

KULTURELLES ERBE

Dr. Paul Klimpel und Fabian Rack*

Reproduktionen und urheberrechtlicher Schutz

Vervielfältigung, Lichtbildschutz und Gemeinfreiheit – was gilt bisher, was wird gelten?

I. Einleitung

Unter welchen Umständen und in welcher Weise führt die bloße Reproduktion bestehender Vorlagen zu einem eigenen rechtlichen Schutz? Die BGH-Entscheidung „Museumsfotos“ zum Lichtbildschutz von Fotografien gemeinfreier Werke wie auch die als Reaktion darauf erfolgte Regelung in Art. 14 der DSM-Richtlinie, nach der bei der Reproduktion gemeinfreier Werke keine neuen urheberrechtlichen Schutzrechte entstehen sollen, haben den Fokus auf diese insgesamt sehr unübersichtliche und in ihrer Kasuistik widersprüchlichen Rechtsfrage gelegt. Ein eigener Schutz von bloßen Reproduktionen ergibt sich unter bestimmten Umständen aus Leistungsschutzrechten, insbesondere aus dem Lichtbildschutz des § 72 UrhG.

Die Umsetzung von Art. 14 DSM-Richtlinie wird dies auch für den Fall ändern, dass die fotografierte Vorlage ein visuelles Werk ist, welches gemeinfrei ist. Um zu erörtern zu können, wo zukünftig ein Schutz von Reproduktionen eingreifen könnte, sind aber auch andere Abgrenzungsfragen zu erörtern. So soll etwa beim Fotokopieren oder beim „Scan“ kein Leistungsschutzrecht entstehen, bei einem „Foto“ hingegen schon. Wo aber laufen die Grenzen der benutzten Technik und welche Rechtsfolgen sind daraus zu ziehen?

* Der Verfasser Dr. Paul Klimpel ist als Rechtsanwalt Partner bei iRights.Law. Sein Schwerpunkt ist die Beratung von Archiven, Museen, Bibliotheken und Forschungseinrichtungen in Fragen der Digitalisierung von Kulturgut. Von 2002 bis 2011 war er Verwaltungsleiter bzw. -direktor der Stiftung Deutsche Kinemathek und leitet die von ihm 2011 initiierte jährliche internationale Konferenzreihe Zugang gestalten! Außerdem ist er seit 2017 Chapter Lead von Creative Commons Deutschland.

Der Verfasser Fabian Rack ist als Rechtsanwalt assoziierter Partner bei iRights.Law und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei FIZ Karlsruhe (Leibniz Institut für Informationsinfrastruktur) im Bereich Immaterialgüterrechte unter Leitung von Prof. Dr. Franziska Boehm. Er ist Mitglied und Autor bei telemedicus.info. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Urheber- und Datenschutzrecht.

Im Ergebnis kann zukünftig ein rechtlicher Schutz von bloßen Reproduktionen nichtwertungswidrig begründen werden.

II. Die Reproduktion im Urheberrecht

Das deutsche Urheberrechtsgesetz kennt den Begriff der Reproduktion nicht, sondern nur den Begriff der Vervielfältigung. Reproduktion wird allgemein definiert als

- das Abbilden und Vervielfältigen von Büchern, Karten, Bildern, Notenschriften o.ä., besonders durch Druck;
- in der Bildenden Kunst: Nachbildung eines Originals, die ein anderer, eine andere angefertigt hat.

Dieses Verständnis liegt auch diesem Artikel zugrunde, wobei eine Reproduktion davon gekennzeichnet ist, dass die Vervielfältigung möglichst originalgetreu ist. Weiter wird der Begriff der Reproduktion nur für solche Vervielfältigungen gebraucht, bei denen sich die räumliche Ausgestaltung nicht ändert. Das heißt, Fotos gelten hier nur dann als Reproduktionsfotos, wenn sie sich auf zweidimensionale Vorlagen beziehen, nicht hingegen Fotos von Skulpturen. Hingegen wäre eine originalgetreue Nachbildung einer Skulptur nach diesem Verständnis wieder eine Reproduktion.

Jede Nachbildung eines Originals wird zwangsläufig zu geringfügigen Abweichungen führen. Die häufig – gerade von Reproduktionsfotografen – geäußerte Feststellung, dass jede Reproduktion auch eine Interpretation sei, berücksichtigt jedoch nicht das besondere Spezifikum der Reproduktion. Bei ihr geht es gerade darum, der vollständigen Kopie des Originals möglichst nahe zu kommen und interpretative Eingriffe dabei zu vermeiden.

In diesem Sinne sind Reproduktionen gerade keine eigenen Schöpfungen. Sie sind urheberrechtlich vielmehr als Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG einzustufen. Nach dieser Norm hat der Urheber des Originals das Recht, „Vervielfältigungsstücke herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl“ (§ 16 I UrhG). Vervielfältigt etwa eine Institution eine geschützte Plastik, muss sie sich darüber Gedanken machen, ob sie hierfür entweder die notwendige Lizenz hat, oder ob eine gesetzliche Erlaubnis (Schranke) die Vervielfältigung erlaubt. Diese Anforderung gilt natürlich nur, wenn das Material urheberrechtlich geschützt ist – sei es als Werk oder etwa als Lichtbild im Rahmen der Leistungsschutzrechte. Ist das Material gemeinfrei, dann ist seine Vervielfältigung urheberrechtlich irrelevant.

Nun konzentriert sich dieser Beitrag nicht auf die Frage, wann für das Anfertigen einer Reproduktion Rechte eingeholt werden müssen. Vielmehr soll es darum gehen, wann beim Anfertigen der Reproduktion ein neuer urheberrechtlicher Schutz entsteht. Dies ist eine ganz wesentliche Weichenstellung für die Nachnutzbarkeit des durch eine Reproduktion erzeugten Materials: Sofern neue Rechte entstehen, müssen diese beim Austausch und bei der Verbreitung des Materials beachtet werden und stellen damit weitere Hürden für die freie Rezeption des kulturellen Erbes auf.

III. Neuer Schutz durch Vervielfältigung?

Reproduktionen werden nicht als Werke geschützt. In der Regel ergibt es auch keinen leistungsschutzrechtlichen Schutz für Reproduktionen. Eine Ausnahme davon sind Lichtbilder und Laufbilder, deren Schutz unter bestimmten Umständen auch Reproduktionen erfasst. Auch von diesem Schutz gibt es jedoch wieder Ausnahmen.

1. Regel: Kein Werkschutz bei Reproduktion

Das Urheberrecht setzt mit seinem Schutz bei einem Werk an, also einer persönlichen geistigen Schöpfung (§ 2 UrhG). Schon konzeptionell kann eine Reproduktion, die ja gerade eine originalgetreue Vervielfältigung anstrebt, kein Werk sein. Denn dazu fehlt es an einer eigenständigen kreativen Schöpfung. Dies ist beispielsweise bei der originalgetreuen Nachbildung einer dreidimensionalen Plastik der Fall: Ganz gleich, welches Handwerk dabei angewandt und wie viel Aufwand dabei betrieben wird, lässt das reine Anfertigen einer plastischen Reproduktion keinen *neuen* urheberrechtlichen Schutz entstehen. Es wird dabei ja gerade nicht über das Herstellen eines neuen Vervielfältigungsstückes hinausgegangen. Rein handwerkliche Fähigkeiten, und seien sie noch so kunstfertig, begründen keinen Werkschutz. Auch ist ohne Belang, welcher Aufwand oder welche Kosten notwendig sind, um ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen. Investitionen können allenfalls Leistungsschutzrechte begründen, wo der Gesetzgeber solche als Investitionsschutz geregelt hat. Für den Charakter als Werk kommt es hingegen allein darauf an, ob es sich um eine eigene, persönliche geistige Schöpfung handelt.

Nur wenn ein eigenschöpferischer Beitrag geleistet wird, entsteht ein neuer Schutz. Wird beispielsweise die reproduzierte Plastik Teil von etwas Neuem, Individuellen, oder wird sie kreativ abgewandelt, kann dabei ein selbständiges Werk entstehen – sei es in unfreier Bearbeitung oder in freier Benutzung¹ der Vorlage. In solchen Fällen handelt es sich aber eben nicht um Reproduktionen, die ja gerade auf Originaltreue bei der Vervielfältigung abzielen.

Das Gleiche gilt auch, wenn Gemälde mittels Pinsel und Farbe originalgetreu kopiert werden. Auch dies bewirkt als eine rein handwerkliche und eben nicht schöpferische Leistung keinen eigenen urheberrechtlichen Schutz.

1 Das Recht der Bearbeitung (§ 23 UrhG) und der freien Benutzung (§ 24 UrhG) wird derzeit reformiert. So sieht ein Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums zur Umsetzung der DSM-Richtlinie vom 24. Juni 2020 vor, die freie Benutzung zu streichen und die Schutzbereichsbegrenzung des Urheberrechts komplett in § 23 UrhG zu überführen, sowie eine neue Schranke für Karikatur, Parodie und Pastiche einzuführen. Im Ergebnis ändert sich aber nichts daran, dass Werke erlaubnisfrei geschaffen und verwertet werden dürfen, die sich ein vorbestehendes Werk zum Vorbild nehmen und davon hinreichenden Abstand wahren.

2. Urheberrechtlicher Schutz durch Leistungsschutzrechte

Keine geistige persönliche Schöpfung ist dort erforderlich, wo durch Leistungsschutzrechte ein besonderer Schutz statuiert wird. Doch auch Leistungsschutzrechte schützen die Reproduktion in der Regel nicht.

Die erwähnte originalgetreue Kopie eines Gemäldes durch Farbe und Pinsel kann ebensowenig leistungsschutzrechtlichen Schutz beanspruchen wie die aufwändige Nachbildung einer Skulptur. Auf den Aufwand, der dafür betrieben wird, kommt es dabei im Übrigen auch hier nicht an.

Auch was die automatisierte Vervielfältigung angeht, ist diese in der Regel gerade nicht durch Leistungsschutzrechte geschützt. In § 85 I 3 UrhG wird ein eigenständiger Schutz der Reproduktion bei Tonträgern sogar explizit ausgeschlossen; dort ist nur die „Erstaufnahme“ geschützt, die beispielsweise beim Mitschnitt eines Live-Konzerts entsteht. Aber auch andere Vervielfältigungstechniken wie beispielsweise die Fotokopie bewirken keinen eigenständigen Schutz durch ein Leistungsschutzrecht.

3. Ausnahmen: Lichtbild- und Laufbildschutz

Von dem Grundsatz, dass auch Leistungsschutzrechte Reproduktionen nicht schützen, gibt es wiederum Ausnahmen. Sie haben allesamt mit Fotografie zu tun: Der Schutz der Lichtbilder und ähnlicher Erzeugnisse (§ 72 UrhG) sowie der Schutz der Laufbilder, § 95 UrhG.²

Bevor wir auf die Einzelheiten des Lichtbildschutzes eingehen, lohnt sich ein Blick in die Geschichte des Schutzes von Fotografien.

IV. Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes von Fotografien

Wie kam es nun zum urheberrechtlichen Schutz bestimmter Reproduktionen, insbesondere durch die Leistungsschutzrechte für Lichtbilder? Um die Bedeutung dieses Leistungsschutzrechts zu verstehen, ist hilfreich, die Entwicklung des rechtlichen Schutzes für Fotografien nachzuvollziehen. Denn lange Zeit wurden Fotografien gar nicht wegen ihres kreativ-schöpferischen Gehalts, sondern wegen des damit verbundenen Aufwands geschützt. Dieser Schutz von Investition und Aufwand ist ursächlich für den Lichtbildschutz gewesen, auch wenn heute Fotografie zur Alltagstechnik geworden ist und meist nicht mit Aufwand oder Kosten verbunden ist.

Als erstes deutschlandweit einheitliches Gesetz trat 1876 das „Gesetz zum Schutz von Photographien gegen unbefugte Nachbildung“ in Kraft, welches jegliche Fotogra-

² Auf die umstrittene Frage, ob bei einem automatisierten 3D-Scan für die der späteren Kopie zugrundeliegende Datensammlung ein Datenbankherstellerrecht nach §§ 87a ff. UrhG geltend gemacht werden kann, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Denn die auf der Grundlage dieser Daten erzeugte Reproduktion ist in jedem Fall nicht durch Leistungsschutzrechte geschützt.

fie fünf Jahre ab Erscheinen schützte. Fotografie galt damals als ein „bloß abbildendes industrielles Erzeugnis ohne gestalterische Elemente“.³ Eine Abgrenzung zwischen künstlerischen Fotos und solchen ohne Werkcharakter erübrigte sich damit.

Keine Differenzierung enthielt auch das „Gesetz zum Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie“ (KUG) von 1907. Die Schutzdauer betrug bei Fotografien lediglich zehn Jahre. Weil Fotografen nur einen geringen gestalterischen Spielraum hätten, der sich „auf die Abbildung von Vorgaben der Natur beschränke“,⁴ wurde eine kurze Schutzfrist für angemessen gehalten. Allerdings wurde die Schutzfrist ab 1940 auf 25 Jahre ab Erscheinen ausgedehnt. Diese Verlängerung erfolgte auf Betreiben des nationalsozialistischen Politikers und „Fotografen des Führers“ Heinrich Hoffmann zurück. Diese längere Schutzfrist wurde auch in der großen Urheberrechtsreform von 1965 beibehalten. Die rechtspolitischen Überlegungen sowohl vor als auch nach Ende des zweiten Weltkriegs, den Schutz von Fotografen auf ein reines Leistungsschutzrecht zu beschränken, konnten sich nicht durchsetzen. Stattdessen wurde mit der Urheberrechtsreform von 1965 die bis heute gültige Differenzierung zwischen Lichtbild und Lichtbildwerk eingeführt.

Der Schutz von Lichtbildern soll die technische (nicht die schöpferische!) Leistung honorieren, die beim Anfertigen eines Lichtbilds erbracht wird. Außerdem betonte der Gesetzgeber bei der Einführung des Urheberrechtsgesetzes von 1965 die Überlegung, es dürfe nicht zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen schöpferischem und nicht schöpferischem Lichtbild kommen. Im damaligen Gesetzentwurf hieß es: „Würde man den Schutz für Lichtbildwerke und Lichtbilder unterschiedlich gestalten, so würden sich für die dann erforderliche Abgrenzung zwischen Lichtbildwerken und Lichtbildern, wie von allen Sachverständigen bestätigt wird, unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben.“⁵

Diese Gesetzgebung zeigte eine gewisse Unsicherheit ob des eigentlichen Schutzgutes. Zwar wollte man der Fotografie irgendwie zubilligen, auch persönlich schöpferisches Ausdrucksmittel zu sein, gleichzeitig behielt man aber das alte Schutzgut des Investitionsschutzes bei. Bis ins Jahr 1985 waren sowohl Lichtbilder als auch Lichtbildwerke für jeweils 25 Jahre ab Erscheinen geschützt. Die Schutzdauern liefen also gleich. Die Differenzierung zwischen Lichtbildern und Lichtbildwerken war daher lediglich von akademischer Bedeutung und spielte in der Praxis kaum eine Rolle.

Rechtspolitisch von der Absicht einer Aufwertung künstlerischer Fotografie getragen, überführte der bundesdeutsche Gesetzgeber schließlich im Jahr 1985 das Lichtbildwerk in die für Werke geltende Regelschutzfrist von siebzig Jahren post mortem auctoris; erst mit dieser Reform wurde die Fotografie als Kunstform voll anerkannt und anderen Werkgattungen gleichgestellt. Die Schutzfrist von Lichtbildern verlängerte man von 25 auf fünfzig Jahre ab ihrem Erscheinen oder ihrer Herstellung.⁶

3 Schricker/Loewenheim-Vogel, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 2 m.w.N.

4 Schricker/Loewenheim-Vogel, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 3 m.w.N.

5 Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf zu § 72 (dort § 82), BT-Drs. IV/270, S. 88 f.

6 Schricker/Loewenheim-Vogel, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 6.

Damit aber gewannen die Abgrenzungsschwierigkeiten, die mit dem Lichtbildschutz vermieden werden sollten, wieder an Bedeutung. Allerdings waren sie verschoben, denn sie betrafen nicht mehr die Frage, ob ein Foto überhaupt geschützt war, als vielmehr, wie lange es geschützt war. Denn seit der Novelle von 1985 kommt es – nach Ablauf der kürzeren leistungsschutzrechtlichen Schutzdauer – sehr wohl auf die Einstufung an, ob es sich um eine schöpferische Fotografie handelt oder nicht. Diese Differenzierung ist schwierig und umstritten. Ein Foto nur dann als Werk anzuerkennen, wenn die Gestaltungsmittel wie Bildausschnitt, Blende, Belichtung, Auflösung oder Farbraum bewusst gewählt werden, stößt dort an seine Grenzen, wo Fotografen sehr bewusst die spontane Aufnahme wegen der damit verbundenen Authentizität der Bilder wählen. Nun ist die Frage danach, ab wann jeweils die Schöpfungshöhe erreicht ist und damit ein Werkschutz eingreift, bei allen Medien und künstlerischen Ausdrucksformen schwierig und umstritten. Insofern ist die Fotografie hier keine Ausnahme. Diese Abgrenzung kann im Rahmen dieses Artikels aber auch dahingestellt bleiben, da die auf Originaltreue zielende Reproduktionsfotografie – wie bereits ausgeführt – keinesfalls ein neues Werk begründet.

Im Folgenden geht es daher nur um den leistungsschutzrechtlichen Lichtbildschutz.

Wichtig ist denn auch, zu erwähnen, dass dieser leistungsschutzrechtliche Lichtbildschutz nicht international harmonisiert ist: Weder die völkerrechtlichen Verträge (RBÜ, TRIPS-Abkommen) noch das europäische Urheberrecht verpflichten die (EU-)Staaten dazu, einen Lichtbildschutz einzuführen. In der Schutzdauer-Richtlinie der EU (RL 2006/116/EG) heißt es dazu lediglich in ErwGr16 aE und Art. 6 aE, dass der Schutz „anderer“ (also nicht schöpferischer) Fotografien durch nationale Rechtsvorschriften geregelt werden *kann*.

So gibt es den Lichtbildschutz in einigen Staaten der EU, wie Deutschland und Frankreich, in anderen aber nicht. Auch außerhalb der EU gibt es nur in wenigen Staaten eine dem Leistungsschutzrecht vergleichbare Regelung. Zuletzt führte die Schweiz im Jahr 2019 einen Lichtbildschutz ein.

V. Entwicklungen nach Einführung des Lichtbildschutzes

Die Fotografie hat in den letzten Jahrzehnten noch einmal grundlegende Wandel vollzogen. Dieser Wandel ist von einer ganzen Reihe von Aspekten geprägt.

Schon vor dem Aufkommen der Digitaltechnik sanken die Kosten für Fotografie erheblich. Fotografie wurde von immer breiteren Bevölkerungsschichten genutzt. Einen weiteren großen Schritt machte diese Entwicklung mit dem Aufkommen der Digitalfotografie sowie leistungsfähiger Smartphones. Fotografieren ist dadurch heute immer und überall möglich, ohne dass dies mit nennenswerten Kosten verbunden ist. Damit hat auch die ursprüngliche Begründung für die Einführung des Lichtbildschutzes an Bedeutung verloren, die technische Leistung und den Aufwand auch dann zu honoriieren, wenn das Foto kein eigenständiges Werk ist.

Mit der Digitalfotografie kam es auch zu einer automatischen Optimierung des Fotos durch Endgeräte (Smartphones, Tablets etc.) mit schnellen Prozessoren, aufwendiger Software und sofortige, teilweise cloudbasierte Bearbeitung und Optimierung (wie bspw. der automatischen Erkennung von HDR-Fotografien, dem einfachen Hinzufügen von Filtern oder dem automatisch digital errechneten Bokeh mit ansprechend wirkender Hintergrundunschärfe).

Weiter läuteten Social-Media-Plattformen wie Snapchat oder Instagram (dort vor allem die Story-Funktion) die Kultur des „flüchtigen“ Fotos ein, das sich nach einer fest definierten Zeit (bspw. ein Tag) selbst löscht und dessen Ausgangsfotografie hinterher meist in der Bedeutungslosigkeit verschwindet. Diese Flüchtigkeit steht in einem schwer auflösbaren Spannungsverhältnis zur langen Schutzdauer von fünfzig Jahren für jedes Knipsfoto.

Auch für künstlerisch, schöpferische Fotografien im Alltagsbereich gibt es neue Möglichkeiten. Gerade die jüngeren Bearbeitungsmöglichkeiten lassen Raum für kreative Entscheidungen. Es ist mithin nicht so, dass die technische Entwicklung lediglich zu einem größeren Anwendungsbereich des Lichtbildschutzes führt, sie haben auch Auswirkungen auf das Entstehen von Lichtbildwerken sowie der Abgrenzung zwischen beiden.

Letztlich sind mit Scannern, Scanrobotern, aber auch Fotorobotern neue Aufnahmetechniken hinzugekommen, die ebenfalls neue Abgrenzungsfragen aufwerfen.

VI. Voraussetzungen für Schutz nach § 72 UrhG und Abgrenzung

Reproduktionsfotografien sind nicht ausnahmslos über § 72 UrhG geschützt, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen.

1. Voraussetzungen und Abgrenzung technisch

In der Regel wird unterschieden zwischen der Fotografie, bei der eine Person auf den Auslöser drückt und dabei einen Gestaltungsspielraum hat und einer Reproduktion durch eine technische Anlage, bei dem dieser Vorgang maschinell vor sich geht, ohne dass eine Person direkten Einfluss ausübt. Notwendig für den Lichtbildschutz ist der jeweilige Lichtbildner als natürlicher Person. Es genügt aber auch, die Technik zu „konditionieren“ und damit die Herstellung des Lichtbilds zu bewirken.⁷ Es kommt rein technisch jedes Verfahren in Betracht, bei dem ein Bild unter Benutzung strahlender Energie erzeugt und die Wirklichkeit naturgetreu wiedergegeben wird.⁸

Vorausgesetzt ist darüber hinaus ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung (nicht Schöpfung!), die beispielsweise in der Wahl der Aufnahmeposition, Wahl der Belichtung, Wahl der geeigneten Kamera liegen kann.⁹ Nicht ausreichend ist eine rein

7 Schricker/Loewenheim-Vogel, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 28.

8 Schricker/Loewenheim-Vogel, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 23.

9 Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 72 Rn. 10.

mechanische Reproduktion bzw. rein technischer Reproduktionsvorgang, die als reine Vervielfältigung gilt. Ein hoher Aufwand ist kein Kriterium für die Schutzhaltigkeit.¹⁰

Als rein technischen Vorgang wird das Benutzen eines Scanners oder Fotokopiergerätes erachtet. Ein Scan ist also, anders als ein Foto, nicht geschützt. Der entscheidende Unterschied soll sein, ob bei einer Kamera auf den Auslöser gedrückt wird und damit der Fotograf idealtypisch Einfluss auf den Vorgang hat, oder ob durch Knopfdruck der automatische Vorgang einer Apparatur – Scanner, Fotokopierer – in Gang gesetzt wird.¹¹ Diese Unterscheidung wird durch die Entwicklung der Technik ad absurdum geführt.

Ein aufwändiger Scan in einem teuren Flachbrettscanner ist danach nicht geschützt, geschützt ist hingegen das schlechte Handyfoto eines Dokumentes. Berücksichtigt man weiter, dass es für Mobiltelefone inzwischen Scan-Applikationen gibt, welche ein Foto durch automatische Bildbearbeitung zu einem optimierten Abbild eines Dokumentes weiterentwickeln, dann stellt sich die Frage, ob das Ergebnis dann nur deshalb geschützt sein soll, weil dem ein (mäßiges) Foto zugrunde lag.

Nicht geschützt wird auch der Scan bzw. die Aufnahme von Gemälden und Kunstwerken durch Roboter, wie sie im Rahmen des „Google Arts Project“ erfolgt sind. Allerdings ließ sich Google durch die beteiligten Kulturinstitutionen gewisse Vorrechte bei der Nutzung der von ihnen erzeugten Scans einräumen – Regelungen, deren Gültigkeit angesichts der Neuregelung in Art. 14 DSM-Richtlinie fragwürdig ist.

2. Voraussetzung und Abgrenzung nach dem Motiv: Kein Foto vom Foto

Für die Reproduktionsfotografie führt das Erfordernis der persönlichen geistigen Leistung zu einer wichtigen Einschränkung: Das Lichtbild muss originär und eigenständig und damit als „Urbild“ geschaffen werden.¹² Das bedeutet, dass die in der Fotografie abgebildete Wirklichkeit, die unter den Lichtbildschutz fallen soll, erstmals fotografisch fixiert werden muss. Daher ist jedenfalls nicht die Fotografie einer Fotografie als Lichtbild geschützt.

Der Bundesgerichtshof argumentiert in seiner Entscheidung *Bibelreproduktion* aus dem Jahr 1989:

„Ein ... Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung hat das BerG zu Recht in den Fällen verneint, in denen ein Lichtbildschutz für Lichtbilder oder ähnliche Erzeugnisse beansprucht wird, die sich lediglich als bloße Vervielfältigung anderer Lichtbilder (oder ähnlich hergestellter Erzeugnisse) – hier: der Photographien des H. und C.-

10 Schulze relativiert dies, wonach Aufwand ein Indiz sein könne: „Damit ist keineswegs gesagt, dass das Mindestmaß an Leistung unbedingt geistig sein muss. Es könnte auch in einem entsprechenden Aufwand zu sehen sein, ähnlich wie der Schutz des Datenbankherstellers eine wesentliche Investition erfordert (...)\“, Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 72 Rn. 10.

11 BeckOK UrhR-Lauber-Rönsberg, 27. Edition Stand: 15.10.2019, UrhG § 72 Rn. 14.

12 BeckOK UrhR-Lauber-Rönsberg, 27. Edition Stand: 15.10.2019, UrhG § 72 Rn. 14.

Verlags der Original-Kupferstiche der Merian- Bibel von 1630 – darstellen, bei denen also ein Original-Lichtbild so getreu wie möglich egal ob im selben Format oder im Wege der Mikro- oder Makrokopie – lediglich reproduziert (kopiert) wird. Der Lichtbildschutz erfordert, daß das Lichtbild als solches originär, d.h. als Urbild, geschaffen worden ist.”¹³

Das Abfotografieren einer Vorlage unter den Lichtbildschutz fallen zu lassen, würde zur Folge haben, dass die gesetzlich festgelegte Schutzdauer beliebig verlängert werden könnte – und zwar schlicht durch weitere Reproduktionsvorgänge. Der BGH damals:

„Nach den vom BerG rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen sind die von der Kl. hergestellten Photographien der einzelnen Bildseiten als bloße Lichtbildervervielfältigungen in dem dargestellten Sinne zu werten. Die Kl. ließ die Bilder anhand der ihr vom H. und C.-Verlag überlassenen Negativ-Filme (mit den Merian-Kupferstichen aus der im Jahre 1630 herausgegebenen Zetzner-Bibel) anfertigen, indem sie zunächst die Dia-Positive herstellen, diese in einer Repro-Anstalt abfilmen und verkleinern ließ. Auf den Text, den die Kl. aus den ihr von der Deutschen Bibelgesellschaft überlassenen Filmen der Altarbibel (in der revidierten Luther- Übersetzung) im Wege fotomechanischer Vervielfältigung übernommen hat, kommt es hier nicht an, da die Bekl. nicht diesen, sondern einen anderen Text verwendet haben.“¹⁴

Unzweifelhaft anerkannt ist seit dieser Entscheidung, dass das Foto eines Fotos nicht durch § 72 UrhG geschützt ist. Doch das gleiche gilt auch für andere Vorlagen, die originalgetreu reproduziert werden. Die Entscheidung selbst bezog sich ja bereits auf die Reproduktion eines Druckwerkes (Bibel). In der Folge entschieden Gerichte, dass auch das Foto eines Software-Produktcovers nicht schutzfähig sei.¹⁵ Auch ein „Bildschirmfoto“ (Screenshot) soll nicht ausreichen.

In der Entscheidung *Museumsfotos* aus dem Jahr 2018 dagegen sprach der BGH den Reproduktionsfotos gemeinfreier Gemälde einen Lichtbildschutz zu und nahm dabei auch auf die Urbildtheorie Bezug. Er sah den Lichtbildschutz an einer Fotografie der Kunstwerke verletzt, die der Mitarbeiter des Museums „als Urbilder geschaffen“ hatte – worin in den Augen des BGH auch das erforderliche Mindestmaß an persönlicher Leistung lag.¹⁶

Dabei behauptet der BGH zwar, dass seine Entscheidung in Übereinstimmung mit der Urbildtheorie sei, begründet dies aber nicht weiter. Tatsächlich hatte die Rechtsprechung zuvor an vielen Beispielen – bei Druckwerken, bei Grafiken,¹⁷ bei Covern¹⁸ wie auch bei Fotos – anerkannt, dass deren Reproduktion kein neues Urbild schaffe.

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

14 BGH, Urt. v. 08.11.1989 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 674 – *Bibelreproduktion*.

15 LG München I, Urt. v. 27.07.2015 – 7 O 20941/14 = ZUM-RD 2016, 610, 611, wo der streitgegenständlichen zweidimensionalen Reproduktion der „erhebliche Aufwand“ abgesprochen wurde.

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

17 BGH, Urt. v. 07.12.2000 – I ZR 146/98 = ZUM-RD 2001, 322, 235 – *Telefonkarte*.

18 LG München I, Urt. v. 27.07.2015 – 7 O 20941/14 = ZUM-RD 2016, 610, 611.

Warum dies bei Gemälden anders sein soll, wird nicht ausgeführt. Ohne Zweifel entsteht erstmalig und originär ein Urbild, wenn eine Bewegung dauerhaft auf ein Foto gebannt wird. Dieser Vorgang ist mit der Erstaufnahme bei Tonträgern vergleichbar, der Vorgang erfolgt erstmalig und produziert etwas kategorial Neues. Davon wird man auch noch sprechen können, wenn ein dreidimensionales Objekt, eine Skulptur, fotografiert wird. Auch dort ist dieses Foto etwas kategorial anderes als die Skulptur, mit dem Foto entsteht etwas originär Neues, das abhängig ist vom Blickwinkel des Fotografen. Beim Gemälde ist dies indes nicht der Fall. Der Vorgang kann sich – wie die Vervielfältigung von Druckwerk, Foto oder Cover – beliebig wiederholen.

Diskutiert wurde auch eine teleologische Reduktion des Lichtbildschutzes, wie es auch das AG Nürnberg angenommen hatte.¹⁹ Der Lichtbildschutz dürfe nicht dazu führen, dass die gesetzgeberische Grundentscheidung zur Befristung des urheberrechtlichen Schutzes umgangen wird, indem mit der Reproduktion eine neue Schutzschicht über das eigentliche Werk gelegt wird. Der BGH indes folgte dieser im rechtswissenschaftlichen Schrifttum verbreiteten Auffassung nicht.

Es war nicht das erste Mal, dass deutsche Gerichte einen Lichtbildschutz der Reproduktionsfotografie bejaht haben. So bejahte auch das OLG Düsseldorf den Schutz der Fotos von Zeichnungen.²⁰

Teilweise wird der Lichtbildschutz mit dem erheblichen Aufwand von guter Reproduktionsfotografie begründet und auch auf solche Reprofotos begrenzt, für die dieser Aufwand betrieben wurde. Eine solche Argumentation kann sich zwar auf die ursprüngliche mit der Einführung des Lichtbildschutzes verfochtene Intention berufen, steht jedoch im Widerspruch dazu, dass ansonsten dieser Schutz unabhängig vom Aufwand gewährt wird. Im Vergleich zur Reproduktion eines Gemäldes mit Farbe und Pinsel, die keinen leistungsschutzrechtlichen Schutz beanspruchen kann, ist die Reproduktionsfotografie weniger aufwändig.

Darüber hinaus gibt es auch kein rechtspolitisches Bedürfnis, Reproduktionsfotografen des besonderen Monopolschutz eines urheberrechtsähnlichen Rechts angedeihen zu lassen. Reproduktionsfotografien sind in der Regel Auftragsarbeiten, deren Vergütung feststeht. Daher besteht kein Grund für nachträgliche Amortisation durch Monopolschutz.

3. Kein Schutz bei Reproduktion gemeinfreier Werke nach DSM-Richtlinie

Der europäische Normgeber hat 2019 mit der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie) eine neue Regelung geschaffen, die für die Reproduktion des kulturellen Erbes von zentraler Bedeutung ist: Nach Art. 14 DSM-Richtlinie dürfen durch die Reproduktion von gemeinfreien „Werken der bildenden Kunst“ keine neuen Urheber- oder Leistungsschutzrechte entstehen. Die Neuregelung war von der Erkenntnis getragen, dass die Verbreitung der originalgetreuen Vervielfälti-

19 AG Nürnberg, Urt. v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15 = ZUM-RD 2016, 615.

20 OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.1996 – 20 U 115/95, GRUR 1997, 49, 51 – *Beuys-Fotografien*.

gung Gemeinfreiheit Werke zum „Zugang zur Kultur und ihrer Förderung und zum Zugang zum kulturellen Erbe“ beiträgt (ErwGr 53 der DSM-Richtlinie), und dass Schutzrechte an Reproduktionen dem entgegenstehen. Sie war auch eine direkte Reaktion auf die oben genannte Rechtsprechung des BGH zum „Museumsfoto“.

Der zuletzt vom Bundesjustizministerium (BMJV) veröffentlichte Diskussionsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie spricht von „visuellen Werken“ („works of visual art“; Werken, die visuell wahrnehmbar sind) in den Tatbestand des Umsetzungsgesetzes (§ 68 UrhG-E).²¹ Dieser Begriff ist weiter als die Werkkategorie „Bildender Kunst“. Damit will der Entwurf folgende Werkarten²² umfassen:

- Werke der bildenden Künste,
- Fotografie,
- Illustrationen,
- Design- und Architekturwerke sowie für deren Entwürfe und
- für sonstige derartige Werke, die in Büchern, Zeitschriften, Zeitungen und Magazinen oder anderen Werken enthalten sind.

Ist also das Urheberrecht an visuellen Werken erloschen, so erlischt auch das Leistungsschutzrecht (Teile 2 und 3 des UrhG) an einer Vervielfältigung davon.²³

In der Richtlinie nicht behandelt werden die Reproduktionen solcher Werke, die zu keinem Zeitpunkt urheberrechtlich geschützt waren, also die auch nie gemeinfrei *werden*. Dies ist bei Werken der Fall, die vor Aufkommen des Urheberrechts entstanden sind. Nach Sinn und Zweck der Richtlinie, die einen besseren Zugang zum kulturellen Erbe erreichen will, sind jedoch auch solche Werke umfasst. Auch der Regierungsentwurf, der in § 68 UrhG-E von „gemeinfreien Werken“ spricht, ist wohl so zu verstehen. Die European Copyright Society argumentiert:

[...] given that no rights can attach to faithful reproductions of once copyright-protected works that have fallen into the public domain, the same result should also, a fortiori, apply where the objects reproduced were never protected by copyright at all, such as works of visual art created before copyright could apply to them or even before the modern copyright laws were enacted (e.g., antique artifacts).

Außerdem sollte für Artefakte, die von Anfang an gemeinfrei waren, weil es an dem für den urheberrechtlichen Schutz notwendigen Werkcharakter fehlt, im Wege eines Erst-recht-Schlusses ebenfalls von der Gemeinfreiheit der Reproduktion auszugehen sein. Wenn schon die Reproduktion von Werken gemeinfrei ist, sobald das zugrundeliegende Original gemeinfrei ist, so muss dies erst Recht für Originale gelten, die mangels Werkcharakter niemals urheberrechtlich geschützt waren. Hierzu schreibt die European Copyright Society:

21 S. 69 des BMJV-Diskussionsentwurfs vom 24. Juni 2020 zur Umsetzung der DSM-Richtlinie.

22 BMJV-Diskussionsentwurfs vom 24. Juni 2020 verweist auf Ziffer 3 des Anhangs zu § 61a UrhG.

23 Sogenannte strenge Akzessorietät: Die Gemeinfreiheit der Reproduktion folgt der Gemeinfreiheit der Vorlage.

[...] from the point of view of access to material in the public domain, it might seem appropriate to extend the application of Article 14 DSM-Directive to other works than works of visual arts, such as documents, manuscripts and sheet music. Of course, courts might still find that faithful reproductions of such works are not original in the sense of being their authors' own intellectual creations. However, it would seem justified and advisable to include these works in the course of national implementation of Article 14 DSM-Directive, in order to avoid the misleading information given by a ©-notice which is often affixed to such faithful – and hence not protected – reproductions of public domain works that are not visual.²⁴

Es bleibt abzuwarten, ob sich diese überzeugende Argumentation auch in der Rechtspraxis und vor Gerichten durchsetzen wird. In vielen Fällen wird sie nicht über das hinausgehen, was Gerichte schon jetzt mit Rückgriff auf die Urbildtheorie an Beschränkungen des Lichtbildschutzes vorgenommen haben, etwa wenn Reproduktionsfotos von Druckwerken oder Urkunden ein eigenständiger Schutz verwehrt wurde. Anders als bislang spricht für eine teleologische Einschränkung des Lichtbildschutzes auch, dass dieser – wie dargestellt – eine Ausnahme zum Grundsatz des fehlenden urheberrechtlichen Schutzes von Reproduktionen ist und Ausnahmen eng auszulegen sind. Hinzu kommt, dass eine weitgehende Zugänglichkeit des kulturellen Erbes die Intention des Richtliniengebers war und eine Auslegung, die den – europarechtlich nicht harmonisierten – Lichtbildschutz bei Reproduktionen weniger stark einschränkt dieser Absicht entgegenliefe.

4. Einschränkung des Schutzes von Abbildungen durch das Zitatrecht

Im Zusammenhang mit der gestärkten Gemeinfreiheit von Reproduktionen ist folgender Punkt noch erwähnenswert: Sofern Vorlage und (!) Reproduktion unter Schutz nach Urheberrecht fallen, muss im Rahmen eines Zitats eine geistige Auseinandersetzung nur mit der Vorlage erfolgen, § 51 S. 3 UrhG. Setzt sich also z.B. ein Text mit einer geschützten Malerei inhaltlich auseinander und zitiert der Text sie, dürfen auch deren geschützte Abbildung genutzt werden.

Auch in der Neufassung des Zitatrechts manifestiert sich die Absicht, übermäßige Auswirkungen des Lichtbildschutzes zu beschränken.

5. Überblickstabelle

Der Schutz von Reproduktionen ist, wie ausgeführt, rechtlich umstritten. Die nachfolgende Tabelle soll einen Überblick darüber geben, was nach derzeitigem Stand und

²⁴ Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art. 14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, abrufbar unter: https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/04/ecs_cdsdm_implementation_article_14_final.pdf, zuletzt abgerufen am 15.07.2020.

nach der Umsetzung der DSM-Richtlinie dominierendes Rechtsverständnis gilt, ohne dass damit bestritten werden soll, dass jeweils auch andere Ansichten vertreten werden.

Objekt	geschützt	nicht geschützt
3D-Reproduktion		X
Reproduktion von Tonträgern		X
2D-Reproduktion Scan		X
2D-Reproduktion handgefertigte Kopie (gemalt, gezeichnet)		X
Reproduktionsfoto eines Covers		x
Reproduktionsfoto einer Telefonkarte (Grafik)		x
Reproduktionsfoto von urheberrechtlich geschützten Gemälden	X	
Reproduktionsfoto durch Roboter (Google Arts Project)		X
Reproduktionsfoto von gemeinfreien visuellen Werken	X aber nur bis zur Umsetzung der DSM Richtlinie, längstens bis zum 7. Juni 2021	X nach Umsetzung der DSM-Richtlinie
Scan einer Vorlage, die selbst kein Werk ist (z.B. Akte)		X
Reproduktionsfoto einer Vorlage, die selbst kein Werk ist		X, zumindest nach hier vertretener Ansicht und nach Umsetzung der DSM-Richtlinie (umstritten)

VII. Fazit

Der urheberrechtliche Schutz von Reproduktionen lässt sich nicht wertungswiderfrei begründen. Vergleichbare Sachverhalte führen zu unterschiedlichen Ergebnissen,²⁵ nicht vergleichbare Sachverhalte wiederum zu gleichen Ergebnissen.

25 So sieht beispielsweise das LG Berlin einen Wertungswiderspruch darin, dass am Computer hergestellte Bilder von Produktverpackungen nicht als lichtbildähnliche Erzeugnisse geschützt sind. Diese Wertungswidersprüche müsste aber der Gesetzgeber lösen, LG Berlin, Urt. v. 20.06.2017 – 16 O 59/16, ZUM 2017, 955, 957f. sowie auch KG, Urt. v. 16.01.2020 – 2 U 12/16, GRUR 2020, 280, 284; vgl. auch Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 72 Rn. 7.

Die aufwändige manuelle Reproduktion ist urheberrechtlich nicht geschützt. Nur wenn man sich für die Reproduktion technischer Hilfsmittel bedient, können im Ausnahmefall Leistungsschutzrechte entstehen. Hier gibt es eine verwirrende und widersprüchliche Kasuistik. Leistungsschutzrechte entstehen bei der Fotografie in Form des Lichtbildschutzes des § 72 UrhG, nicht aber bei der Nutzung eines Scanners oder anderer automatisierter Vervielfältigungsanlagen. Die Unterscheidung erscheint willkürlich, da es dadurch von der Ausgestaltung der Digitalisierungstechnik abhängig ist, ob ein Fotoapparat über dem Original angebracht ist und mithin ein Lichtbild entsteht oder ob dies – wie bei einem Flachbettscanner – nicht der Fall ist.

Neben der willkürlich erscheinenden Differenzierung nach der Reproduktionstechnik differenziert das Recht jetzt und insbesondere nach der Umsetzung der DSM-Richtlinie auch noch nach dem Motiv der Reproduktion. Fotos von Fotos sollen nicht geschützt sein, Fotos von Originalgemälden hingegen schon. Nach Umsetzung der Richtlinie soll der Lichtbildschutz darüber hinaus entfallen, wenn es sich um die Reproduktion eines Werkes handelt, welches bereits gemeinfrei ist.

Aber was bleibt dann übrig für den Lichtbildschutz bei Reproduktionsfotografie? Mit guten Gründen lässt sich argumentieren: Wenn schon der Schutz von Reproduktionen von Werken entfällt, sobald diese gemeinfrei werden, muss erst Recht die Reproduktion solcher Vorlagen gemeinfrei sein, die niemals urheberrechtlich geschützt waren – wie etwa bei Akten, Urkunden oder Dokumenten. Dieses Ergebnis ergibt sich auch heute schon aus der Urbildtheorie und findet sich in zahlreichen Urteilen.

Dann aber erscheint der Lichtbildschutz für Reproduktionen insgesamt hinfällig. Er würde sich ja dann nach der umstrittenen Rechtsprechung des BGH lediglich auf die Reproduktion von urheberrechtlich geschützten Gemälden oder Zeichnungen beziehen – und in seiner Dauer davon abhängig sein, wie lange die jeweiligen Originalwerke geschützt sind. Welchen sachlichen Grund kann es für einen solchen Schutz aber geben, wenn ansonsten – wie ausgeführt – Reproduktionen eben keinen rechtlichen Schutz beanspruchen können?

Systematisch schlüssiger wäre, den in Hinblick auf Tonträger im Gesetz verankerten Rechtsgedanken zu verallgemeinern und generell bei reinen Reproduktionen Leistungsschutzrechte zu versagen. Der Lichtbildschutz wäre dann auf die Reproduktionsfotografie nicht mehr anwendbar.

Dies würde auch eine Rückbesinnung auf die vom BGH in der Bibelreproduktionsentscheidung entwickelten Urbildtheorie bedeuten. Nur wenn durch Fotografie tatsächlich ein neues Bild entsteht, erscheint ein rechtlicher Schutz vertretbar. Eine Fotografie jedoch, der es gerade darauf ankommt, eine bestehende Vorlage originalgetreu wiederzugeben, wie es bei der Reprofotografie zweidimensionaler Vorlagen der Fall ist, bringt gerade kein neues Urbild hervor. Wenn der BGH in der Museumsfotoentscheidung dies gleichwohl behauptet, aber nicht begründet, dann ist dies dem Bemühen geschuldet, einen Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung zu vermeiden, inhaltlich aber nicht überzeugend. Ein Vergleich mit der Tonträgeraufnahme verdeutlicht dies: Bei einer Tonträgeraufnahme entsteht bei der ersten Aufnahme tatsächlich etwas Neues, die aufgenommenen Töne wäre ohne diese Aufnahme verklungen und

damit verschwunden. Bei der Reprofotografie eines Gemäldes bleibt dies Gemälde hingegen erhalten und kann jederzeit erneut fotografiert werden. Die Behauptung, durch diese Reprofotografie entstünde erstmals ein „Urbild“, vergleichbar mit der Erstaufnahme beim Tonträgerrecht, ignoriert diesen entscheidenden Unterschied.

Von der Sache her nimmt auch die DSM-Richtlinie die Urbildtheorie auf, wenn sie der Reproduktion von gemeinfreien Werken den Schutz versagt. Erwägungsgrund 53 spricht von „faithful reproductions“, was mit „originalgetreuen Vervielfältigungen“ übersetzt wurde. Bei diesen soll kein neuer Schutz entstehen, wohl aber, wenn mit der Reproduktion ein eigener schöpferischer Akt verbunden ist.

Ob ein unterhalb des Werkschutzes angesiedelter Schutz von Fotografien angesichts der Alltäglichkeit von „Knipsbildern“, die weder mit technischem oder finanziellem Aufwand noch mit künstlerischem Anspruch verbunden ist, überhaupt geboten ist, ist eine weitergehende rechtspolitische Frage.

Dieser Schutz ist in seinen weitreichenden Wirkungen – fünfzigjährige Schutzfrist und einer Strafbarkeit der nicht ausdrücklich erlaubten Nutzung durch Dritte – außerhalb der gelebten gesellschaftlichen Realität massenhafter flüchtiger Fotografie. Außerdem ist der ursprüngliche Schutzgrund auch entfallen: der Investitionsschutz sowie davor noch der Schutz der Fotografie überhaupt, der man zunächst absprach, in gleicher Weise wie andere Ausdrucksformen ein schutzwürdiges Werk schaffen zu können. Wenn dieser Schutz weiterhin für nötig erachtet wird, spricht dies auch für weiterhin fehlendes Vertrauen in die Fotografie als künstlerisches Ausdrucksmittel – was freilich unbedingt ist.