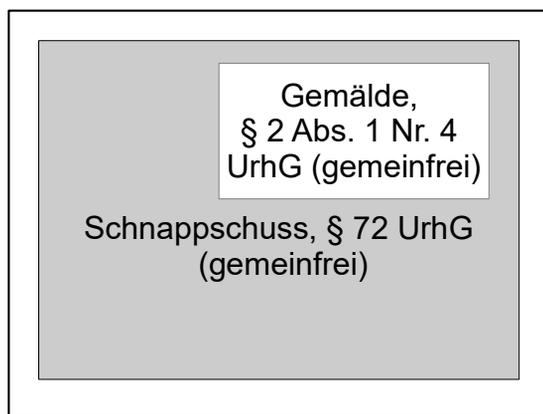


Abbildung 6: Schematische Darstellung – Gemälde als Teil eines Schnappschusses

In diesem Fall handelte es sich bei der entstandenen Reproduktionsfotografie des Schnappschusses um ein Lichtbild gem. § 72 UrhG. Dieses Lichtbild und damit auch die Reproduktionsfotografie stellten jedoch gleichzeitig Vervielfältigungen eines Werkes nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG dar. Diese

Konstellation könnte zu zwei unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen führen:

Entweder man stelle schlicht auf den Begriff der Vervielfältigung ab und käme zu dem Ergebnis, dass hier in der Reproduktionsfotografie des bereits vorhandenen Lichtbildes gleichermaßen eine Vervielfältigung des Gemäldes liege. In diesem Fall wäre ausnahmsweise die Vervielfältigung des einfachen Lichtbildes in seiner Gesamtheit, das eigentlich von Art. 14 DSM-Richtlinie nicht erfasst wird, aufgrund dieser Vorschrift zulässig. Dies, da ein Teil des als Vorlage dienenden einfachen Lichtbildes ein gemeinfreies Werk der bildenden Kunst zeigt und damit die Vervielfältigung des Schnappschusses eine Vervielfältigung des Werkes bewirkt. Die Reproduktionsfotografie des Schnappschusses wäre demnach unter § 72 UrhG in ihrer konkreten Erscheinung nicht schutzfähig, obwohl es an dem Werkcharakter der konkreten, reproduzierten Vorlage mangelte.

Alternativ könnte davon ausgegangen werden, dass in Anlehnung an die Wertung des § 57 UrhG bzw. des Art. 5 Abs. 3 lit. i RL 2001/29/EG (Info-Soc-RL) die Bedeutung des beiläufig einbezogenen Gemäldes hinter dem einfachen Lichtbild zurücktreten müsse. Dies würde auch dem Umstand gerecht, dass Reproduktionsfotografien derartiger Lichtbilder, in denen ein gemeinfreies Werk nur als Beiwerk auftritt, tendenziell nicht diejenigen sind, die zum Zugang zur Kultur und deren Förderung oder zum Zugang zum kulturellen Erbe beitragen. Damit wäre selbst unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes Nr. 53 der DSM-Richtlinie die Einbeziehung derartiger Reproduktionsfotografien in den Anwendungsbereich des Art. 14 DSM-Richtlinie nicht erforderlich. Diese Bewertung führte dazu, dass letztlich auf den Schnappschuss abzustellen wäre, der Anwendungsbereich des Art. 14 DSM-Richtlinie nicht eröffnet wäre. Die Reproduktionsfotografie wäre demnach auch unter § 72 UrhG geschützt, eine ausnahmsweise Vervielfältigung mangels Anwendung des Art. 14 DSM-Richtlinie nicht möglich. Wäre demgegenüber von dem identischen Schnappschuss lediglich eine Teil-Reproduktionsfotografie dergestalt vorgenommen werden, dass eine Reproduktion nur bezogen auf das abgebildete Gemälde erstellt würde, wäre Gegenstand der Vervielfältigung die Abbildung des Gemäldes selbst, sodass die Reproduktionsfotografie als eine Vervielfältigung im Lichte des Art. 14 DSM-Richtlinie zu bewerten wäre und der nunmehr entstandenen Reproduktionsfotografie, da Vervielfältigungsobjekt ein gemeinfreies Werk der bildenden Künste wäre, kein Schutz unter § 72 UrhG zugesprochen werden könnte.

Im Ergebnis sind beide Ergebnisse nicht sachgerecht. Denn die erste Lösung stellt mit Blick auf die Rechtsfolge die Reproduktionsfotografie eines

einfachen Lichtbildes derjenigen eines Gemäldes gleich, obwohl Art. 14 DSM-Richtlinie ausdrücklich nur für den letztgenannten Fall eröffnet ist. Die andere Lösung missachtet, dass Art. 14 DSM-Richtlinie tatbestandlich nur eine Vervielfältigung verlangt, ohne weitere Voraussetzungen aufzustellen. Eine Übertragung der Wertung des § 57 UrhG bzw. des Art. 5 Abs. 3 lit. I InfoSoc-RL erscheint zwar plausibel, ist jedoch von Art. 14 DSM-Richtlinie nicht vorgesehen.

cc) Alternativen

Es ist bedauerlich, dass im Rahmen der Trilogverhandlungen diese Regelung offenbar recht kurzfristig und ohne größeren fachlichen Diskurs Eingang in die Richtlinie gefunden hat.

Zur Erreichung der im Erwägungsgrund 53 genannten Ziele wäre es nämlich auch ausreichend gewesen, das Zitatrecht auszuweiten, wie dies im deutschen Recht in § 51 S. 3 UrhG kürzlich geschehen ist.²⁹⁴ Indem das Zitatrecht auf die Verwendung von Vervielfältigungen ausgedehnt wird, wird dem Zugang der Allgemeinheit zum Kulturgut hinreichend Rechnung getragen. Es ist nicht ersichtlich, dass zur Erreichung der Förderung des Zugangs zur Kultur und kulturellem Erbe sowie zur besseren Kommunizierbarkeit derselben ein weitergehender Zugang, insbesondere ein Zugang außerhalb des Zitatzweckes erforderlich wäre. Vielmehr erscheint es so, als sei hier unter dem besonderen Wirken von *Wikimedia* eine Regelung entstanden, die letztlich gerade die uneingeschränkte und insbesondere auch kommerzielle Verwendung derartiger Vervielfältigungen, z. B. durch Aufdrucke auf T-Shirts, Tassen etc. legitimiert. Eine solch weitreichende Beeinträchtigung der grundsätzlich gesetzlich vorgesehenen Rechte derjenigen, die das hier maßgebliche Vervielfältigungsmaterial herstellen, wäre zur Erreichung dieser Kommunizierbarkeit nicht erforderlich gewesen.

dd) (Keine) Erforderlichkeit von Übergangsregelungen

Das Leistungsschutzrecht des § 72 UrhG ist ein Immaterialgüterrecht, das dem Schutz des durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Eigentums unterliegt. Gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist zwar die inhaltliche Umfor-

294 So auch *Seiler*, K&R 2019, 245 (249).

mung durch das einfache Recht möglich, dies gilt jedoch nur, soweit die bisherigen Zuordnungsverhältnisse aufrechterhalten bleiben.²⁹⁵

Soweit Lichtbilder betroffen sind, die solche Gegenstände abbilden, die zum Zeitpunkt der Herstellung der Vervielfältigung bereits gemeinfrei waren, handelt es sich nicht lediglich um eine inhaltliche Umformung, da, wie zuvor dargestellt, der Schutz für ein solches Lichtbild infolge der Umsetzung des Art. 14 DSM-Richtlinie gar nicht entstehen kann. Für diese Lichtbilder, soweit sie vor Inkrafttreten des Art. 14 DSM-Richtlinie umsetzenden Rechtsaktes angefertigt wurden, eine Übergangsvorschrift erforderlich. Anderes gilt hingegen für diejenigen Lichtbilder, die ein im Zeitpunkt der Anfertigung des Lichtbildes nicht gemeinfreies Werk abbilden. Für diese Fälle wird lediglich die Schrankenbestimmung geändert, ohne die bisherigen Zuordnungsverhältnisse anzutasten, sodass eine Übergangsvorschrift nicht erforderlich ist.

ee) Umsetzungsmöglichkeiten/-empfehlungen

Der zuvor aufgezeigte, durch den Schutz einfacher Lichtbilder auftretende Wertungswiderspruch zwischen dem Schutz von Reproduktionsfotografien einfacher Lichtbilder einerseits und dem Schutz von Lichtbildwerken andererseits könnte durch eine richtlinienüberschießende Umsetzung seitens des deutschen Gesetzgebers beseitigt werden. Die richtlinienüberschießende Umsetzung sollte dahingehend erfolgen, dass der maßgebliche Abbildungsgegenstand nicht auf die Werke der bildenden Künste beschränkt wird. Letztlich erscheint es sogar sachgerecht, sämtliche unter dem UrhG geschützten Werke und sonstige Leistungen von einer entsprechenden Regelung zu erfassen. Denn hierdurch würde einerseits der Zugang zum Kulturgut bestmöglich gewährleistet. Andererseits würde es vermieden, die urheberrechtlich geschützten Werke gegenüber denjenigen Erzeugnissen, die lediglich von einem verwandten Schutzrecht erfasst werden, schlechter zu stellen. Ferner könnte so vermieden werden, dass der Begriff der bildenden Künste in geringerem Umfang verstanden würde als in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

Auch die Unsicherheit hinsichtlich des relevanten Zeitpunktes könnte durch eine Klarstellung überwunden werden. Möglich wäre z.B. der Erlass folgender Regelung:

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

„Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung eines durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützten Objektes nach Ablauf der Schutzdauer desselben entstanden ist, ist weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.

Ist das Material zu einem Zeitpunkt entstanden, zu dem die Schutzdauer noch nicht abgelaufen war, entfällt ein urheberrechtlicher Schutz oder ein Schutz durch ein verwandtes Schutzrecht mit Ablauf der Schutzdauer des vervielfältigten Objektes, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar.“

Die Verortung einer entsprechenden Regelung bei den als Vervielfältigungsmaterial in Betracht kommenden Leistungsschutzrechten, wie vom GRUR-Fachausschuss für Urheber- und Verlagsrecht vorgeschlagen²⁹⁶, berücksichtigt nicht, dass ggf. künftig Vervielfältigungsverfahren hinzukommen, die nicht unter die genannten Leistungsschutzrechte fallen. Demnach sollte eine typusunabhängige Vorschrift für jegliche Arten der Vervielfältigung normiert werden.

6) Praktische Auswirkungen des Schutzes von Reproduktionsfotografien

Die grundsätzliche Anerkennung der Schutzfähigkeit von Reproduktionsfotografien hat erhebliche Auswirkungen für die Praxis:

a) Nutzerperspektive

Während bei Reproduktionsfotografien von räumlichen Objekten der Nutzer ohne weiteres erkennen kann, dass es sich um eine Reproduktionsfotografie handelt, muss der Nutzer bei Reproduktionsfotografien flacher Vorlagen wie z.B. Fotografien, Dokumenten u.ä. Vorlagen differenzieren, ob es sich um eine bloße technische Reproduktion (kein Schutzgut unter § 72 UrhG), eine Reproduktionsfotografie (Schutzgut unter § 72 UrhG) oder, soweit der fotografische Reproduktion eine Substitutionswirkung zukommt (z.B. Reproduktionsfotografie von Fotografien, Zeichnungen etc.), es sich sogar um das Original handelt. Der Nutzer ist damit bei Lichtbil-

296 GRUR-Fachausschuss für Urheber- und Verlagsrecht, GRUR 2019, 1140 (1150).

dern solcher Vorlagen, deren Ursprung er nicht kennt, zur Achtsamkeit gezwungen.

Bei diesem Ergebnis handelt es sich um die folgerichtige Konsequenz des bestehenden, umfassenden Lichtbildschutzes. Bedient sich jemand eines vorexistierenden Lichtbildes, muss er eventuell bestehende Rechte Dritter erwägen und ggf. die Erlaubnis des Rechtsinhabers zur weiteren Nutzung einholen.

b) Doppellizenzierung

Darüber hinaus führt der Schutz von Reproduktionsfotografien unter § 72 UrhG dazu, dass in den Fällen, in denen noch unter dem UrhG geschützte Vorlagen abgebildet werden, für die Nutzung der Reproduktionsfotografie nicht nur die Rechte an dem Lichtbild sondern auch diejenigen an der Vorlage erworben werden müssen. Auch für den Lichtbildner der Reproduktionsfotografie selbst ist, soweit ein Schutz der Vorlage als Schutzgut des UrhG besteht, eine unabhängige Nutzung und insbesondere Verwertung nicht möglich, er bedarf vielmehr der Erlaubnis des Rechtsinhabers der Vorlage, da insoweit eine Vervielfältigung des Abbildungsgegenstandes gem. § 16 UrhG vorliegt.

Der Schutz von Reproduktionsfotografien bedeutet damit, dass eine stärkere Belastung des Rechtsverkehrs mit Lizenzen vorliegt als dies der Fall wäre, wenn Reproduktionsfotografien keinem Schutzrecht unterlägen. Auch insoweit handelt es sich jedoch um eine Konsequenz des weiten, vom Gesetzgeber beabsichtigten Leistungsschutzrechtes zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten. Unter dem geltenden Recht ist dieses Ergebnis deshalb hinzunehmen.

c) Konsequenzen aus der Umsetzung des Art. 14 DSM-Richtlinie für den Markt

Auf der anderen Seite besteht dann, wenn einer Reproduktionsfotografie kein Schutzrecht (mehr) zukommt ist, wie dies aufgrund des Art. 14 DSM-Richtlinie künftig für Reproduktionsfotografien gemeinfreier Werke generell der Fall sein wird, das Risiko, dass die Eigentümer gemeinfreier Werke, von denen bislang keine Reproduktionsfotografien im Umlauf sind, aufgrund der faktisch nur einmaligen Möglichkeit der Vermarktung er-

hebliche Summen verlangten, um die Werke als Vorlagegegenstände für Ablichtungen zur Verfügung zu stellen.

C) Schutzzumfang

I) Kein Motivschutz

Der Schutz einfacher Lichtbilder gem. § 72 UrhG ist beschränkt auf die konkrete Aufnahme als körperlicher Gegenstand.²⁹⁷ Grundsätzlich kann kein Schutz gegen nachschaffende Leistungen gewährt werden, das reine Motiv als Vorlage des Lichtbildes ist als solches urheberrechtlich nicht geschützt.²⁹⁸ Es steht einem Dritten mithin dem Grunde nach frei, eine Aufnahme des identischen Motivs vorzunehmen.

Der Schutzzumfang eines Lichtbildes ergibt sich aus den fotografischen Besonderheiten und nicht aus dem Motiv.²⁹⁹ Ein Motivschutz ist bei Lichtbildwerken i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG ausnahmsweise anerkannt, soweit gerade die Übernahme schöpferischer Leistungen erfolgt³⁰⁰, sich die Individualität also aus dem Motiv ergibt.³⁰¹ Bei einfachen Lichtbildern scheidet die Übernahme solcher individueller, eigentümlicher Elemente jedoch üblicherweise aus, sodass ein Motivschutz für einfache Lichtbilder nicht in

297 BGH, Urt. v. 04.11.1966 – Ib ZR 77/65, GRUR 1967, 315 (316), *skaicubana*.

298 Ganz h.M.: *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 UrhG, Rn. 22, 24; *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrhG, Rn. 13 f.; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 UrhG, Rn. 65; *Vogel*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 5; *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrhG, Rn. 37; BGH, Urt. v. 04.11.1966 – Ib ZR 77/65, GRUR 1967, 315 (316), *skaicubana*; OLG Hamburg, Urt. v. 29.06.1995 – 3 U 302/94, ZUM-RD 1997, 217 (221); OLG München, Urt. v. 17.01.1991 – 6 U 5167/90, NJW-RR 1992, 369; LG München I, Urt. v. 25.04.2002 – 7 O 16110/01, ZUM-RD 2002, 489 (493).

299 *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrhG, Rn. 14.

300 Verneint bei BGH, Urt. v. 05.06.2003 – I ZR 192/00, GRUR 2003, 1035 (1037), *Hundertwasser-Haus*.

301 *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrhG, Rn. 37 nimmt eine Sperrwirkung gegenüber nachschaffenden Leistungen und hinsichtlich des Motivs nur dann an, wenn die übernommenen Wesenszüge kreativer Natur sind. Angenommen wurde eine solche Übernahme schöpferischer Leistungen bei OLG Köln, Urt. v. 05.03.1999, GRUR 2000, 43, *Klammerpose*.

Betracht kommt.³⁰² Etwas anderes kann gelten, wenn Umstände hinzutreten, die die Nachahmung als unlauter erscheinen lassen, sodass der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 3 UWG eingreift. Ein solcher Motivschutz wurde durch das OLG München bestätigt bei der Herstellung eines fast identischen Lichtbildes unter Ausnutzung einer Vorinstallation eines Mitbewerbers in einer Konkurrenzsituation.³⁰³ In diesem Fall besteht ein Motivschutz aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten.

II) Teileschutz

Ferner stellt sich die Frage, in welchem Umfang Teile einfacher Lichtbilder geschützt sind.

Für die Beantwortung der Frage ist aufgrund des Verweises in § 72 Abs. 1 UrhG zunächst auf die für Lichtbildwerke geltenden Grundsätze zurückzugreifen. Bei Lichtbildwerken ist, ebenso wie bei anderen Werkarten nach § 2 Abs. 1 UrhG, anerkannt, dass ein Schutz von Werkteilen nur in einem Umfang möglich ist, in dem der entnommene Teil des Werkes selbst Werkschutz genießen kann.³⁰⁴ Der in Rede stehende Werkteil muss mithin eine hinreichende Individualität besitzen. Dieses Ergebnis ist sachgerecht, stellt doch auch ein Werkteil, der isoliert betrachtet eine hinreichende Individualität beinhaltet, stets selbst ein eigenes Werk dar. Ein Werk ist stets die Summe verschiedener Elemente, in einigen Fällen handelt es sich bei diesen einzelnen Elementen um eigenständige Werke i.S.d. Urheberrechts. Diesen ist dann aber konsequent der volle Werkschutz zu gewähren. Voraussetzung des Teileschutz ist damit die Erfüllung der identischen Schutzvoraussetzungen durch das Gesamtwerk wie auch durch den entlehnten Teil.

Eine Übertragung dieser Feststellung auf einfache Lichtbilder bedeutete, dass jeder Teil eines einfachen Lichtbildes gleichermaßen als Lichtbild zu schützen wäre, soweit der entlehnte Teil die Voraussetzungen an ein einfa-

302 Vogel, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 37 *Schutz von Lichtbildern*, 2010, Rn. 16; Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrhG*, Rn. 14.

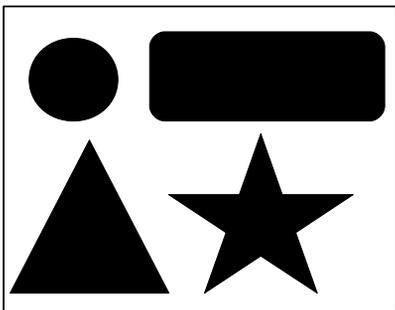
303 OLG München, Urt. v. 17.01.1991 – 6 U 5167/90, NJW-RR 1991, 431.

304 BGH, Urt. v. 21.04.1953 – I ZR 110/52, GRUR 1953, 299 (301); Urt. v. 17.10.1958 – I ZR 180/57, NJW 1959, 336, *Verkehrs-Kinderlied*; Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 2 *UrhG*, Rn. 42.

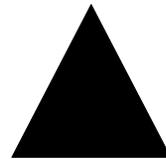
ches Lichtbild i. S. d. § 72 UrhG erfüllte. Nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. unter Kapitel 2, B) III) 4)) ist für den Schutz des entlehnten Teils erforderlich, dass der dieser keine bloße technische Vervielfältigung darstellt, die dadurch geschaffen wird, dass ein technisches Vervielfältigungsverfahren zur Anwendung kommt, dessen Aufgabe gerade darin besteht, eine identische Nachbildung einer jeden Vorlage zu schaffen und eine solche identische Nachbildung dabei auch tatsächlich geschaffen wird. Ob dieses Ergebnis sachgerecht ist, gilt es im Folgenden herauszuarbeiten.

1) Teile einer unter Zuhilfenahme eines Gerätes zur technischen Reproduktion hergestellte Collage

Einen Sonderfall stellt in diesem Zusammenhang die Collage dar, die unter Zuhilfenahme eines technischen Reproduktionsgerätes unter Heranziehung einzelner Lichtbilder als Vorlage hergestellt wird. Während nach hier vertretener Auffassung die Collage selbst als Lichtbild schutzfähig ist, gilt dies nicht für den einzelnen Teil des neu entstandenen Lichtbildes (der Collage), soweit dieser Teil lediglich einen Teil der Collage wiedergibt, der eine identische Abbildung seiner Vorlage darstellt:



Collage = schutzfähig



Entlehnter Teil ≠ schutzfähig

Abbildung 7: Schematische Darstellung – Collage vs. entlehnter Teil

Insoweit handelt es sich bei dem entlehnten Teil nämlich um eine rein technische, identische Nachbildung einer Vorlage unter Zuhilfenahme eines zum Zwecke der Vervielfältigung existierenden Gerätes und damit um ein Lichtbild, das die Mindestanforderungen des § 72 UrhG nicht er-

füllt.³⁰⁵ Die mittels technischer Reproduktion hergestellte Collage ist demnach schutzfähig unter § 72 UrhG, dem einzelnen Teil, der dann nur die technische Reproduktion seiner Vorlage darstellt, kommt ein solcher Schutz nicht zu.

2) Sonstige Lichtbilder

Während die Frage nach dem Teileschutz für Teile einer Lichtbild-Collage noch recht einfach zu beantworten ist, stellt sich dies für den Teileschutz sonstiger einzelner Lichtbilder problematischer dar:

Eine konsequente Anwendung der obigen Voraussetzungen auf Teile eines einfachen Lichtbildes führte, soweit es sich nicht um Collagen handelte, dazu, dass jeder noch so kleine Teil eines einfachen Lichtbildes zu schützen wäre. Erfüllt nämlich das als Vorlage verwendete Lichtbild die genannten Voraussetzungen, gilt dies gleichermaßen für einzelne Teile hiervon. Wird durch einen Touristen eine Landschaftsfotografie mit einer Kamera aufgenommen, liegt auch hinsichtlich eines winzigen, darauf abgebildeten Sandkorns eine solche Aufnahme vor, welche die Anforderungen des § 72 UrhG erfüllt.

Soweit bei dem Schutz von Werkteilen unter § 2 UrhG geschützter Werke regelmäßig darauf abgestellt wird, der Werkteil müsse eine individuelle Prägung aufweisen³⁰⁶, beruht dies auf der Voraussetzung einer Individualität für das Erreichen der erforderlichen Werkqualität gem. § 2 Abs. 2 UrhG. Da die Individualität jedoch keine Voraussetzung für den einfachen Lichtbildschutz darstellt, ist eine solche im Ergebnis bei einer dem § 72 Abs. 1 UrhG entsprechenden Anwendung der Regelungen für Lichtbilderwerke auch für den Schutz von Teilen einfacher Lichtbilder nicht zu fordern.³⁰⁷

305 Dasselbe Ergebnis läge im Übrigen auch bei der Heranziehung der Kriterien eines Urbildes oder eines Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung vor.

306 Z.B. *Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung*, 1. Auflage, 2018, S. 117.

307 Ebenso zur grundsätzlichen Übertragbarkeit *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts (§ 72 UrhG)*, 2017, S. 205 (212); *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrhG, Rn. 15; *Vogel*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 UrhG, Rn. 40; *Erdmann*, in: Büscher, *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, Der urheberrechtliche Schutz von Lichtbildwerken und Lichtbildern*, 2014, S. 761 (769).

Diese Auffassung entspricht auch hinsichtlich des Laufbildschutzes und Tonträgerherstellerrechts der Rechtsprechung des BGH³⁰⁸ sowie der herrschenden Auffassung in der Literatur.³⁰⁹ Sowohl beim Laufbildschutz als auch beim Tonträgerherstellerrecht wurde durch BGH und Literatur die organisatorische und wirtschaftliche Leistung, die den Schutz für Laufbilder und Tonträger begründete, in den Vordergrund der Bewertung gestellt. Da der hierfür anfallende unternehmerische Aufwand für den gesamten Film bzw. für den gesamten Tonträger erbracht werde, gebe es keinen kleinen Teil, auf den nicht ein Teil dieses Aufwandes entfiere und der daher nicht zu schützen sei.³¹⁰ Aufgrund des im Vergleich zu Filmwerken und Musikwerken unterschiedlichen Schutzgegenstandes des Laufbildschutzes bzw. des Tonträgerherstellerrechts liege auch kein Wertungswiderspruch vor, wenn bei den Leistungsschutzrechten bereits kleinste Teile geschützt würden, bei den jeweiligen Werken ein Teilschutz jedoch nur dann gewährt werde, wenn diese Teile selbst die urheberrechtliche Schutzvoraussetzungen erfüllten.³¹¹ Der hierdurch weitergehende Schutz des Leistungsschutzberechtigten gegenüber dem ausübenden Künstler bzw. dem Urheber liege in der Natur des unterschiedlichen Schutzgegenstandes.³¹² Der EuGH hat diese Auffassung nach erfolgter Vorlage durch den BGH³¹³ in der Rechtssache *Metall auf Metall III* mit Urteil vom 29.07.2019 bestätigt.³¹⁴ Auch die Vervielfältigung eines sehr kurzen Audiofragments sei grundsätzlich als eine „teilweise“ Vervielfältigung des Tonträgers zu bewerten.³¹⁵

-
- 308 BGH, Urt. v. 20.12.2007 – I ZR 42/05, GRUR 2008, 693 (694), *TV-Total*; Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (404f.), *Metall auf Metall*; EuGH-Vorlage v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, GRUR 2017, 895 (897), *Metall auf Metall III*; Urt. v. 06.12.2017 – I ZR 186/16, GRUR 2018, 400 (401), *Konferenz der Tiere*.
- 309 Schulze, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 UrbG, Rn. 15; Reuter, GRUR 1997, 23 (28); Schaefer, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 85 UrbG, Rn. 25; Katzenberger/Reber, in: Schricker/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 95 UrbG, Rn. 8; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 12. Auflage, 2018, § 95 UrbG, Rn. 13.
- 310 BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (404), *Metall auf Metall*; Urt. v. 20.12.2007 – I ZR 42/05, GRUR 2008, 693 (694), *TV-Total*; a.A. Pötzlberger, ZUM 2019, 250 (251).
- 311 Ebenda.
- 312 Schaefer, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 85 UrbG, Rn. 25.
- 313 BGH, EuGH-Vorlage v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, GRUR 2017, 895, *Metall auf Metall III*.
- 314 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, *Pelham/Hütter u.a.*
- 315 EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929 (931), *Pelham/Hütter u.a.* Von der Frage eines bestehenden Teileschutzes ist zu unterscheiden die Frage,

Die Übertragung dieses Ergebnisses auf den Schutz von Teilen einfacher Lichtbilder erscheint zwar nicht zwingend geboten. Insoweit führt *Stang*³¹⁶ aus, dass der einfache Lichtbildschutz dem Urheberrechtsschutz für Lichtbildwerke stark angenähert sei. Demnach sei es nicht erforderlich, die Grundsätze rein technischer oder investitionsbezogener Leistungsschutzrechte zu übertragen. *Fischer*³¹⁷ schlägt in diesem Sinne vor, der Nähe zum Schutz von Teilen eines Lichtbildwerkes dadurch Ausdruck zu verleihen, dass lediglich besonders prägnanten bzw. wesentlichen Bestandteilen eines einfachen Lichtbildes ein gesonderter Teileschutz zugestanden würde.

Selbst wenn von einer solchen Sonderstellung des Lichtbildschutzes ausgegangen wird, erscheint es gerade mit Blick auf einfache Lichtbilder sachgerecht, auch kleinste Teile derselben zu schützen, solange und soweit die Anforderungen an ein Lichtbild i.S.v. § 72 UrhG erfüllt sind. Der Gesetzgeber hat sich zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten dazu entschlossen, einfache Lichtbilder vollumfassend unter Schutz zu stellen und jegliche Knipsbilder diesem Schutz zu unterwerfen. Da der Schutz eines Lichtbildes jedoch ausschließlich an die Tätigkeit des Auslösens einer Aufnahme anknüpft und ein Schutz nach hier vertretener Auffassung ausschließlich dann nicht mehr vorliegt, wenn eine bloße technische Vervielfältigung unter Heranziehung eines zur Vervielfältigung bestimmten Gerätes erfolgt, die eine identische Nachbildung der Vorlage zum Inhalt hat, ist nicht ersichtlich, weshalb einem Teil eines einfachen Lichtbildes der

ob der Einsatz eines solchen Teiles auch eine Vervielfältigung darstellt, vgl. hierzu Kapitel 3, B) II) 1) c).

316 *Stang*, Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal 1 (2009), 167 (214).

317 *Fischer*, *Digitale Kunst und freie Benutzung*, 1. Auflage, 2018, S. 119. Gleichmaßen *Erdmann*, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, *Der urheberrechtliche Schutz von Lichtbildwerken und Lichtbildern*, 2014, S. 761 (769). Beide fordern, dass das Lichtbild in den einzelnen Teil zumindest als solches erkennbar bleiben müsse, um einen Gleichlauf mit dem Teileschutz bei Lichtbildwerken zu erzielen. Weitere Autoren fordern, für einen Teileschutz die Übernahme wesentlicher Teile, vgl. *Reuter*, GRUR 1997, 23 (28); *Gelke*, *Mashups im Urheberrecht*, 1. Aufl., 2013, S. 139 f.; *Oldekop*, *Elektronische Bildbearbeitung im Urheberrecht*, 2006, S. 123; *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts (§ 72 UrhG)*, 2017, S. 205 (223 f.); anders *Benz*, *Der Teileschutz im Urheberrecht*, 1st ed., 2018, S. 467, der einen Pixelschutz nur dann gewährt, wenn es sich um eine isolierte Verwertung des Pixels, z.B. durch Übernahme in eine Datenbank mit Bilddateien, handelt (wettbewerblicher Ansatz).

Schutz versagt bleiben sollte.³¹⁸ Ebenso wie beim Tonträgerherstellerrecht schlägt sich auch beim Lichtbildschutz der Schutzgrund – das Auslösen der Aufnahme – in jedem Pixel des Lichtbildes nieder.

Hinzukommend ist zu berücksichtigen, dass hier anders als beim Tonträgerherstellerrecht und beim Laufbildschutz kein Wertungswiderspruch zwischen dem Umfang des Schutzes von Teilen des dem Leistungsschutzrecht unterworfenen Objektes einerseits und dem Umfang des Schutzes von Teilen des einem Urheberrecht unterworfenen Werkes andererseits entsteht:

Der Teileschutz des Leistungsschutzberechtigten würde beim Tonträgerherstellerrecht und beim Laufbildschutz weiter reichen als der Schutz des ausübenden Künstlers oder Urhebers, sodass ein Wertungswiderspruch vorzuliegen scheint. Die Schutzgegenstände der genannten Leistungsschutzrechte hätten damit einen weitergehenden Schutz als die Schutzgegenstände der Urheberrechte.³¹⁹ Deshalb muss in diesen Fällen, wie in Rechtsprechung und Literatur auch geschehen, dieser auf den ersten Blick vorhandene Wertungswiderspruch über den Schutzgrund gelöst und widerlegt werden.³²⁰ Denn während für die Werke die schöpferische Leistung schutzbegründend wirkt, gilt dies nicht für die Leistungsschutzrechte, denen vielmehr wirtschaftlich-organisatorische bzw. technische Leistungen zugrunde liegen, die auch den kleinsten Teilen nicht abgesprochen werden können. Daraus resultiert, dass der Schutzgrund der jeweiligen Film- und Musikwerke unter Berücksichtigung der schöpferischen Leistung als Schutzgrund und damit anders als die jeweiligen Leistungsschutzrechte unter Berücksichtigung der technischen Leistung und des Investiti-

318 Weitere Befürworter des sog. Pixelschutzes für Lichtbilder: *Vogel*, in: Schrickler/Loewenheim, 5. Auflage, 2017, § 72 *UrbG*, Rn. 40; *Erdmann*, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, *Der urheberrechtliche Schutz von Lichtbildwerken und Lichtbildern*, 2014, S. 761 (769); *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 72 *UrbG*, Rn. 15; *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, Kreativität und Charakter, *Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts* (§ 72 *UrbG*), 2017, S. 205 (212).

319 Für Filmwerke muss allerdings auch erkannt werden, dass Teile eines Filmwerkes, die selbst keine Werkqualität erreichen, grds. als Laufbilder schutzfähig sind, *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 95 *UrbG*, Rn. 8.

320 BGH, Urt. v. 20.12.2007 – I ZR 42/05, GRUR 2008, 693 (694), *TV-Total*; Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403 (405), *Metall auf Metall*; Urt. v. 06.12.2017 – I ZR 186/16, GRUR 2018, 400 (401), *Konferenz der Tiere*; *Dustmann*, in: Fromm/Nordemann, 11. Aufl., 2014, § 16 *UrbG*, Rn. 18a; *Schulze*, in: Dreier/Schulze/Specht, 6. Auflage, 2018, § 95 *UrbG*, Rn. 8.

onsaufwandes als Schutzgrund eines Schutzes kleinster, noch so unbedeutender Teile nicht bedürfen.

Für einfache Lichtbilder und Lichtbildwerke ist jedoch zu berücksichtigen, dass jedes Lichtbildwerk zugleich ein einfaches Lichtbild darstellt. Die Einräumung des Schutzes für kleinste Teile eines einfachen Lichtbildes bedeutet damit gleichermaßen, dass ein gleichlaufender Schutz auch für Lichtbildwerke begründet wird, ein Wertungswiderspruch, wie er dem Teileschutz beim Tonträgerherstellerrecht und beim Laufbildschutz behauptet wird, tritt mithin beim Lichtbildschutz nicht zu Tage. Denn aus dem Teileschutz für einfache Lichtbilder folgt auch der Schutz solcher Teile eines Lichtbildwerkes, bei denen Unsicherheiten bestehen, ob die erforderliche Werkeigenschaft erreicht wird, da ein Teileschutz des jedenfalls vorliegenden einfachen Lichtbildes besteht.³²¹ Dieses Ergebnis wird dem Umstand, dass der einfache Lichtbildschutz aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten überhaupt erst eingeräumt wurde, gerecht.³²² Es ist nicht ersichtlich, weshalb tatbestandlich ein Teileschutz nicht bestehen sollte.

Von der Frage, ob Teile eines einfachen Lichtbildes auf Tatbestandsebene überhaupt leistungsschutzrechtlich geschützt sind, ist die Frage zu unterscheiden, wann eine unzulässige Verwertungshandlung hinsichtlich dieses geschützten Teil des vorliegt. Dieser Frage wird unter Kapitel 3, B) II) 1) c) nachgegangen werden.

321 *Ahlberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition, Stand: 20.04.2018, 2018, § 2 *UrhG*, Rn. 164; *Apel*, in: Götz von Olenhusen/Gergen, *Kreativität und Charakter, Überlegungen zu einer Reform des Lichtbildschutzrechts* (§ 72 *UrhG*), 2017, S. 205 (213).

322 A.A. im Ergebnis *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, 5. Auflage, 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 69, der im Bildvergleich eine Individualisierung und Zuordnung verlangt; *Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung*, 1. Auflage, 2018, S. 119, die eine Erkennbarkeit des entnommenen Teils fordert; *Reuter*, GRUR 1997, 23 (28), der voraussetzt, dass „das Bild in so wesentlichen Teilen übernommen ist, dass im Wesentlichen noch von einer Nachbildung gesprochen werden kann“; ebenfalls ablehnend (unter Bezugnahme auf BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690, *Sampling*) *Lauber-Rönsberg*, in: BeckOK UrhG, 26. Edition (Stand 15.10.2019), 2019, § 72 *UrhG*, Rn. 25; *Ohly*, GRUR 2017, 964 (966).