

9. Bilder im Zeitalter ihrer vernetzten Kommunizierbarkeit

Technologischer Wandel und seine Auswirkungen auf das Begriffsverständnis

Die Überschrift dieses Kapitels lässt unschwer ihre Bezugnahme auf den Titel des wirkmächtigen Essays „Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit“ erkennen, den Walter Benjamin 1935 im Pariser Exil verfasst und in einer gekürzten französischen Fassung unter dem Titel „L’œuvre d’art à l’époque de sa reproduction mécanisée“ 1936 in der Zeitschrift für Sozialforschung veröffentlicht hat. Benjamins Argumentation weist eine Fülle von Themensträngen auf, von denen hier lediglich eine seiner Kernthesen herausgegriffen sei (nicht weiter verfolgt sei hier *Benjamins* ebenso zentrale Analyse der Bedeutung des Films, als dessen legitime Nachfolger heute Computerspiele und 3D-Simulationen anzusehen wären). Diese These besagt, dass die Anwendung der Reproduktionstechnik auf die Kunstwerke nicht nur deren Rezeption, sondern auch deren Charakter verändert; eine Veränderung, die er im Verlust der Aura des Kunstwerkes – also seines „Hier und Jetzt ... sein[es] einmalige[n] Da-sein[s] an dem Orte, an dem es sich befindet“ – festmachte. Denn die „Reproduktionstechnik ... löst das Reproduzierte aus dem Bereich der Tradition ab“ und setzt „an die Stelle seines einmaligen Vorkommens sein massenweises.“ Zugleich verändert sich „[i]nnnerhalb großer geschichtlicher Zusammenhänge ... mit der gesamten Daseinsweise der menschlichen Kollektive auch die Art und Weise ihrer Sinneswahrnehmung.“³⁵¹ Benjamin konnte insoweit an den französischen Kunsttheoretiker Paul Valéry anknüpfen, dessen prophetische Aussage, man müsse sich „darauf gefasst machen, daß so große Neuerungen die gesamte Technik der Künste verändern ... und schließlich ... dazu gelangen werden, den Begriff der Kunst selbst ... zu verändern“, er seinem Essay als Motto voranstellte.³⁵²

Seit Benjamins Essay hat zumindest das westliche menschliche Kollektiv den mit der Reproduktionstechnik verbundenen Schock überwunden. Auch der Verlust der Aura wird für eine sinngebende Welterschließung nicht mehr als zentrales Problem empfunden, selbst wenn dieser Verlust noch immer in der besonderem Wertschätzung nachwirkt, die Originalen

351 Benjamin (1937/1971 ff.), S. 471 ff.

352 Ebda. – Das Zitat entstammt Valéry, Pièces sur l’art, 1931 (dt. Über Kunst, 1959).

von Kunstwerken im Vergleich zu deren Kopien und insbesondere Fälschungen entgegengebracht wird. Denn die Aura der „Eigenhändigkeit“ der Herstellung eines künstlerischen Artefakts durch den Hersteller, die historische Spur, die von letzterem zu ersterem führt und den jeweiligen Besitzer des Artefakts im „Hier und Jetzt“ auf einmalige Weise mit der Vergangenheit verbindet, ist die Folie, vor deren Hintergrund das Problem der Kunstdälschung überhaupt erst verständlich wird.³⁵³ Ebenso ist die technologische Entwicklung inzwischen über das Stadium der materiellen Reproduktion hinausgegangen. Genau diese Entwicklung sollen die Abwandlungen der Überschrift dieses Beitrags gegenüber dem Vorbild markieren: Es geht längst nicht mehr, wie noch für Benjamin zentral, um Kunst und ihre Aura, sondern um Bilder allgemein, und zwar nicht mehr um das individuelle Bild in der Einzahl, sondern um Bilder in der Mehrzahl.³⁵⁴ In Rede steht auch nicht mehr nur eine einzelne Technologie (die der Reproduzierbarkeit), vielmehr geht es auf deren Basis ganz allgemein um Akte der Kommunikation in einem umfassend digitalen und vernetzten Kontext.

Das legt die Formulierung der These nahe, dass die technologische Wandlung von der körperlichen Reproduzier- hin zur unkörperlichen Kommunizierbarkeit auf das Verständnis und die Singularität der Bilder ebenso zurückwirkt wie seinerzeit die technische Reproduzierbarkeit auf Verständnis und Aura des Kunstwerks. So wie es zu Zeiten Benjamins schwerfiel zu akzeptieren, dass ein seiner Aura entkleidetes Kunstwerk noch als Kunstwerk angesehen werden könnte, so unterliegen heutige Betrachter einer vergleichbaren Täuschung, wenn sie glauben, es handle sich bei den aktuellen Bildern noch um dieselben Fotografien wie zu Zeiten Benjamins.

Auf die Verhandlung von Bildern in rechtlichen Bildregimes³⁵⁵ bezogen, die ihrerseits konstitutiver Teil des aktuellen Bildverständnisses ist, stellt sich die Frage nach der inhaltlichen Veränderung von im Recht verwandten Begriffen dann als Frage, inwieweit die bestehenden Bilderregeln im Lichte eines durch die gewandelte Technik induzierten veränderten Bildverständnisses noch angemessen erscheinen. Kurz, es sind die heutigen

353 Nida-Rümelin/Steinbrenner (2011); Dutton (1983); die Reproduktionen ins eigene Recht setzend Ullrich (2009).

354 Ullrich (2003), S. 66 ff.; Ganz/Thürlemann (2010); Thürlemann (2013).

355 Zum Begriff des Bildregimes Joly/Vismann/Weitin (2007); zu einer kulturwissenschaftlich grundierten Analyse der rechtlichen Normen Bochme-Neßler (2009).

gen Bilder nicht mehr die „Lichtbildwerke“ und „Lichtbilder“, von denen noch das Urheberrecht spricht. Die Aufgabe besteht nicht einfach darin, ein Nachhinken des Rechts hinter der technologischen Entwicklung zu konstatieren. Es geht vielmehr darum, den Differenzen nachzuspüren, die sich aus der Anwendung des alten Rechts auf die inzwischen längst gewandelten Praktiken des Umgangs mit den Bildern ergeben, sowie darum, aus den beobachteten Ungleichzeitigkeiten die entsprechenden Schlussfolgerungen zu ziehen.

Damit ist ein weites Feld eröffnet. Den genannten Verwerfungen zwischen den bestehenden normativen Regeln zum einen und den veränderten Praktiken des Bildgebrauchs und der Bildrezeption zum anderen³⁵⁶ sei hier zunächst beispielhaft anhand zweier urheberrechtlicher Konstellationen nachgegangen: dem wissenschaftlichen Bildzitat und dem Gebrauch von Bildern in sozialen Medien. Zuvor allerdings bedarf es zur Schärfung des Verständnisses eines kurzen Blicks auf den bisherigen Umgang des Rechts mit den fotografischen Bildern.

Vom Umgang des Rechts mit den fotografischen Bildern

Als Medium der Schrift par excellence tut sich das Recht mit den Bildern schwer. Bilder spielen in Rechtstexten der Neuzeit so gut wie keine Rolle. Selbst Versuche, angesichts des „pictorial“ (Mitchell) beziehungsweise des „iconic turn“ (Boehme) zu einer Rechtsvisualisierung anzusetzen, sind ohne nennenswerte Folgen geblieben.³⁵⁷ Das deutsche Strafrecht stellt Bilder einfach den Schriften gleich und unterscheidet dabei nicht einmal zwischen Bild und Bildträger. Nur vereinzelt – und wenn, dann meist in neueren Vorschriften – finden sich im Strafrecht explizite Bezugnahmen auf Bilder, so hinsichtlich sicherheitsgefährdender Abbildungen, der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen und der nicht nur unwesentlichen Veränderung des Erscheinungsbildes einer fremden Sache als eigens gelisteter Unterfall der Sachbeschädigung.³⁵⁸

356 Dazu grundlegend Herbort (2017), S. 127 ff.; zur hier nicht behandelten Wandlung von Star, Berühmtheit und Prominenz Keller (2008); Schneider (2004).

357 S. dazu bereits Kapitel 6.

358 § 11 Abs. 3 StGB sowie §§ 109 g StGB, 176 Abs. 4 Nr. 4, 201 a und 303 Abs. 2 StGB.

Lediglich das Urheberrecht benennt in Deutschland schon seit 1871 präziser auch „Abbildungen, welche nach ihrem Hauptzwecke nicht als Kunstwerke zu betrachten sind“,³⁵⁹ und listet heute „Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden“ neben „Werken der bildenden Kunst“ ebenso im Gesetz auf (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) wie seit 1965 nicht hinreichend schöpferische „einfache Lichtbilder“ (§ 72 UrhG). Fotografien werden dabei jedoch wie Texte, Musik- und Kunstwerke als in sich geschlossene Artefakte gesehen, ohne dass den Besonderheiten der Fotografie Rechnung getragen würde. Im Gegensatz zu jenen macht es das Wesen der Fotografie aus, dass sie als Abbildung den Blick auf ein Anderes – nämlich auf ein außer ihrer selbst liegendes, durch den Bildrand als Rahmen begrenztes Abgebildetes – eröffnet, und damit zugleich ein Abbild des Abgebildeten schafft.³⁶⁰

Diese Trias von abgebildetem Objekt, dessen immateriellem Abbild und der dieses verkörpernden materiellen Abbildung, ist zugleich der Grund, aus dem sich die Gerichte bei dem Versuch, die Originalität von Fotografien im Bild zu lokalisieren, immer wieder verheddern. Erst die Unterscheidung von Abgebildetem, Abbild und Abbildung vermag die persönlich geistige Schöpfung präzise entweder in der Gestaltung des Abgebildeten oder aber der Gestaltung des Abbildes zu lokalisieren. Das schließt freilich nicht aus, dass ein Fotograf – wie insbesondere bei der Studiofotografie – im konkreten Fall sowohl auf das Abgebildete als auch auf das Abbild eigenschöpferischen Einfluss nimmt.³⁶¹

Zugleich wird die besondere Monopolisierungsgefahr deutlich, die von einem Schutz des in einer Abbildung enthaltenen immateriellen Abbildes immer dann ausgeht, wenn der abgebildete Gegenstand nicht frei zugänglich ist und sein Bild nicht anders als durch Nutzung der betreffenden Abbildung und mithin nicht ohne Eingriff in die Rechte an der Abbildung kommuniziert werden kann. Einer solchen Kommunikation bedarf es aber auch schon deshalb, Bilder, „die symbolischen Bilder der Imagination, die von weither gekommen sind“³⁶² ehe sie in das technische Medium der Fotografie eingehen, im kollektiven Gedächtnis wandern und zirkulieren, weil sie den Abbildern als Vorbilder dienen und im Gedächtnis des Be-

359 § 43 UrhG von 1871 mit der gleichzeitigen Vorläuferin des Bildzitatrechts in § 44 UrhG von 1871.

360 S. Kapitel 2.

361 Eingehend mit umfassenden Bildbeispielen Maaßen (2013).

362 Belting (2001), S. 214.

trachters der in den Abbildungen sichtbaren Abbilder Nachbilder erzeugen, die personen-, orts- und zeitübergreifend sowie intermedial wiederum als Vorbilder wirken.³⁶³

Angesichts dieser Gefahr der Beschränkung der Kommunikationsfreiheit erscheint es rechtspolitisch richtig, wenn der BGH die Fotografierbefugnis nicht den aus dem Eigentum fließenden Befugnissen zurechnet. Problematisch ist es jedoch, wenn er die Fotografierbefugnis gleichwohl aus dem Eigentumsrecht am Grundstück ableitet, und noch problematischer wird es, wenn die Untergerichte in Erwägung ziehen, diese ausschließliche Befugnis auf bewegliche Sachen zu erstrecken, die sich auf fremdem, von öffentlichen Wegen nicht einsehbarem Grund befinden.³⁶⁴ Problematisch erscheint aus diesem Blickwinkel auch das europarechtlich ohnehin nicht harmonisierte und nur zögerlich anerkannte Leistungsschutzrecht für nichtschöpferische einfache Lichtbilder des § 72 UrhG.³⁶⁵ Zwar hat der BGH dieses Recht nicht auch auf solche Lichtbilder erstreckt, „die sich lediglich als bloße Vervielfältigung anderer Lichtbilder (oder ähnlich hergestellter Erzeugnisse) darstellen“ und insoweit zumindest ein „Mindestmaß an – zwar nicht schöpferischer, aber doch – persönlicher geistiger Leistung“ zur Voraussetzung gemacht und dem Foto eines Fotos wie auch dem einer Grafik den Schutz versagt.³⁶⁶ Aus der Sicht der Zirkulationsfähigkeit von Bildern gefährlich überdehnt wird der Schutz nach § 72 UrhG jedoch dann, wenn nicht eine geistige, sondern – in Anlehnung an die kaufmännisch-organisatorischen Leistungsschutzrechte – eine handwerkliche, technische oder gar Investitionsleistung als schutzbegündend erachtet wird.³⁶⁷

Die Ausschließlichkeitsrechte an fotografisch erzeugten Abbildern mögen bei Lichtbildwerken und künstlerischen Fotografien, die den von Benjamin und dem Urheberrecht ursprünglich adressierten Kunstwerken noch nahestehen, durchaus ihre Berechtigung haben. Den heute millionenfach

363 Ebda.; stellvertretend zur Bilderwanderung in Anknüpfung an Aby Warburg auch das kunsthistorische Verbundprojekt „Bilderfahrzeuge“, <http://iconology.hypothes.is.org/uber>.

364 S. dazu Kapitel 13.

365 Art. 6 S. 3 SchutzdauerRL. – Kritisch Schack (2012), S. 207: Leistungsschutz „alles andere als selbstverständlich“; Ohly (2014), S. 36 ff.: „entbehrt der Rechtfertigung“.

366 BGH v. 08.11.1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 673 – Bibelreproduktion und v. 07.12.2000, I ZR 146/98, GRUR 2001, 755 – Telefonkarte.

367 S. auch dazu Kapitel 13 „Das digitale Museum“.

erzeugten Bildern und ihrer gewandelten, vielfältig ausdifferenzierten kommunikativen Verwendung, die die Schrift über weite Strecken ergänzt und in Teilen sogar ersetzt, werden sie jedoch in mehreren Konstellationen nicht mehr gerecht.

Bildzitate im Lichte veränderter Kommunikationsbedingungen

Als erste dieser Konstellationen sei die Verwendung von Bildern in wissenschaftlichen Erörterungen genannt.³⁶⁸ Die Kommunikation von Bildern spielt in der Wissenschaft seit jeher eine große Rolle, umso mehr dort, wo der wissenschaftliche Text sich gerade mit den Bildern auseinandersetzt. Die Rede über Bilder bliebe hier in dem Maße unvollständig, in dem Bilder im Text nicht gezeigt werden dürfen beziehungsweise das Zeigen angesichts des mit einer Lizenzerteilung verbundenen und der dadurch entstehenden Kosten unterbleiben müsste. Zwar hat die Rechtsprechung das im Gesetzeswortlaut zunächst nicht eigens benannte sog. große Bildzitat anerkannt, noch ehe es der Gesetzgeber 2007 im Rahmen des wissenschaftlichen Großzitats für alle Werkarten in den Gesetzestext aufgenommen hatte.³⁶⁹

Dennoch bleiben Hindernisse bestehen, die nach dem gegenwärtigen Gesetzeswortlaut und dessen Handhabung in Rechtsprechung und Praxis einem sachadäquaten Zitieren insbesondere in Form von Abbildungen in wissenschaftlichen Veröffentlichungen entgegenstehen. Unschärfen bestehen bereits hinsichtlich der Frage, wann im Einzelfall der Inhalt des Textes durch ein Bild erläutert wird, und wann ein lizenzpflichtiger illustrativer Bildgebrauch vorliegt. Scheint die für die Erteilung der Reprodukti-

368 Den Ausführungen dieses Teils liegen Text und Begründung eines von Dreier, T./Schmücker, R./Ortland, E./Grave, J./Bahr, A. als Mitgliedern der interdisziplinären Forschungsgruppe „Ethik des Kopierens“ am Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZiF) in Bielefeld zu § 51 Satz 2 Nr. 1 UrhG erarbeiteten und an das BMJV gerichteten Gesetzesänderungsvorschlag vom 11.2.2016 zugrunde (zum Programm der Forschungsgruppe s. [www.uni-bielefeld.de/\(de\)/ZiF/FG/2015Copying/index.html](http://www.uni-bielefeld.de/(de)/ZiF/FG/2015Copying/index.html)).

369 BGH v. 30.06.1994, I ZR 32/92, GRUR 1994, 800, 802 – Museumskatalog; 2. Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 26.10.2007, BGBI I S. 2513. – Zum EU-Recht s. Art. 5 Abs. 3 Buchst. der Info-Soc-RL 2001/29 und dazu EuGH Rs. C-145/10, Rn. 122, ECLI:EU:C:2011:798 – Painer.

onsrechte zuständige Verwertungsgesellschaft auch eine strengere Linie zu verfolgen und ein Zitat nur anzuerkennen, wenn sich der Autor in seinem Text in einem Umfang mit dem fremden Bild auseinandersetzt, ist es nach Ansicht des BGH jedoch „nicht erforderlich, dass sich der Zitierende in erheblichem Umfang mit dem übernommenen Werk auseinandersetzt“, vielmehr reicht aus, dass „das fremde Werk als Erörterungsgrundlage für selbstständige Ausführungen des Zitierenden erscheint“.³⁷⁰

Das Hauptproblem besteht jedoch darin, dass sich das Zitat regelmäßig auf das in der Abbildung Abgebildete, nicht hingegen auf die Abbildung, also das Foto, bezieht. Dass mithin zwar das abgebildete Werk zitiert werden darf, die Fotografenrechte hingegen erworben werden müssen, ließ sich – sofern man das fotografische Abbild nicht in erweiternder Auslegung von § 57 UrhG als unwesentliches Beiwerk ansehen wollte – *de lege lata* nur vermeiden, wenn man die das Zitat rechtfertigende Vorschrift des § 51 UrhG mit einer im Vordringen befindlichen Meinung im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung „Germania 3“ und „Metall auf Metall“³⁷¹ unter Abwägung der beiden konfliktierenden Grundrechte von Eigentumsschutz (Art. 14 GG) und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III GG) erweiternd ausgelegt hätte. Eine solche erweiternde Auslegung wurde mit teils unterschiedlicher Begründung in der Literatur denn auch mehrfach befürwortet, und auch der BGH selbst hatte für das Leistungsschutzrecht der Sendeunternehmen nicht zwischen dem Inhalt der Sendung und der Sendung als solcher unterschieden, sondern das für den Inhalt gegebene Zitatrecht ohne weitere Begründung auch auf das Recht des Sendeunternehmens erstreckt.³⁷²

Eine weitere, die zitatweise Bildnutzung betreffende Einschränkung besteht dann, wenn das zitierte Abgebildete seinerseits weitere urheberrechtlich geschützte Gegenstände enthält (Bild-im-Bild), an der Abbildung also nicht nur zwei, sondern drei oder gar mehr übereinander geschichtete Rechte bestehen. Schließlich ist das in den Bildwissenschaften gängige

370 BGH v. 17.12.2015, I ZR 69/14, GRUR 2016, 368, Rn. 31 – Exklusivinterview und bereits v. 30.11.2011, I ZR 212/10, GRUR 2012, 819 Rn. 28 – Blühende Landschaften.

371 BVerfG v. 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 f. – Germania 3 und v. 31.5.2016, 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 Tz. 81 ff. – Metall auf Metall.

372 Schack (2012); Stang (2009), S. 199 f.; Prengel (2011), S. 188; Berberich/Nordemann (2010), S. 969. – BGH v. 17.12.2015, I ZR 69/14, GRUR 2016, 368, Rn. 31 – Exklusivinterview.

vergleichende Heranziehen eines anderen als des im Text ausführlich besprochenen Bildes vom Zitatrecht bislang nicht gedeckt, wie überhaupt „die geltende Regelung des Zitatrechts neueren Einsichten der geistes- und kulturwissenschaftlichen Forschungen nicht Rechnung“ trägt, „denen zu folge das Hervorbringen und Vermitteln von Sinn nicht allein durch Text erfolgen kann. In seiner jetzigen Formulierung hat das Zitatrecht diesen iconic turn noch nicht nachvollzogen“.³⁷³ Angesichts der Tatsache, dass der BGH die Frage bislang offen gelassen hat, ob dasjenige Werk, in das übernommen wird, nur Werkqualität im Sinn von § 2 Abs. 1 UrhG haben, oder ob es darüber hinaus auch im Sinn von § 2 Abs. 2 UrhG schutzfähig sein muss, und dass der bloßen Nebeneinanderstellung von Bildern möglicherweise die Werkqualität abgesprochen werden könnte,³⁷⁴ bleibt „das Potential visueller Argumentationen ... daher einstweilen ungenutzt“. Zugleich führt es dazu, „dass sorgfältige Wissenschaftler das Zitatrecht für ihre wissenschaftlichen Arbeiten im Zweifel in einem nur geringeren Umfang nutzen, als dies nach dem Gesetz an sich zulässig wäre.“ Dies umso mehr, „als Verlage sowohl die Rechteklärung als auch die Kosten für den Rechteerwerb und das finanzielle Risiko potenzieller Rechtsverletzungen zunehmend auf die einzelnen wissenschaftlichen Autoren abwälzen. Diese sind jedoch nur selten in der Lage, dieses Risiko zu tragen“.³⁷⁵

Ohne Gesetzesänderung hätte „ein Ausweichen der Wissenschaftler in ältere Abbildungen älterer Gegenstände, an denen ein möglicher Urheberrechtsschutz sowohl hinsichtlich des abgebildeten Inhalts als auch hinsichtlich der Abbildung selbst bereits erloschen ist“, gedroht. „Eine solche Beschränkung würde jedoch zu einer unsachgemäßen einseitigen Verzerzung der Darstellung und Auseinandersetzung mit Kulturgut führen.“ Der Gesetzgeber hat diesem Anliegen im Rahmen des Urheberrechts-Wissenschaftsgeellschafts-Gesetzes (UrhWissG) dann aber doch entsprochen und der urheberrechtlichen Vorschrift des Zitatrechts den folgenden Satz angefügt mit dem er fortan klarstellt, dass die Zitierbefugnis „die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des zitierten Werkes“ auch

373 Gesetzesänderungsvorschlag (s. Fn. 368).

374 BGH v. 29.04.2010, I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 Tz 25 – Vorschaubilder; EUrechtlich vorgegeben ist die Urheberschutzfähigkeit des übernehmenden Textes nicht, EuGH Rs. C-145/10, Rn. 136 f., ECLI:EU:C:2011:798 – Painer.

375 Gesetzesänderungsvorschlag (s. Fn. 368).

dann erfasst, „wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist.“³⁷⁶

Auch wenn die Formulierung ein wenig unglücklich gewählt ist – denn durch „ein Urheberrecht oder ein sonstiges Schutzrecht geschützt“ ist nicht die im Zuge des Zitats verwandte „Vervielfältigung“, sondern der Schutzgegenstand, dessen Schutz zugunsten des Rechtsinhabers auch das Vervielfältigungsrecht umfasst – ist dem Hauptanliegen, dass Fotografenrechte einem zulässigen Zitat nicht entgegenstehen sollen, jetzt doch immerhin Rechnung getragen. Die Vorschrift sollte auch gegenüber Ansinnen ins Feld geführt werden können, eine Lizenzgebühr auf der Grundlage allein des Eigentums des abgebildeten Gegenstandes verlangen zu können. Schließlich dürfte auch die Problematik des Bildes-im-Bild zumindest in denjenigen Fällen vom Zitatrecht gedeckt sein, in denen der Zitierende nicht allein auf die Abbildung insgesamt, sondern auch auf die dort sichtbaren Teile Bezug nimmt. Fraglich bleibt wohl allein, inwieweit die Gerichte bereit sind, auch reine Bildvergleiche – also eine gedankliche Auseinandersetzung allein mit bildlichen Mitteln – als ein urheberrechtlich zulässiges Zitat anzusehen.

Gesten des Zeigens

Das zweite Problem, das hier besprochen werden soll, und das durch die Auseinanderentwicklung von Recht und sozialem Mediengebrauch in Bezug auf Fotografien entstanden ist, geht auf die Zirkulationsfähigkeit von Bildern in sozialen Medien zurück. Gepostet und im Wege des Likens und Teilens weiterverbreitet werden Bilder, die Interessantes zeigen, die Stimmungen zum Ausdruck bringen oder die ihrerseits zu neuen Bildern inspirieren, bei denen der „Werkstolz durch einen Netzwerkstolz ersetzt“ ist.³⁷⁷ Kaum vorauszusehen ist dabei allerdings, welches Bild eine virale Verbreitung erfahren wird und welches von den Empfängern unbeachtet bleibt. Ob es sich dabei um selbst aufgenommene oder um fremde Bilder handelt, die von anderen Postenden übermittelt oder einfach nur beim Surfen im Netz gefunden wurden, ist aus der Sicht des Kommunizierenden jedenfalls zweitrangig, wenn es denn überhaupt eine Rolle spielt. Auf Platt-

376 § 51 Satz 3 UrhG i.d.F. des UrhWissG v. 1.9.2017, BGBl. I 3346, in Kraft getreten zum 1.3.2018.

377 Ullrich (2016), S. 61 ff., 85 ff. und zu Museum-Selfies S. 98 f.

formen wie Instagram oder Pinterest hat sich darüber hinaus eine Art des Zeigens³⁷⁸ von Bildern herausgebildet, mittels derer den Bildtafeln von Aby Warburgs *Mnemosyne Bilderatlas*³⁷⁹ vergleichbar im Wege des Nebeneinanderstellens von Bildern unterschiedlichster Herkunft, Art und Thematik Gedanken und Stimmungen zum Ausdruck gebracht und kommuniziert werden. Eine weitere Art in sozialen Medien kommunizierter Bilder betrifft schließlich identitätsbildende Selfies an markanten Stellen und bekannten Orten, etwa vor Gemälden in Museen, im Sinne eines visuellen „Kilroy was here“.

Längst geht es nicht mehr um einzelne, von Benjamin wie dem UrhG adressierte auratische Kunstwerke. Vielmehr machen die Bilder den stetigen Strom einer ununterbrochenen Kommunikation aus. Weit davon entfernt, für die Ewigkeit geschaffen zu sein, markieren sie jeweils für sich den einzelnen Moment. Bilder sind heute insoweit flüchtig, auch wenn sie auf dem Gerät des Empfängers oder in der Cloud noch längere Zeit gespeichert sind und sich nicht wie bei Snapchat nach kurzer Zeit ohnehin von selbst wieder auflösen.

Im analogen Umfeld sind derartige Gesten des Zeigens urheberrechtsfrei, die vom ausgestreckten Zeigefinger begleitete Aufforderung des „Schau dort“ ebenso wie der dieser Aufforderung folgende Blick des Aufgeforderten auf das dieserart bedeutete Objekt. Ähnlich wie beim Zitat verweist die Geste des Zeigens auch in diesen Fällen jedoch nicht auf das Abbild, sondern auf das Abgebildete. Wer jedoch fremde, urheberrechtlich geschützte Bilder in einem sozialen Netzwerk nicht nur einem abgegrenzten Kreis persönlich verbundener Freunde zeigt, der nimmt nach der Konstruktion des gegenwärtigen Gesetzes sowohl eine Vervielfältigung als auch – wenn nicht schon nach bisherigem Verständnis des § 15 Abs. 3 UrhG, so zumindest, da es sich dabei um ein spezifisches Verfahren handelt, das ein ziemlich großes neues Publikum erreicht, nach der neueren Rechtsprechung des EuGH³⁸⁰ – in aller Regel eine öffentliche Wiedergabe der betreffenden Fotografien vor. Insoweit hilft auch ein Rückgriff auf die freie Benutzung nach § 24 UrhG wenig, da beim bloßen Zeigen von Bil-

378 Zur Praxis des sehen Lassens durch das Zeigen Wiesing (2013).

379 Warnke (2003); Heil/Brehm/Ohrt (2016). – Zu Instagram Manovic (2016).

380 S. zuletzt EuGH, Rs. C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, Rn. 41 – Reha-Training; C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110, Rn. 27 – OSA, und zum deutschen Recht BGH v. 17.12.2015, I ZR 21/14, GRUR 2016, 697 – Königshof, sowie v. 17.09.2015, I ZR 228/14, GRUR 2016, 71 – Ramses.

dern anders als bei der Schaffung von User-generated Content kein das ursprüngliche Werk kreativ verändernder Werkgebrauch vorliegt. Urheberrechtlich relevant ist zugleich auch das Zeigen eigener Bilder, auf denen – wie etwa auf Selfies vor Gemälden in Museen – urheberrechtlich geschützte Werke erscheinen.

Die Frage ist nun: Sollte ein Verhalten, das und weil es der Geste des Zeigens näher steht als einer zumal kommerziellen Verwertung von Bildern, die der Verwertung durch den Rechtsinhaber Konkurrenz macht, aber nicht urheberrechtlich generell freigestellt sein? Schließlich röhrt die Erfassung der digitalen vernetzten Zirkulation von Bildern durch das Urheberrecht einzig aus dessen rein begrifflicher Erstreckung auch auf digitale Sachverhalte. Bei seiner Konzeption und Verabschiedung vor gut einem halben Jahrhundert waren Gesetzgebung und Rechtsprechung gerade erst mit den Anfängen der Privatisierung der Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten befasst, die seinerzeit lediglich Text und Musik betrafen.³⁸¹ Bei den Bildern hingegen ging es damals vor allem um deren primäre Erstellung. Eine Ausnahme bildet insoweit allein § 60 UrhG, der Fotolabors privilegiert, die von fremden Fotografen aufgenommene Bildnisse zugunsten des Auftraggebers und des Abgebildeten in beschränktem Umfang urheberrechtsfrei stellt.

Schließlich geht es anders als noch im Analogen, in dem es auf den Besitz (das „Haben“) eines Bildexemplars (eines „Vervielfältigungsstücks“) ankam, beim Zeigen der Bilder in sozialen Netzwerken allein um die Möglichkeit des Hinsehens, also um die Möglichkeit des Zugangs. Wenn aber der Zugang zum Inhalt nicht der Kontrolle des Urhebers unterworfen sein soll – vor allem, wenn am gezeigten Inhalt selbst gar kein Urheberrecht besteht –, dann kann auch die Geste des Zeigens nicht deshalb der urheberrechtlichen Kontrolle unterworfen werden, weil sie akzidentiell eine Vervielfältigung und eine öffentliche Wiedergabe des den Inhalt transportierenden Bildes erforderlich macht. Das gilt jedenfalls soweit, als das Zeigen als solches zu nicht-kommerziellen Zwecken erfolgt. Bei der nicht-kommerziellen Geste des Zeigens steht das Zeigen des Inhalts im Vordergrund und nicht die wirtschaftliche Verwertung des Abbilds.

Eine Lösung des Problems könnte darin bestehen, die zum Posten, Re-Tweeten und „Memifizieren“ kommunizierten Bilder in Analogie zum Machen und Erzählen von Witzen zu denken. Und so wie es für den Kern

381 Dreier/Hilty (2015).

von Witzen kein Urheberrecht gibt, braucht man auch auf Bilder, die eine ähnliche Funktion erfüllen, kein Urheberrecht anzuwenden.³⁸² Eine andere Lösung könnte sein, dass – ähnlich wie beim Bildzitat das dazu verwendete Foto – beim Zeigen der dazu verwendete digitale Datensatz dem unwesentlichen Beiwerk nahe steht, dessen Weiterverwendung bereits *de lege lata* nach § 57 UrhG urheberrechtsfrei gestellt ist. Museums-Selfies wird man – wenn schon nicht ebenfalls im Wege einer erweiternden Auslegung über § 57 UrhG³⁸³ – nur dann als freie Benutzung nach § 24 UrhG rechtfertigen können, wenn man darauf abstelle, dass durch die Kombination von Aufnehmendem und mitfotografiertem Museumsbild ein Werk gänzlich anderer Aussage entsteht. Dagegen spricht allerdings, dass das ins Selfie einbezogene Museumsbild als solches unverändert belassen und gerade nicht transformiert wird.

Will man diesen Weg *de lege lata* nicht gehen, sollten die mit der Geste des Zeigens von Bildern technisch einhergehenden Handlungen in Bezug auf Abgebildetes wie auch die Abbilder urheberrechtlich *de lege ferenda* durch eine gesonderte Schranke nach dem Vorbild des § 44 a UrhG – der bestimmte Vervielfältigungshandlungen, die mit einer urheberrechtsfreien Übermittlungshandlung einhergehen, vom Verbotsrecht ausnimmt – zumindest insoweit freigestellt werden, als damit nicht kommerzielle Zwecke verfolgt werden.

Das schließt freilich nicht aus Gewinne abzuschöpfen, die diejenigen erzielen, die die technische Infrastruktur zur Ermöglichung der Gesten des Zeigens bereit stellen, wie dies die EU-Kommission unter den Schlagworten des „value gap“ und des „follow the money“ – wenn auch zunächst nur in bescheidenem Umfang – im Rahmen einer Richtlinie für das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vorgeschlagen hat.

382 So Ullrich (2015).

383 Dagegen allerdings vermutlich BGH v. 17.11.2014, I ZR 177/13, GRUR 2015, 667 – Möbelkatalog.