

Bilderordnungen

8. Fotografie im rechtlichen Diskurs – Kunst oder Ware?

Kunst oder/und Ware

– Wechselseitiger Ausschluss ...

„Fotografie im rechtlichen Diskurs“, gefolgt von der Frage „Kunst oder Ware?“: Auf diese Weise im Sinne des lateinischen „aut“ zugespitzt scheint mit dem Thema eine wechselseitige Exklusivität unterstellt, ganz so als vermöchte das eine nur ohne das andere zu sein und als sei das andere nur ohne das eine zu haben.

Eine solcherart radikale Sichtweise, die Werk und Ware, Kunst und Markt strikt voneinander scheidet und in Opposition zueinander bringt, hat in der Tat in unterschiedlichen Epochen Konjunktur gehabt. Eine „exklusive Gegenposition der Kunst gegenüber dem Leben“ findet sich im deutschen Idealismus ebenso formuliert wie im französischen „l’art pour l’art“ des 19. Jahrhunderts.²⁸⁰ Und noch die Kunststrategien der 60-er und 70-er Jahre des 20. Jahrhunderts legten mit ihrer – letztlich dann aber doch nur selten durchgehaltenen – Aversion gegen den Kunstmarkt den Umkehrschluss nahe, was marktgängig sei, könne definitionsgemäß nicht zugleich auch Kunst sein.

Die Nachwirkungen derart wechselseitig exklusiver Auffassungen sind noch heute in der Terminologie des Rechts zu erkennen, so in der nach wie vor gängigen Unterscheidung von „gewerblichem“ Rechtsschutz und „Urheber“recht im deutschen Recht. Gemäß der französischen Gegenüberstellung von „propriété industrielle“ und „propriété intellectuelle“ wird damit allein der nicht gewerblich tätige Geist als intellektueller Geist nobilitiert und zugleich der Schutz des Geistes vom Schutz gewerblicher und mithin von der im Handwerk verwurzelten und vornehmlich auf Gewinnerzielung sowie den schnöden Mammon abzielenden Unternehmungen geschieden. Ein wenig anders und doch im Ergebnis ähnlich liegen die Din-

280 Wellershoff, Die Auflösung des Kunstmegriffs, 1976, S. 28; Ullrich (2005).

ge in England. Zwar verortet der dort vorherrschende Utilitarismus den Grund für den rechtlichen Schutz des geistigen Eigentums insgesamt in dessen ökonomischer Anreizwirkung zu Investition und Innovation. Daher sind dort sowohl das Urheberrecht wie auch das Patent- und das Designrecht in einem Gesetz – dem Copyright, Patents and Designs Act von 1988 – aufgehoben. Immerhin jedoch ist die schöngestigte Komponente des rein kommerziell gedachten Copyright im Titel dieses Gesetzes gesondert benannt, und es ist den in ihrer Form rudimentären Persönlichkeitsrechten in diesem Gesetz immerhin ein eigener Abschnitt gewidmet. Auch in den USA hat der Persönlichkeitsschutz den Weg in den Copyright Act 1990 im Rahmen eines separaten Gesetzes gefunden.²⁸¹

Derartige Kunsttheorien und rechtliche Differenzierungen sind in erheblichem Maß von romantischer Schwärmerei unterfüttert und zugleich von einem antimodernistischen und antikapitalistischen Affekt getragen. Exemplarische Bekanntheit erlangt hat die Kritik Baudelaires am Naturalismus und folglich auch der Fotografie als deren mechanischer Verlängerung, die er auf die Gegenüberstellung von „göttlicher Malerei“ und „photographischer Industrie“ ebenso gründete wie auf diejenige von der ungreifbaren und imaginären „Poesie“, der der Mensch etwas „von seiner Seele hinzutun“ und dem „Fortschritt“, den „zwei Mächten, die einen instinktiven Abscheu voneinander tragen“.²⁸² Mit der scharfen Scheidung im Sinne einer gleichsam manichäischen Lichtsymbolik wird das dem gemeinen Leben abgewandte, nur der eigenen Erleuchtung verpflichtete Künstlergenie von der Finsternis kaufmännischer Handelsgeschäfte abgesetzt, deren Agenten den Künstlern und Kunstdtheoretiker als kunstfern und – ganz lebensnah – eher an den nackenden Modellen denn an den akademischen Salongemälden interessiert erschienen. Doch besteht zwischen Kunst und Ware also ein unauflöslicher Gegensatz, der sich institutionell in der Dichotomie von Museum und Markt widerspiegelt?

281 UK Copyright, Patents and Design Act 1988, Ch. 4; Visual Artists Rights Act, 17 U.S.C. § 106A.

282 Baudelaire (1859/2010); differenzierter auf die Unterschiede des nach den Gesetzen der Brechung durch Linsen aufgezeichneten Bildes und der physiologischen Wahrnehmung abstellend dagegen Pfau (1877/2010); Emerson (1889/2010); die seinerzeitige Debatte zusammenfassend Plumpe (1990), S. 15 ff.; zu den Verfassungen der Bilddiskurse in Bezug auf das eigene Bild Steinhauer (2007) und (2013); eine frühere Kritik der Aneignung des Bildes vom eigenen Selbst bei Edelman (1973/2001).

– ... oder wechselseitige Beeinflussung?

Wie die meisten Scheidungen in ein klares Entweder und Oder spiegelt auch der Versuch, Werk und Ware sowie Kunst und Markt gegeneinander auszuspielen, nicht allein eine bestimmte Ideologie, sondern er verkürzt zugleich die Realität. Selbstverständlich geht es bei Kunst und Markt nicht um ein „Entweder-Oder“, sondern sogleich – im Sinne des lateinischen „vel“ – um ein „Sowohl-als-auch“, um Kunst im Markt wie um den Markt für Kunst.

Schon historisch betrachtet waren die Verfertiger von Kunstwerken nicht allein vor, sondern selbst noch im Zeitalter der Kunst²⁸³ zunächst einmal handwerklich tätig. Die Mäzene der Renaissance hatten selbst Künstler vom Format eines Leonardo vornehmlich für das Ersinnen von Kriegsmaschinen und den Entwurf von Festumzügen der höfischen Gesellschaft engagiert. Die schriftlichen Verträge über die Anfertigung von Gemälden bezeugen, dass sowohl Auftraggeber wie Auftragnehmer sehr wohl um den Marktwert der raren und mithin teuren Materialien Lapislazuli und Gold genauestens Bescheid wussten. Auch die Vergütung wurde sorgfältig ausgehandelt, mit deren Eintreibung es dann freilich ebenso oft haperte wie umgekehrt mit der tatsächlichen Fertigstellung des betreffenden Gemäldes.²⁸⁴ Die Anfertigung von Gemälden und Statuen war also in vertragliche Austauschbeziehungen und mithin in Markttransaktionen eingebunden. Kunstschaften und Kunstgeschäft sind über die meiste Zeit eine Engführung eingegangen. Große, zumal repräsentative Kunst war eben immer auch teuer.

Vor diesem Hintergrund erscheinen Perioden der strikten Trennung von asketischem Geist und kommerziellem Handel lediglich als zeitlich begrenzte Übergangsphänomene und Zwischenperioden. Das dürfte dann wohl auch für die umgekehrte radikale Ineinssetzung von Kunst und Markt gelten, die das Kunstmarktgebaren der 90-er Jahre des letzten und des ersten Jahrzehnts des gegenwärtigen Jahrhunderts als Gegenposition zur strikten Trennung von Kunst und Ware propagiert hatte. Danach kann Kunst nur dasjenige sein, was auch teuer ist und kommerziell Erfolg hat. Diese Botschaft jedenfalls scheint Damien Hirst's diamantverzierter Schä-

283 Belting (1990).

284 S. zu den Verträgen Baxandall (1987), S. 9 ff. – Ein instruktives Zeitzeugnis bei Cellini, *Vita di Benvenuto di Maestro Giovanni Cellini fiorentino, scritta, per lui medesimo, Florenz (1558-1566)*.

del „For the Love of God“ – bisheriger Höhepunkt und schon jetzt klassische Ikone dieser Ideologie – zu verkünden (Abb. 47).²⁸⁵



Abb. 47: Damien Hirst, *For the Love of God* (2007)

Damit allein sind Artefakte, die als Kunstwerke qualifizieren, jedoch noch nicht hinreichend charakterisiert. Denn ebenso wie die sprichwörtliche Redewendung „Was nicht teuer ist, ist auch nicht gut“ zur Rechtfertigung des Preises auf die Qualität der angesprochenen Handelswaren rekuriert, bedarf dessen auf die Kunst bezogene Zuspritzung eines Rückgriffs auf ein extra-kommerzielles Qualitätsmerkmal, das sich aus dem Preis allein nicht ableiten lässt. Mit anderen Worten: Es bedarf der als Kunst verkauften teuren Handelsware zur Unterfütterung einer zusätzlichen Nobilitierung, eines Symbolwertes, der sie als Kunst von anderen ebenfalls teuren Gegenständen und Erlebnismöglichkeiten abhebt. Ein Rolls-Royce ist für sich genommen schließlich ebenso wenig ein Kunstwerk wie die Dame, die in der Werbung zu seinem Erwerb verführen soll (Abb. 48). Als Luxusgeschöpf bedarf sie buchstäblich erst der „Durchdringung“ im Wege der Röntgenstrahlfotografie durch einen Starfotografen wie Helmut Newton, um – kommunikationstheoretisch formuliert – im Wege intersubjektiver Verständigung als Kunstwerk anerkannt zu werden (Abb. 49). Ein solcher überschießender Symbolwert kann jedoch definitionsgemäß nicht im Preis selbst liegen, sondern muss auf Kriterien rekurrieren, die außerhalb des Handels und des Warencharakters liegen.²⁸⁶ Das erweist sich vor allem im Fall der Zerstörung: Das teure Auto verrostet zu Schrott, ein teures Kunstwerk hingegen zerbricht in Fragmente.

285 Ullrich (2011 a).

286 Graw (2008), S. 31 ff.



Abb. 48: Rolls-Royce, Phantom Black Werbeanzeige (2006)

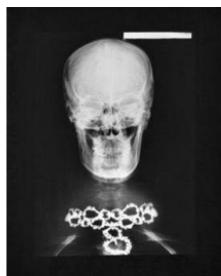


Abb.49: Helmut Newton Van Cleef +Arpels Diamond Neck-lace X-Ray(1979)

Damit ist freilich noch nichts darüber ausgesagt, welcher Art die Kriterien sind, aufgrund derer einige Objekte gegenüber allen anderen Handelsobjekten als Kunst nobilitiert werden. Hier wäre der Mechanismus der Verständigung auf die Kunstkriterien innerhalb einer Gesellschaft ebenso zu untersuchen wie die Frage, welche materiellen und ideellen Bedürfnisse die Erwerber bestimmter Artefakte zu befriedigen suchen. Dabei geht es nicht allein um intrinsische Werte der als Kunstwerke nobilitierten Gegenstände, sind Kunsterwerb und Kunstgenuss doch in aller Regel in einen kommunikativen sozialen Kontext einbezogen, so dass neben ästhetischer Freude am Gegenstand durchaus auch ein nach außen sich manifestierender Besitzerstolz und selbst der Grundgedanke des Potlach, also der Vernichtung von Werten – hier in Form des für ein Kunstwerk gezahlten exorbitanten Kaufpreises – nur um zu zeigen, wie verschwenderisch man mit seinem Reichtum umgehen kann, als motivierende Faktoren in Betracht zu ziehen sind.²⁸⁷

Anstatt dem hier jedoch im Einzelnen nachzugehen, sei der Blick zurück auf die Verschränkung von Kunst und Markt gelenkt. Miteinander verschränkt sind Kunst und Markt auf mindestens zweierlei Weise.

Zum einen ist Kunstschaffen, das sich in einem Objekt niederschlägt, zumindest in Form dieses Objekts handelbar. Die frühen Vertreter der Land Art und Konzeptkunst mochten sich – durchaus in Übereinstimmung mit der marktphobischen ästhetischen Theorie Theodor Adornos – zunächst noch den Galerien zu entziehen versucht haben. Allein, der Kunstmarkt – wie jeder Markt nicht nur gefräßig, sondern hinsichtlich neuer Ge-

287 Ullrich (2007).

schäftsmodelle auch erfinderisch – hat sich dort, wo es aus künstlerischer Sicht lediglich um immaterielle Konzepte, um ortsgebundene oder schlicht um Kunstwerke ging, die sich für Galerietüren als zu sperrig erwiesen, ebenso rasch wie listig auf den Handel mit Belegobjekten und notfalls mit visuellen Dokumentationen der singulären Kunstereignisse verlegt. Mitunter finanzieren sich auch die Künstler selbst, indem sie – wie etwa der Verpackungskünstler Christo, – von ihnen selbst angefertigte Belegobjekte ihrer Kunstaktionen verkaufen, wofür ihm die Rechtsprechung übrigens einen Exklusivschutz selbst dann zusicherte, wenn seine Werke im öffentlichen Raum sichtbar waren (Abb. 50 und 51).²⁸⁸ Irgendwoher muss das Geld kommen, wenn Kunst nicht auf der Grundlage ererbter Vermögen, mittels eines Zweitberufs, in Abhängigkeit von Mäzenen oder im Wege von Staatspensionen – wie eine Zeit lang in den Niederlanden – finanziert werden soll.

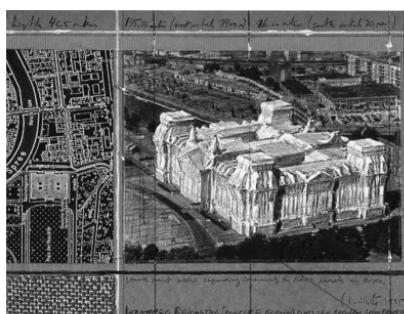


Abb. 50: Christo, Verhüllter Reichstag (2004)



Abb. 51: N.N., Verhüllter Reichstag (2005) unerlaubte Postkarten, BGHZ 150, 6

Zum anderen bedarf, worauf vor allem Hans Belting hingewiesen hat, gerade die westliche, museale Erinnerungskultur der Reifizierung künstlerischer Praktiken.²⁸⁹ Mag der Kunstmarkt auch vorrangig an der Ware und die Museen vorrangig an der Kunst interessiert sein, auf das materielle Objekt sind sie doch beide angewiesen.

288 BGH vom 24.01.2002, I ZR 102/99 03, 34, NJW 2002, 2394 – Verhüllter Reichstag (Fotografien); für Frankreich Cour d'appel de Paris v. 13.3.1986, D. 1987, Som. com. 150, m. Anm. Colombet (Filmaufnahmen).

289 Belting (2007 a), S. 16, 19.

Das vielschichtige Verhältnis von Kunst und Ware ist also alles andere als eine leere Schnittmenge. Insoweit gilt der hintersinnige Werbeslogan „Kunst zu verkaufen ist eine Kunst“ ebenso wie dessen Umkehrung: „Ware zur Kunst zu erheben ist eine Verkaufsangelegenheit“.

Fotografie als Kunst oder/und Ware

Wie ist nun die besondere Erscheinungsform der Fotografie im Feld von Kunst und/oder Ware zu verorten? Hier zeigt sich, dass Fotografie ein Sonderfall nicht nur der Kunst, sondern auch der Ware ist.

– Fotografie: Sonderfall der Kunst

Ein Sonderfall der Kunst ist die Fotografie zunächst deshalb, weil sie zwar den abbildenden Medien zuzurechnen ist, die klassische Kunstdoktrin ihr jedoch lange Zeit die Aufnahme in den Kreis der bildenden Künste verwehrt hat. Das hat bekanntlich nicht nur mit Argumenten kunsttheoretischer und kunstphilosophischer Natur zu tun, sondern zugleich mit Gründen technikgeschichtlicher, soziologischer wie auch psychologischer und ökonomischer Art.

Technikgeschichtlich erscheint die auf das Jahr 1839 datierte „Erfindung“ der Fotografie zunächst als Fortsetzung eines optisch-chemischen Entdeckerdiskurses.²⁹⁰ Soziologisch wurde dieser Diskurs maßgeblich nicht von Künstlern vorangetrieben, sondern zumeist von universal gebildeten Wissenschaftlern (Herschel), mehr oder minder dilettierenden Privatgelehrten (Talbot) wie auch findigen Unternehmern im seinerzeitigen kommerziellen Bildbereich (Daguerre). Überdies war die Fotografie in den ersten Jahrzehnten nach ihrer Erfundung nur zum Teil eine Sache ehemaligen Porträtmaler und Scherenschneider, die sich zwischenzeitlich teils des sogenannten Phisionotrace, also eines Storchenschnabels bedient hatten, um die Umrisse der Abgebildeten nachzuzeichnen.²⁹¹ Aber auch im Übrigen war die frühe Fotografie weitgehend eine Sache handwerklich tätiger Fotografen. Diese handwerkliche Prägung wirkt übrigens in der insti-

290 Sachsse (2003), S. 14 ff; s. auch Kapitel 11.

291 Freund (1974), S. 11 ff.; Frizot (1994/1998), S. 15 ff.; eine nach Verwendungszusammenhängen verfasste Geschichte der Fotografie bei v. Brauchitsch (2002).

tutionellen Zweiteilung des Centralverbandes Deutscher Berufsphotographen (CV-DBPh), in dem die im Gewerbe organisierten Berufsfotografen organisiert sind, zum einen und des Bundes Freischaffender Foto-Designer (BFF) der freiberuflich tätigen Fotografen und Hochschullehrer zum anderen bis heute nach. Im Einklang mit der allgemeinen gesellschaftlichen Geringerschätzung handwerklicher gegenüber geistiger und vor allem künstlerischer Tätigkeit zählen nach der Handwerksordnung zum Bereich der handwerklichen Fotografie noch immer Personen- und Sachfotografien, also z.B. Porträt-, Paß-, Bewerbungs-, Hochzeitsfotos, Architektur- und Produktfotografie.²⁹² Dass einige bildende Künstler das neue Medium der Fotografie – ganz wie von Baudelaire gefordert²⁹³ – schon früh zu Studienzwecken und als Vorlagen und mithin lediglich als Hilfsmittel für ihr eigenes bildnerisches Werkschaffen bemächtigten, war einer Anerkennung der Fotografie als eigenständiger Kunstform schließlich gleichermaßen abträglich, auch wenn sich später erweisen sollte, wie sehr die Fotografie auf die Malerei eingewirkt und diese verwandelt hat.²⁹⁴ Soweit hier lebende Modelle aus Kostengründen durch fotografische Abbildungen von Aktmodellen ersetzt wurden, rückte die Fotografie, ohnehin in die Nähe des Unzüchtigen und Verbotenen, konnten die Bilder doch zu anderen als zu künstlerischen Studienzwecken verwendet werden.

Psychologisch wird bei aller Technikfaszination nicht zuletzt eine – im Übrigen nicht auf die Kunst beschränkte – Skepsis dem Neuen gegenüber eine Rolle gespielt haben, die durch das erhebliche Unbehagen, das die plötzliche Öffnung des Zugangs zu bildnerischen Mitteln hervorgerufen hatte, noch erheblich verstärkt wurde. Was bis dahin immerhin handwerklich geschickten und bildnerisch Begabten vorbehalten war, konnten mit ein wenig technischem Geschick von einem auf den anderen Moment auch diejenigen erreichen, die mit Zeichenstift und Pinsel nicht umzugehen wussten. Das drängte die traditionelle Kunstproduktion im Bildnisbereich in einen ökonomischen Verteidigungsdiskurs, der bis heute nachwirkt, wenn Fotografien, die von Nicht-Künstlern angefertigt werden, gemeinhin abwertend als „bedeutungslose Knipsbilder“ bezeichnet werden. Selbst das der schöpferischen Tätigkeit in der Regel nahestehende urheberrechtliche Schrifttum getraut „Amateuren“ abschätzig zumeist nur

292 Anlage A zu § 1 Abs. 2 HwO, Ziff. VII, 78.

293 Baudelaire (1859/2010).

294 Pohlmann/v. Hohenzollern (2004); Beiersdorf (2018).

„Amateuraufnahmen“ und „Familienfotos“ zu, in deren Masse künstlerische Fotografien nur als „Zufallsfunde“ gesehen werden.²⁹⁵

Das Hauptargument, mit dem der Fotografie der Eintritt in den Bereich der Kunst versagt wurde, bestand dabei in der Hervorhebung der Nobilität der eigenen künstlerischen Bildgestaltung, verbunden mit dem Hinweis auf die Nicht-Nobilität der neuen Darstellungsform. Dazu wurde gerade das besondere Merkmal der fotografischen Abbildung, nämlich ihre Fähigkeit zur detailgetreuen Abbildung, gegen die gestaltende und die Wirklichkeit transzendernde künstlerische Sichtweise ausgespielt und gegen etwaige Kunstsinspirationen der Fotografie gewandt.²⁹⁶ Insoweit erwies sich die kunsttheoretische und kunstphilosophische Selbstberühmung der Fotografie als „Zeichenstift der Natur“ („Pencil of Nature“²⁹⁷) durch Talbot, der einen Automatismus der Aufnahme ohne jegliche menschliches gestalterisches Zutun nahelegte, geradezu als kontraproduktiv. Mit ihr mögen die Vorteile des neuen Mediums zwar genau beschreiben sein, doch geschah dies um den Preis – heute würde man sagen – der Anschlussfähigkeit an den etablierten Produktionsdiskurs der bildenden Künste.

In den Fokus rückt der Kunstcharakter der Fotografie erst mit dem Piktorialismus, dessen Vertreter die erscheinungsmäßige Nähe zur Malerei suchten, um dem Wettbewerbsdruck unter den Visitkartenfotografen zu entgehen wie auch um dem Qualitätsverfall und der Profanisierung der Fotografie ästhetisch entgegenzuwirken (Abb. 52 und 53). Dabei liehen sie sich den Blick des anderen Mediums aus und imitierten nicht die Malerei als solche, sondern nur die Ästhetik von deren Bildern.²⁹⁸

Der Kunstanspruch wurde aber auch dann nicht mehr aufgegeben, als die Fotografie der Neuen Sachlichkeit zu einem formal strengen Anspruch an Objektivität zurückkehrte und sich in ihrer klaren Gerafflinigkeit als radikale Gegenbewegung von der Nachahmung von Maleffekten ebenso absetzte wie sie sich von klassischen Bildkompositionen ablöste. Ging es dabei auch mehr um Dokumentation denn um Kunstwollen, so war das

295 Starl (1995); zu einer strukturellen Analyse Bourdieu (1965); aus dem juristischen Schrifttum Vogel, in: Schricker/Loewenheim (2017), § 72 Rdnr. 13; Nordemann, W., GRUR 1981, 326, 332 f.: „Auch eine blinde Henne findet gelegentlich ein Korn“; weitere Beispiele bei Schulze, in: Dreier/Schulze (2018), § 2 Rn. 191 und § 72 Rn. 3, 10.

296 Auch insoweit wiederum paradigmatisch Baudelaire (1859/2010); Belting (2001), S. 220.

297 Talbot (1844-46); v. Amelunxen (1989), S. 39 ff.; Stiegler (2003).

298 S. nur den kurzen Abriss bei Newhall (1982/1998), S. 75 ff.



Abb. 52: Franz v. Stuck, *Salome* (1906)



Abb. 53: George Seeley, *The Black Bowl* (1907)

Ziel doch nicht ein bloßes Abbilden, sondern gerade die Herausarbeitung von Form und Struktur des Abgebildeten im Rahmen einer zugleich formal stimmigen Bildkomposition. Auch diese Argumentation findet sich schon vor der Jahrhundertwende angedacht²⁹⁹ und sie hat sich, wie noch zu zeigen sein wird, als essentiell für die Aufnahme der Fotografien in den Kreis der vom Urheberrecht anerkannten schutzfähigen Werken erwiesen.

Mit der Einrichtung des Department of Photography am Museum of Modern Art in New York im Jahr 1940 fand die Fotografie dann Einzug in die Museen, wo sie spätestens seit der legendären Ausstellung „The Family of Man“ im Jahr 1955 als Kunstform etabliert ist.³⁰⁰

Ein auf Fotografie spezialisierter Kunsthändel folgte – durch den Zweiten Weltkrieg zeitlich um einiges verzögert – erst in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts. Das ist im Einzelnen inzwischen gut dokumentiert.³⁰¹ Für die Gegenwart ist entscheidend, dass die Fotografie wiederum umso leichter den Weg ins Museum findet, je mehr sie von der bloßen Dokumentation Abstand nimmt. Sowohl bei den kompletten Inszenierungen des Abgebildeten etwa eines Thomas Demand, den sorgfältigen Inszenierun-

299 De la Sizeranne (1897/2010).

300 Steichen (1955).

301 Krauss (1989), S. 47 ff. und zu methodischen Missverständnissen im Kunst-Fotografie Dialog (1983/2006), S. 27; zu Kunst und Fotografie Campany (2005); Cotton (2009); zur inszenierten Fotografie Blunck (2010); zur künstlerischen Dokumentarfotografie Buschmann/v.Wiese (2007); zur Fotografie zwischen Inszenierung und Dokumentation Nida-Rümelin/Steinbrenner (2012).

gen des Abgebildeten etwa eines Jeff Wall und Gregory Crewdson wie auch den digitalen Bildbearbeitungen von Andreas Gursky, um nur einige prominente Vertreter zu nennen, geht es nicht um bloße Abbildung und Dokumentation, sondern um Gestaltung des Abgebildeten wie um sorgfältige Komposition einzelner Abbildungsteile. Fotografien dieser Art entfernen sich weit vom bloßen Abbild. Mit der Veränderung des rein dokumentarischen Merkmals, das fotografische Bilder von den anderen Künsten getrennt hatte, stehen diese gestalteten Bilder den auf traditionelle Weise komponierten Bildern nahe.³⁰²

Das spiegelt sich nicht zuletzt in den Preisen wieder, welche die Spitzenwerke der Fotografen vor allem bei Auktionen erzielen. Diese mögen zwar um einiges unter den Preisen liegen, die für Spitzenwerke der klassischen Moderne erzielt werden und nach der Banken- und Finanzkrise im Jahr 2008 bislang noch nicht wieder die vorherigen Höchststände erreicht haben. Dennoch sind die für jeweils ein einzelnes Foto gezahlten Summen beachtlich: 3,35 Millionen US-Dollar für Gurskys „99 Cent II Diptychon“ (2001) im Jahr 2007, und 4,33 Millionen für sein „Rhein II“ (1999) im Jahr 2011; 2,9 Millionen für Steichens „The Pond-Moonlight“ (1904) im Jahr 2006; 1,6 Millionen für Westons Klassiker „Nude“ (1925) im Jahr 2008, um nur einige zu nennen,³⁰³ sprechen dafür, dass zumindest die Top-Produkte der Fotografie den übrigen Werken der bildenden Kunst am Markt gegenwärtig nicht nachstehen. Freilich bestehen Zweifel, dass diese Preise tatsächlich allein mit der von Ullrich beschriebenen Schaffung von Erhabenheit,³⁰⁴ einer Art neuer, zuvor angesichts der technischen Reproduzierbarkeit verloren gegangener Aura erklärt werden können. Zugleich dürfte es dabei um eine Art masochistischer Unterwerfung der Käufer unter das gesellschaftliche Diktat des Kunstmarktes, und den durch den Erwerb in Aussicht gestellten Distinktionsgewinn und nicht zuletzt um ein finanzielles Kalkül gehen, das angesichts der nachfolgenden Finanzkrise einstweilen allerdings wohl fehlgeschlagen sein dürfte.

302 S. nur Museum of Modern Art: Thomas Demand, New York 2005; Berg, S.: Gregory Crewdson: 1985–2005, Ostfildern 2005; Gursky A./Weski, T.: Andreas Gursky – Katalog zur Ausstellung im Haus der Kunst, Köln 2007; Hentschel, M. (Hg.): Andreas Gursky, Werke 80–08, Stuttgart 2008.

303 Aktuelle Liste bei https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_most_expensive_photographs.

304 Ullrich (2011 a), S. 94.

– *Fotografie: Sonderfall der Ware*

Fotografie ist aber nicht nur ein Sonderfall der Kunst, sondern zugleich ein Sonderfall der Ware, besteht bei der Fotografie zwischen Kunst und Ware doch eine doppelte, wenn nicht gar dreifache Verschränkung. Zum einen ist schon die künstlerische Fotografie sowohl Kunstwerk als auch Handelsobjekt. Zum anderen ist die künstlerische Fotografie zu unterscheiden von der fotografischen Handelsware, die nicht am Kunstmarkt, sondern als „stock photography“ durch Bildagenturen gehandelt wird. Auf Vorrat produziert und von im Wettbewerb stehenden, teils auf bestimmte Genres spezialisierten Bildagenturen je nach Geschäftsmodell teils im Packen gehandelt geht es bei der „stock photography“ nicht um die Aura, die noch jedem einzelnen Exemplar multipler Kunstfotografien anhängen mag, sondern um den wiederholt und zu unterschiedlichsten Zwecken benutzbaren Rohstoff Bildmaterial.³⁰⁵ Schließlich ist der materielle Bildträger (die Abbildung) zu unterscheiden von dem in der Abbildung verkörperten Fotografie (dem Abbild) wie auch von dem Objekt, das auf der Abbildung zu sehen ist (dem Abgebildeten). Gegenstand des Warenaustauschs kann also nicht nur das Foto als Bildträger sein, sondern auch Urheberrechte am Abbild wie zugleich Rechte am Abgebildeten (Bildnisse bekannter Persönlichkeiten etwa oder urheberrechtlich geschützte Gegenstände). Mit dieser Unterscheidung muss sich nicht nur die Fototheorie auseinander setzen, sondern es macht diese Verdoppelung, wenn nicht gar Verdreifachung der gehandelten Gegenstände auch das rechtliche Leben schwer. Der materielle Bildträger der Fotografie hat im Zeitalter digitaler Online-Übermittlung der Bilddatensätze seine Bedeutung zumindest im Handel, nicht hingegen für die Kunst, weitgehend verloren.³⁰⁶

Schließlich ist die Unterscheidung von Kunst und Ware keine Frage der Ontologie, sondern der Hermeneutik, also nicht des Seins, sondern vielmehr der Deutung. Daher erfolgt auch die jeweilige Einordnung von Fotografien nicht statisch, sondern in zeitlicher Hinsicht dynamisch. Längst werden die „Inkunabeln“ der Fotografie nicht mehr lediglich als Belegstücke eines technischen Prozesses angesehen, und ursprünglich für den tagsaktuellen Gebrauch gefertigte Pressefotos können auch nach Jahren

305 Ullrich (2011 b); zu Best-Sellern der Stock Photography Presse Informations AG (2004).

306 Zur Bedeutung des materiellen Bildträgers für die Fotografiegeschichte Geimer (2002).

ihren dokumentarischen Charakter bewahren und dennoch zugleich in Museen unter künstlerischen Gesichtspunkten gewürdigt werden. Der umgekehrte Fall, dass eine zunächst als Kunst angesehene fotografische Produktion im Laufe der Zeit zur lediglich nicht künstlerischen Handelsware herabsinkt, ist bislang allerdings wohl noch nicht beobachtet worden. Dafür scheint das Medium noch zu jung, die Zahl ikonografisch bedeutsamer Werke noch zu klein und das gegenwärtige Bedürfnis nach Nobilitierung des aus der Vergangenheit Überlieferten zu groß zu sein.

Fotografie als Kunst oder Ware im Recht

Wie reagiert nun das Recht auf diesen janusköpfigen Charakter der Fotografie, auf die ihr eigene, doppelbödige Verschränkung von Ware und Kunst? Auch im Recht ist wiederum zu unterscheiden zwischen Normen, die den Waren-, und Normen, die den Kunstcharakter von Fotografien betreffen.³⁰⁷

– Recht und Warencharakter

Hinsichtlich des Warencharakters der Fotografie ist der rechtliche Sachverhalt vergleichsweise eindeutig. Einschlägig sind für Fotografien als Handelsgegenstand die allgemeinen Rechtsregeln, die das Gesetz für den Handel mit Waren jeglicher Art bereithält. Entsprechend der im späten 18. Jahrhundert von namhaften Philosophen wie Kant, Fichte und Pufendorf zunächst für Bücher herausgearbeitete Differenzierung ist dabei auch für Fotografien zwischen dem Recht am materiellen Bildträger und dem Recht an der in diesem verkörperten, als solcher immateriellen Abbildung zu unterscheiden, die ihrerseits nicht mit dem abgebildeten Gegenstand zu verwechseln ist. Mit dem ersten Aspekt befassen sich die Regelungen über den Warenverkehr, der zweite dagegen ist rechtlich im Urheberrecht abgebildet.

Von der Fotografie als physischem Objekt ist im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) je nach Art des Rechtsgeschäfts von „Kaufsache“, „Mietsache“ oder einfach nur „Sache“ die Rede, jeweils definiert als „körperlicher

³⁰⁷ Zum Fotorecht umfassend Koch (2003); Hoeren, T./Nielen, M. (2004); Castendyck (2012); Maaßen (2014); Wanckel (2017).

Gegenstand".³⁰⁸ In der Praxis bilden sich dabei objektspezifische und gegenstandstypische Cluster rechtlicher Problemkonstellationen heraus. Einen derartigen Cluster bildet beim Kauf – auf den die folgenden Ausführungen beispielhaft beschränkt seien – insbesondere das Mängelgewährleistungsrecht.³⁰⁹ Verkürzt zusammengefasst bedeutet dies, dass der Käufer ein Recht auf Lieferung der Sache mit allen Eigenschaften hat, die Kaufvertraglich vereinbart waren. Ist nichts gesondert vereinbart worden, so kommt es darauf an, dass die Sache für die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung taugt, ist auch eine solche nicht bestimmt, muss sich die Kaufsache „für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann“. Dazu zählen auch solche Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers – sei es in der Werbung, sei es bei der Kennzeichnung – erwarten kann. Schließlich stellt es einen Mangel der Kaufsache dar, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert. Irrt sich nicht der Käufer, sondern der Verkäufer – dem ja keine Mängelgewährleistungsansprüche zustehen – so kann dieser unter Umständen wegen Irrtums anfechten. Eine Anfechtung seitens des Käufers kommt schließlich in Betracht, wenn ihn der Verkäufer arglistig über eine Eigenschaft getäuscht hat.³¹⁰

Für den Handel mit Fotografien ist dies sowohl in Bezug auf die Echtheit als auch in Bezug auf sonstige, für den Käufer bedeutsame Eigenschaften von Fotografien relevant. Eine Frage der Echtheit ist es, wenn eine Fotografie verkauft wird, die gar keine Fotografie ist, sondern etwa nur ein Kunstdruck, oder die von einem anderen Fotografen als angegeben stammt. Zu den für den Käufer wesentlichen Eigenschaften zählen Angaben wie „Vintage Print“ und „Abzug vom Originalnegativ“, sieht der Fotografien handelnde und sammelnde Verkehr in diesen Angaben doch entscheidende wertbildende Faktoren. Dass der Ausdruck „Vintage Print“

308 §§ 433, 535, 598 jeweils i.V.m. § 90 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

309 §§ 434 ff. BGB. Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Dazu und zum gutgläubigen Erwerb, der bei gestohlen oder dem Eigentümer abhanden gekommenen Sachen jedoch regelmäßig ausgeschlossen ist, Mangold (2009), S. 156 ff.

310 Zum Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften § 119 Abs. 2 BGB und BGH NJW 1988, 2597, 2599 – Duveneck/Leibl; zur arglistigen Täuschung § 123 BGB. – Eine systematische Zusammenstellung möglicher Fallkonstellationen etwa bei Siehr (2010).

nicht besonders scharf umrissen ist, macht die rechtliche Subsumtion freilich nicht gerade einfach. Die Anwendung des Rechts kommt einmal mehr nicht ohne Rückgriff auf außerrechtliche, kunstimmmanente Begriffsgebilde aus. Bei Zweifeln kann im Gerichtsverfahren Expertenrat hinzugezogen werden. Lässt sich der Sachverhalt nicht aufklären, geht dies nach den Regeln der Beweislast zulasten desjenigen aus, der sich auf das Nichtvorliegen der streitigen Eigenschaft beruft, in der Regel also des Käufers.

Die Digitalfotografie bringt mit der exakten Warenbeschreibung ein weiteres Problem mit sich. Was soll der Käufer bekommen, wenn er eine Fotografie neueren Datums kauft? Einen traditionell ausbelichteten Abzug des digitalen Datensatzes oder nur einen Tintenstrahl- oder Laserdruck, und wenn letzteres, welcher Qualität? Wie sieht es mit der Garantie der Haltbarkeit digitaler Drucke aus? Da das Kaufrecht die Beschreibung des Gegenstandes, den der Verkäufer dem Käufer schuldet, weitgehend in die Hände der Beteiligten legt, lässt sich hier keine allgemeingültige Regelung formulieren. Es wäre ein laienhaftes Missverständnis des Rechts, wollte man annehmen, dass der Gesetzestext für jede Fallkonstellation eine explizite Lösung vorsähe.

Im Weiteren berührt der Handel mit Fotografien das allgemeine Vertragsrecht, insbesondere das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, ebenso wie das Recht des Händlers – juristisch des Kaufmanns – mithin also das Handelsgesetzbuch und das Recht der Gesellschaften, BGB-Gesellschaft, oHG und KG, GmbH und AG. Aus der Perspektive dieser Gesetzesmaterien stellen Fotografien jedoch kein Spezifikum dar, für das normative Sonderregelungen bereitgehalten werden müssten.

Anders verhält es sich dagegen mit dem Urheberrecht, das sich den schöpferischen Werken in Form von Text, Musik und Bild insgesamt und mithin explizit auch der Fotografie in ihrer unkörperlichen, also immateriellen Form annimmt. Anders als das Bürgerliche Gesetzbuch verhandelt das Urheberrecht die Fotografie nicht als materielles Objekt, ist also nicht mit dem Papier oder dem Datenspeicher als materiellem Träger befasst, auf dem eine Fotografie verkörpert ist, sondern mit dem immateriellen Abbild des Abgebildeten. Diese Trennung von materiellem und immateriellem Handelsobjekt hat mit der Dichotomie von Handelsobjekt einer- und Kunstobjekt andererseits nichts zu tun, sondern geht auf die zuvor genannten Versuche im 18. Jahrhundert zurück, zugunsten zunächst der Verleger und später auch der Urheber ein Recht am schöpferischen Werk zu begründen, das sich vom Eigentum am Werkstück abspalten lässt und nicht mit dessen Verkauf gleich auch auf den Käufer übergeht. Für den Handel

mit Fotografien, deren urheberrechtliche Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist, ist das Urheberrecht daher ohne Zweifel das bedeutendste „Bildregime“.³¹¹

Da sich der urheberrechtliche Schutz in der Terminologie des von 1965 stammenden Gesetzes auf schöpferische Lichtbildwerke wie auch auf nicht-schöpferische, einfache Lichtbilder erstreckt, unterfallen dem Urheberrecht letztlich die gesamte fotografische Bildproduktion von der Fotografie mit künstlerischem Anspruch über die Presse- bis hin zur Amateurfotografie unter Ausschluss allein der Reproduktionsfotografien.³¹² Da das Urheberrecht Fotografen ähnlich dem Sacheigentum ausschließliche, nur teilweise zugunsten der Allgemeinheit, insbesondere zum Zwecke der freien Berichterstattung und die Privatkopie beschränkte Nutzungsrechte gewährt,³¹³ bedarf jede Nutzung einer Fotografie – sofern deren Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist, in der EU also bis zum Ablauf von 70 Jahren nach dem Tod des Fotografen beziehungsweise in Deutschland bis 50 Jahre nach Herstellung beziehungsweise Erscheinen bei einfachen Lichtbildern³¹⁴ – der Zustimmung des Fotografen, obwohl das geschützte Abbild rein immaterieller Natur ist und damit faktisch von jedermann genutzt werden kann, sofern er nur Zugang zu einer das Abbild verkörpernden Abbildung hat. Zugleich stehen den Urhebern und mithin den Fotografen Persönlichkeitsrechte zu, neben dem Recht, über die erste Veröffentlichung bestimmen zu können, im Wesentlichen das Recht auf Namensnennung und das Recht auf Werkintegrität.³¹⁵

Als Folge der Trennung von materieller Abbildung und immateriellem Abbild sind beim Handel mit Fotografien aus rechtlicher Sicht zwei Objekte betroffen. Soweit es um die materielle Abbildung geht, greifen die

311 Joly/Vismann/Weitin (2007); Vismann (2007).

312 § 2 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 und § 72 UrhG; dazu umfassend Heitland (1995); Nordemann (1992); Gendreau/Nordemann/Oesch (1999); Wadle (1996); zur elektronischen Bildbearbeitung Oldekop (2006); zur Reproduktionsfotografie BGH v. 8.11.1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669 – Bibelreproduktion und v. 7.12.2000, I ZR 146/98, GRUR 2001, 755 – Telefonkarte und neuerdings OLG Stuttgart v. 31.5.2017, 4 U 204/16, GRUR 2017, 905; zur Abgrenzung Lehment (2008).

313 §§ 15 ff., beschränkt durch §§ 44 a ff. UrhG.

314 „Verkaufen“ Bildagenturen Abdruckrechte an schutzrechtsfreien Abbildungen, so wird die dafür gezahlte Vergütung regelmäßig für die Dienstleistung der Bildersuche und der Zurverfügungstellung eines reproduktionsfähigen Bilddigitalisats entrichtet.

315 §§ 12 – 14 UrhG.

Regeln des Sacheigentums. Die Rechte am immateriellen Abbild werden dagegen nicht „verkauft“, sondern es werden dem Erwerber lediglich – ausschließliche oder nicht ausschließliche – Nutzungsrechte eingeräumt. Im Zusammensehen mit einer Reihe dem Urheber günstiger Regeln der Vertragsauslegung soll diese Konstruktion den Urheber vor einem Ausverkauf seiner Rechte schützen. Daher sieht das Gesetz auch explizit vor, dass beim Verkauf eines körperlichen Werkstücks mit der Ausnahme, ein Werk erstmals ausstellen zu dürfen, nicht zugleich auch sonstige urheberrechtliche Nutzungsrechte erworben werden.³¹⁶ Vorbehaltlich entsprechender vertraglicher Abreden erwirbt der Verkäufer also keine urheberrechtlichen Nutzungsrechte. Das ist insbesondere für Museen misslich, die die erworbenen Fotografien ohne zusätzliche Zustimmung des Fotografen oder seiner Erben nicht etwa im Internet sichtbar machen oder auf sonstige Weise verwerten können. Umgekehrt, behält der Urheber das Eigentum an seinem Werkexemplar, wenn er einem Lizenznehmer Rechte am Werk einräumt.³¹⁷

Da es sich bei diesen gesetzlichen Regelungen lediglich um Sollensanordnungen an denjenigen handelt, die fremde Fotografien für sich nutzen wollen, bedarf es für die Fälle, in denen sich die Nutzer nicht an diese Anordnungen halten, gesetzlicher Sanktionen wie die Verpflichtung zur Unterlassung der rechtsverletzenden Handlungen, zur Zahlung von Schadensersatz wie auch zur Vernichtung ohne Zustimmung angefertigter materieller Vervielfältigungsstücke und Datensätze.³¹⁸ Diese Sanktionen, bei denen es sich ebenfalls lediglich um bloße Sollensanordnungen handelt, sind dann, wenn der Rechtsverletzer sie nicht freiwillig befolgt, nach Erwirken eines Urteils notfalls mit den Mitteln staatlicher Gewalt durchzusetzen.

Das Bildregime des Urheberrechts gewährt Fotografen mithin die Möglichkeit, im Wechselspiel von Geltendmachung der Ausschließlichkeit und

316 § 44 Abs. 1 und 2 UrhG.

317 So bei einer nur leihweisen Überlassung von Bildmaterial an Bildagenturen, BGH 19. 9. 2001, I ZR 343/98, GRUR 2002, 282 – Bildagentur; v. 14.12.2006, I ZR 34/04, GRUR 2007, 693 Rn. 36 – Archivfotos; anders möglicherweise, wenn für die Aufnahme in ein Archiv ein Entgelt gezahlt wird, OLG Hamburg v. 3.8.1989, 3 U 49/89GRUR 1989, 912, 914 – Spiegel-Fotos.

318 §§ 97 ff. UrhG. – Zur Heranziehung der Honorarempfehlungen der Mittelstandsgemeinschaft Fotomarketing für die Bemessung des Schadensersatzes wegen unerlaubter Bildnutzung nur dann, wenn nachgewiesen wird, dass die dort gelisteten Sätze tatsächlich angemessen und üblich sind s. BGH v. 6. 10. 2005, I ZR 266/02, GRUR 2006, 136 – Pressefotos.

Erteilung von Nutzungsbefugnissen nicht nur den wirtschaftlichen Ertrag der Nutzung seiner Fotografien zu maximieren, sondern zugleich Distributionsstrategie seiner Wahl zu verfolgen.

– *Recht und Kunstcharakter*

So wie die Fotografie im Recht als eine spezifische Ware nur selten adressiert wird, wird sie im Recht ebenfalls nur selten im Zusammenhang mit dem Begriff der Kunst angesprochen. Das ist insofern nicht überraschend, als das Recht sich selbst mit der Kunst nur in wenigen Normen befasst, so an vorderster Stelle in der verfassungsrechtlichen Garantie der Kunstfreiheit, und vor allem im Urheberrecht, das von Kunst immerhin im Zusammenhang von „bildenden Künsten“, „Baukunst“ und „angewandter Kunst“ spricht.

Diese Absenz hat ihren Grund zum einen in der Abstraktheit der Gesetzesformulierung, und zum anderen darin, dass das Recht nicht primär einer künstlerischen, sondern seiner eigenen normativen Logik folgt. Besonders deutlich wird dies am Beispiel des Steuer- und Zollrechts. Zwar spricht das Einkommenssteuerrecht an mehreren Stellen von „Kunst“ und „künstlerischer Tätigkeit“,³¹⁹ ohne diese dann jedoch näher zu definieren, ordnet die künstlerische dann jedoch ganz pragmatisch dem Oberbegriff der freiberuflichen Tätigkeit zu. Vergleichbar listet das Zollrecht unter der Überschrift „Kunstgegenstände, Sammlungsstücke und Antiquitäten“ eine Reihe von Objekten auf, klassifiziert allerdings nach der Art ihrer materiellen Ausführung und nicht etwa danach, ob es sich im Einzelnen um Kunst handelt. Das diskriminiert nicht nur neuere Kunstgattungen, sondern führt für die Fotografie dazu, dass selbst künstlerische Fotografie als „Papier“ im Sinne der Kombinierten Nomenklatur gilt,³²⁰ und dass eine Fotografie nur dann zollfrei eingeführt werden darf, wenn es sich um ein Sammlungsstück von geschichtlichem Wert handelt. Die Verwaltungsanweisungen für die Finanzverwaltung betonen sogar ausdrücklich, dass die

319 § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; s. auch §§ 3 Nr. 11, 26, 43, 44, 57; 7 h Abs. 1; 11 h Abs. 1 EStG.

320 EuGH Urteil v. 13.12.1989, Rs. C-1/89, Slg. 1989, 4432, 4438 – Raab: keine Einordnung im Wege der Analogie als „Originalstiche, -schnitte, -radierungen und -steindrucke“, und auch nicht als „künstlerische Siebdrucke“ (Einfuhr von Mappelthorpe-Fotografien).

zollrechtliche Nomenklatur eine Subsumtion unter den Begriff der Kunst nicht vorsieht und deshalb eine Wertung im künstlerischen Sinn ausschließt.³²¹ Letztlich geht es dieser begrifflichen Einteilung darum, eine möglichst zügige Zollabfertigung von Waren zu ermöglichen, die nicht durch differenzierte Einordnungskriterien erschwert wird.

Zentral war die Frage nach dem Kunstcharakter der Fotografie jedoch für deren Aufnahme als schützenswertes Werk ins Urheberrecht. Diesen galt es zunächst im Vergleich mit Gemälden, Drucken und Zeichnungen als den nächstgelegenen Referenzobjekten zu etablieren. Hinderlich war dabei jedoch der genuine Vorteil der Fotografie, ihre Fähigkeit nämlich zur detailgetreuen Abbildung der Natur im Sinne des von Talbot so titulierten „Pencil of Nature“. Damit war zwar der Punkt benannt, in dem die Fotografie der klassischen Malerei und auch der Zeichnung mit einem Schlag überlegen war – eine Überlegenheit, die sich auf vielen Gebieten als überaus erfolgreich erweisen sollte –, doch negierte gerade der Hinweis auf den chemischen Automatismus des Aufnahmeprozesses jegliche schöpferische Qualität des fotografischen Tuns. Das machte es den Gegnern, die überdies die traditionelle Abneigung der abendländischen Philosophie gegenüber allem Sichtbaren auf ihrer Seite hatten,³²² im Kampf um die Kontrolle über die neuen Bilder lange Zeit leicht, Fotografien den Eintritt nicht nur in den Bereich der Kunst, sondern auch ins Urheberrecht zu verwehren. Dabei ging es nicht allein um das Interesse an einer Reinhaltung des traditionellen idealistischen Kunstbegriffs. Entgegen standen vielmehr handfeste materielle Interessen. Die gegen Ende des 19. Jahrhunderts florierende Postkartenindustrie sah sich durch allzu weitreichende Rechte der Fotografen in ihrer wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit ebenso eingeengt. Auch wollte sich die Industrie bei der Verzierung ihrer Produkte möglichst ungehindert aus bestehenden Bildvorlagen bedienen können.³²³ Um eine Analogie zum schöpferischen Akt des Malens und Zeichnens herzustellen, bedurfte es der Umlenkung des Blicks von der bloßen Abbildung auf das imaginäre Abbild, wie es bereits vor der Belichtung in der Vorstellung des Fotografen existiert. Dieses imaginäre Bild, so die Argumentation, spiegelt die Individualität des Fotografen wider und dieses imaginäre Bild sei im konkreten Abbild fixiert. Mit den Worten eines zeitgenössischen Schriftstellers aus der Mitte des 19. Jahrhunderts muss „der

321 Nationale Entscheidungen und Hinweise – NEH – Rn. 01.0 zu Abschnitt XXI.

322 Zusammenfassend etwa Sloterdijk (2008).

323 Dommann (2007), S. 249, 255 und 266.

Photograph ... stets in sich die wenn auch unvollkommene ... Idee der Darstellungsart dieses Gegenstandes fassen. ... Nur nach dieser inneren selbstständigen Thätigkeit, nicht ohne diese, erzeugt das Sonnenlicht in dem geöffneten Apparat ... vervielfältigungsfähige Gegenstände".³²⁴ Diese Argumentation stellte also die schöpferische Bildgestaltung in den Vordergrund, die Auswahl des Bildobjekts einschließlich des Ausschnitts und des Blickwinkels ebenso wie die Wahl der technischen Mittel – Objektiv, Blende, Belichtungszeit und Beleuchtung – und vor allem das Setzen der Licht- und Schattenkontraste, der Schärfen und Unschärfen und ganz allgemein die Konzeption der Bildkomposition.³²⁵ Alle zusammen genommen sorgen für ein jeweils unterschiedliches, schöpferisches Abbild ein und desselben abgebildeten Gegenstandes. Das erklärt auch, dass an der Abbildung ein und desselben Gegenstandes durchaus zwei konkurrierende Urheberrechte an zwei unterschiedlichen Fotografien entstehen können. Insgesamt hat es rund einhundertfünfzig Jahre seit ihrer Erfindung gedauert, bis die Fotografie vollständig im Urheberrecht angekommen war.

Dabei gehen „Kunst“ und „Originalität“ – also die Voraussetzung, die eine Fotografie erfüllen muss, um als Lichtbildwerk urheberrechtlich geschützt zu sein, die das Gesetz als „persönliche geistige Schöpfung“ definiert³²⁶ – eine eigentümliche Engführung ein. Der Kunstcharakter ist nach dem Gesetzeswortlaut an sich zwar nicht direkte Voraussetzung für den Urheberschutz. Gleichwohl war das Urheberrecht von Anbeginn an als Recht zum Schutz von Kunstwerken der Literatur, der Musik und der bildenden Künste angelegt. Das klingt noch heute nach, wenn die Gerichte als Maßstab für die Beurteilung der Schutzhfähigkeit von Werken der bildenden Kunst die Auffassung des „für Kunst empfänglichen und mit

324 Neumann (1866), S. 124 ff.; Kohler (1908), S. 32 f. („Die Photographie ist Ideendarstellung ... Das Künstlerische liegt auch hier in der Verbildlichung einer Idee ... Das Mittel aber, die aus der Außenwelt entnommene Idee zu verbildlichen, besteht in der Lenkung des Bildwerdungsprozesses und in der Lenkung des chemischen Vorgangs, der das empfangene Bild in der einen oder anderen Weise zur Festlegung bringen soll“); aus französischer Perspektive und mit einer generellen marxistischen Kritik bürgerlich-rechtlicher Aneignungsdiskurse Edelman (1973/2001), S. 42 ff.

325 Eingehend Plumpe (1990), S. 53 ff.; Nordemann, A. (1992), S. 135 ff.; rechtsvergleichend Heitland (1995) Deutschland, Frankreich, USA; Gendreau/Nordemann/Oesch (1999) EU-Staaten, Schweiz, Japan, Kanada und USA; zu Italien s. Dell'arte (2004).

326 § 2 Abs. 2 UrhG; diese Voraussetzung gilt jedoch nicht für einfache Lichtbilder.

Kunstdingen einigermaßen vertrauten Durchschnittsbetrachters³²⁷ zu grunde legen. Dabei erachten sich die Richter diesem erlauchten Kreis meist ganz selbstverständlich als zugehörig, so dass zum Beweis nur selten das Urteil eines sachverständigen Kunsthistorikers oder Kunsthistorikers herangezogen wird. Die damit einhergehende Auswechslung einer genuin kunstimmanten durch eine Beurteilung, die sich die soziologische Gruppe der Richter und Juristen als kunstimmant vorstellt, mag kurios erscheinen. Immerhin hat sie den Vorteil der rascheren Erledigung der Streitsachen für sich.

An anderen Stellen verwendet das Urheberrechtsgesetz immerhin den Begriff des „Originals“ eines Werkes und rekurriert damit auf einen außerrechtlichen, genuin kunstwissenschaftlichen beziehungsweise kunstpraktischen Begriff. Bedeutsam ist das insbesondere beim sogenannten Folgerecht, dem Recht eines Künstlers, an den Erlösen der Weiterveräußerung des Originals seines Kunstwerkes beteiligt zu werden. Was aber ist das „Original“ eines Lichtbildwerkes? Die rechtsimmanente Begriffsbildung grenzt das „Original“ vom „Vervielfältigungsstück“ ab, ohne dass daran freilich immer unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft wären.³²⁸ So verstanden wäre jeder Abzug eines Negativs und jeder Ausdruck des ursprünglichen digitalen Bilddatensatzes bereits ein Vervielfältigungsstück und kein Original im Sinne der ersten Materialisierung des an sich ja immateriellen urheberrechtlich geschützten Werkes. Die gesetzliche Regelung hat daher künstlerische Praxis und gesetzliche Definition insoweit verschränkt, als unter sie neben den vom Künstler selbst geschaffenen Werken auch alle Werke fallen, „die als Originale von Kunstwerken angesehen werden“. Letztere werden dann im Wege einer gesetzlichen Fiktion definiert als Exemplare, „die vom Künstler selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt wurden“ und die „in der Regel nummeriert, signiert oder vom Künstler auf andere Weise ordnungsgemäß autorisiert sein müssen“.³²⁹ Danach sind neben dem Negativ grundsätzlich

327 BGH v. 27.01.1983, I ZR 177/80, GRUR 1983, 377, 378 – Brombeermuster; v. 7.11.1980, I ZR 57/78, GRUR 1981, 273, 274 – Leuchttenglas; zur Definitions-kompetenz Fallert (2014).

328 §§ 17, 18, 6 Abs. 2, 25 Abs. 1 und 2, 137 e Abs. 2 UrhG; zum Originalbegriff im Urheberrecht Hamann (1980) und (1981); Jacobs (2008), S. 146 ff.; Rau (2009).

329 Art. 2 der Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.9.2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. EG Nr. L 272 v. 13.10.2001, S. 32.

alle Abzüge als Originale anzusehen, sofern sie nur mit Wissen und Wollen des Fotografen hergestellt worden sind. Ein Teil der juristischen Literatur will daraus schließen, dass aus der klassischen Fotografie nur Vintage-Prints erfasst seien.³³⁰ Erst nach dem Tode des Fotografen hergestellte Abzüge scheiden dagegen als Originale aus.

Die Opposition von Kunst – oder doch zumindest kreativem Schaffen – und Ware spiegelt sich zuletzt in der Streitfrage wider, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln das Instrument des Urheberrechts neues kreatives Schaffen ermöglichen soll. Nimmt das traditionelle Verständnis wie selbstverständlich an, dass das Urheberrecht zu einer Verbreitung von Werken anrege und mithin für weiteres Werkschaffen sorge, beziehungsweise, dass der vom Gesetzgeber in Aussicht gestellte Erwerb eines Ausschließlichkeitsrechts am eigenen Schaffensergebnis schon als solcher hinreichender Anreiz für weiteres Werkschaffen sei, halten die Kritiker auf der einen Seite befeuert von dem Slogan „alle Information will frei sein“ eine Kultur des Teilens für sozialverträglicher als bisherige Propertisierungen auf der Grundlage von Ausschlussrechten. Angestoßen von der Open Source- und der Open Content-Bewegung, die das normative Urheberrecht als Mittel nutzt, um eine gänzlich urheberrechtsfreie Zone zu schaffen, spiegelt dies die Bedürfnisse vor allem der jüngeren, internetgewohnten Remix-Kultur wider. Diese sieht das Haupthindernis für zeit- und technikgemäße künstlerische oder zumindest kreative Praktiken in der normativen Bindung jeglicher kreativer Fortentwicklung an die Zustimmung des Urhebers des bereits vorhandenen bearbeiteten Materials. Man mag diese Sichtweise als übertrieben romantisch kritisieren, übergeht sie doch ohne weitere Diskussion die berechtigten ökonomischen Interessen professioneller (Bild-)Journalisten. Zugleich wird ebenfalls unbemerkt die seinerzeit als kultureller Fortschritt gefeierte philosophische Trennung von Werk und Werkexemplar – auf die Fotografie bezogen also von Abbildung und Abbild, also von Bild und Bildidee – aufgegeben. Auf der anderen Seite verschanzen sich die Verleger und Medienunternehmen, für die kreative Werke in erster Linie eine umsatz- und gewinnträchtige Handelsware darstellen, unter dem Slogan „The answer to the machine is in the machine“³³¹ zunehmend hinter technischen Schutzmaßnahmen und durchkämmen das Internet mittels automatisierter Software auf Rechtsverletzungen.

330 So Vogel in: Schrieker/Loewenheim (2017), § 44 Rdnr. 27 gegen etwa Schulze in: Dreier/Schulze (2018) § 44 Rdnr. 19.

331 Clark (1996).

Zwischen diesen beiden Extrempositionen vermittelnd ist es das erklärte Ziel der von Lawrence Lessig initiierten „Creative Commons“-Bewegung, einen hinreichenden Fundus schöpferischen Materials zur erlaubnisfreien kreativen Aneignungen bereit zu stellen.³³² Verfolgt wird das Modell standardisierter begrenzter Lizenzerteilungen, deren Zuschnitt Richtung Nutzer mittels eingängiger Icons (Abb. 54) und Richtung Maschine durch automatisiert auslesbare Informationen repräsentiert wird. Das auf diese Weise markierte fotografische Material ist aufgrund geschickt formalisierter, internetgerechter Aufarbeitung über Plattformen wie Flickr, Wikipedia sowie die Sucheinstellungen bei Google gut erschlossen.



Abb.54: Creative Commons, Lizenzsymbole (Namensnennung; nicht-kommerzielle Nutzung; keine Bearbeitung; Weitergabe unter gleichen Bedingungen)

Künstlerischer und juristischer Diskurs wie auch der Kunst- und der Warencharakter sind hier also in einen gemeinsamen Technikdiskurs eingebettet, der nicht nur neue künstlerische Strategien ermöglicht, sondern der sich zugleich als Triebkraft wie als Heilmittel für kommerzielle Gefährdungen und auch neue Geschäftsmodelle erweist. Mittels Digitalisierung und Vernetzung entsteht angesichts der rasant fortschreitenden Demokratisierung von Bildaufnahmegeräten und der interaktiven Web 2.0-Technologien eine neue Bildökologie, in der das Feld von Fotografie als Kunst und/oder Ware sowohl im künstlerischen wie im rechtlichen, vor allem aber im praktischen Diskurs neu vermessen ist.

– Die Frage der Kunstfreiheit

Im Gegensatz von Kunst und Ware hat der Aspekt der Kunst freilich die grundgesetzlich festgeschriebene Kunstfreiheit auf ihrer Seite, wie sie in Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes ebenso kraftvoll wie einfach formuliert

332 <http://de.creativecommons.org>; Dreier (2005).

garantiert ist: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.“ Ihrer primären Funktion nach handelt es sich bei dieser grundgesetzlichen Freiheitsverbürgung um ein Abwehrrecht eines jeden künstlerisch tätigen Menschen gegenüber staatlicher Intervention. Garantiert ist subjektiv-rechtlich das individuelle Abwehrrecht (Freiheitsrecht) des einzelnen Künstlers, objektiv-rechtlich die Freiheit der Kunst als autonomen und eingegesetzlichen Lebensbereich, sowie als objektive Wertentscheidung die Freiheit, Pflege und Förderung der Kunst als Teil der grundgesetzlichen Kulturverfassung (Kulturstaatlichkeit). Geschützt ist nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG sowohl der Werkbereich des künstlerischen Schaffens, als auch der Wirkbereich der Kunstvermittlung. Das eigentlich Provozierende dieser Garantie besteht darin, dass Kunst in der Gesellschaft einen Sonderstatus beansprucht: Sie will gegenüber der Gesellschaft geschützt und insbesondere gegen Intervention durch die Politik immunisiert werden. Künstlern soll mit anderen Worten mehr erlaubt sein als Nicht-Künstlern. Aus diesem Grund ist die Freiheit der Kunst im Grundgesetz im Gegensatz zu anderen Grundrechten, die nur vorbehaltlich entgegenstehender allgemeiner Gesetze gelten, im Grundgesetz schrankenlos gewährt.

Das ist freilich immer dann ein Problem, wenn Kunst ihrerseits politisch agieren und wirken will. Da Freiheit neben der Freiheit *von* staatlicher Intervention in das künstlerische Schaffen und dessen Rezeption zugleich die Freiheit *zur* künstlerischen Tätigkeit umfasst, stellt sich dann aber vor allem die Frage, inwieweit eine nach kunstimmmanentem Diskurs künstlerische Tätigkeit auch dann noch durch die Kunstdfreiheit gedeckt ist, wenn sie Rechte Dritter zu verletzen droht.³³³

Mitunter hat der Gesetzgeber die Abwägung zwischen Kunstdfreiheit und entgegenstehenden Rechten Dritter bereits im Gesetz selbst vorstrukturiert und die gesetzliche Regelung zugunsten der Kunstdfreiheit in ihrer Reichweite beschränkt. So enthält bereits das Kunstarhebergesetz (KUG) von 1907, dem zufolge Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet und zur Schau gestellt werden können, eine Ausnahme, sofern die Verbreitung oder Schaustellung des betreffenden Bildnisses „einem höheren Interesse der Kunst dient“.³³⁴

333 Zu Kunst und Gesetzesbruch s. Neue Gesellschaft für bildende Kunst (2004); zu Kunstsandalen Schwerfel (2000).

334 § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG.

Mit umgekehrtem Vorzeichen ist jedoch zu fragen, ob – und wenn ja, wieweit – die Kunstfreiheit trotz ihrer an sich vorbehaltlosen Gewähr im Grundrechtskatalog gleichwohl durch einfache Gesetze eingeschränkt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht, das nach der Verfassungsordnung des deutschen Grundgesetzes in solchen Fragen die Auslegungskompetenz besitzt, lässt dies dann zu, wenn das einfache Gesetz auf den Schutz einer gleichfalls grundrechtlich geschützten Position – insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht, der Kinder- und Jugendschutz, das Sacheigentum oder auch das Urheberrecht Dritter – abzielt. Damit vermag letztlich jedes einfache Gesetz, so es nur allgemein gehalten ist und nicht auf das Verbot einer bestimmten Kunstrichtung abzielt, die Kunstfreiheit einzuschränken. Zu solchen einfachen Gesetzen zählen vor allem die besonderen strafrechtlichen Bestimmungen des Verbots – nicht schon der Anfertigung oder des Konsums, wohl aber der Verbreitung – von Pornographie einschließlich der Gewalt- oder Tierpornographie. Bei der zum Schutz von Minderjährigen unter 14 Jahren stärker geahndeten Kinderpornographie sind zusätzlich bereits Erwerb und selbst der private Besitz strafbar. Den im Gesetz genannten „Schriften“ sind im Wege einer gesetzlichen Definition neben Ton- und Bildträgern sowie Datenspeichern auch Abbildungen und andere Darstellungen gleichgestellt, also auch Fotografien, gleichviel auf welche Weise diese verkörpert oder gespeichert sind.³³⁵ Bei Rundfunk, Medien- und Telediensten ist sicherzustellen, dass Jugendliche unter 18 Jahren hierauf keinen Zugriff haben.³³⁶ Strafrechtlich relevant sind auch verbotene Gewaltdarstellungen.³³⁷ Eigentum und das Recht am eigenen Bild hingegen sind gegen Verletzungen vornehmlich durch zivilrechtliche Rechtsfolgen – Unterlassen, Schadensersatz – geschützt.³³⁸

Im Konfliktfall sind nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Dogmatik Kunstfreiheit und entgegenstehende, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen daher gegeneinander abzugrenzen und abzuwägen.

Das setzt zunächst die Definition dessen voraus, was in diesem Abwägungsprozess unter der Kunstfreiheitsgarantie besonderen Schutz beanspruchen kann. Aufgrund der Autopoiesis des rechtlichen Systems kann

³³⁵ §§ 184 ff., 11 Abs. 2 StGB.

³³⁶ Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Teamedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, JMSV).

³³⁷ § 131 StGB.

³³⁸ §§ 823, 1004 BGB; §§ 22 ff. Kunsturhebergesetz (KUG).

diese Entscheidung in gerichtsförmigen Verfahren immer nur vor den Gerichten getroffen werden, und so ist letztinstanzlich das Bundesverfassungsgericht – also eine rechtliche, nicht eine künstlerische Instanz – der primäre Kunstfreiheitsinterpret.³³⁹ Das ist insofern nicht ganz unproblematisch, da die Gerichte Teil der staatlichen Gewalt sind, die die Kunstfreiheit nach eben dem Gebot zu respektieren hat, dessen Reichweite es gerade erst zu interpretieren gilt. Daher spielt das Bundesverfassungsgericht den Ball insofern gleich wieder an das System der Kunst zurück und definiert „Kunst“ im Sinne des Grundgesetzes grundsätzlich kunstautonom im Sinne eines offenen Kunstbegriffs, jedenfalls so lange eine kunstautonome Definition nicht auf unverhältnismäßige Art und Weise fremde Grundrechtspositionen Dritter tangiert.³⁴⁰ Zugleich beschränkt die Rechtsprechung die rechtliche Kontrolle des außerrechtlichen sachverständigen Kunsturteils auf dessen bloße „Vertretbarkeit“, ersetzt die kunstimmanente Definition also nicht notwendig durch eine normative Definition.³⁴¹ In einem zweiten Schritt geht es dann um die konkrete Abwägung mit konfligierenden Freiheitsrechten Dritter, also um Fragen wie etwa diejenigen, unter welchen konkreten Umständen die Kunstfreiheit unter dem Blickwinkel der Pornographie eingeschränkt werden kann und wann das berechtigte Interesse des Abgebildeten Vorrang vor dem Kunstinteresse der Abbildung hat. So kann durchaus etwa ansonsten verbotene Pornografie geschützte Kunst sein, wie umgekehrt der Jugendschutz im Einzelfall eine Einschränkung der Kunstfreiheit zu rechtfertigen vermag.³⁴²

Im Ergebnis ist die grundgesetzliche Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG also zwar vorbehaltlos und kann weder durch Gesetz noch aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Aber gänzlich grenzenlos ist die Freiheit der Kunst eben doch nicht. Ohnehin ist grenzenlose Freiheit keine Freiheit mehr.

339 Würkner (1994), S. 6 ff.; Henschel (1990), S. 1943 f.; Ladeur (2007), S. 11 ff.

340 S. vor allem BVerfG v. 17.7.1984, 1 BvR 816/82, NJW 1985, 261 – Anachronistischer Zug (Straßentheater); v. 27.11.1990, 1 BvR 402/87, NJW 1991, 1471 – Josefine Mutzenbacher (Roman).

341 So BVerwG v. 26.11.1992, 7 C 20/92, NJW 1993, 1491 (zur Indizierung der Bundesprüfstelle nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte, GjS).

342 BVerfGE v. 27.11.1990, 1 BvR 402/87, NJW 1991, 1471 – Josefine Mutzenbacher, sowie BGH v. 21.6.1990, 1 StR 477/89, NJW 1990, 3026 – Opus Pistorum.

– Beispiele

Da es bei der gerichtlichen Beurteilung mithin jedes Mal um die Abwägung der Gesamtumstände eines konkreten Einzelfalls geht, erweisen sich die Entscheidungen, die zur Frage der Reichweite der Kunstrechte im Zusammenhang mit Fotografien ergangen sind, weit weniger systematisch als die an sich stringente Gesetzesystematik erwarten lassen könnte. Eher wird man Eckpunkte sehen können, die das Feld des künstlerischen und meinungsbildenden Schaffens vermessen.

So müssen es etwa Personen der Zeitgeschichte hinnehmen, dass man sich mit ihnen – wie im Fall Lafontaine, der wegen eines Plakates des Autoherstellers Sixt geklagt hatte (Abb. 55) – selbst zu Werbezwecken auf satirische Art und Weise auseinandersetzt, auch wenn sich bekannte Persönlichkeiten an sich der unerlaubten Werbung mit ihrem Konterfei widersetzen können.³⁴³



Abb.55: Sixt, Rücktritt des Finanzministers (Oscar Lafontaine) (2006)

Auch im Fall der bildlichen Darstellung des von seinem seinerzeitigen Job als Trainer des FC Bayern München entbundenen Jürgen Klinsmann als gekreuzigter Jesus unter dem Motto der Monty Python „Allways look on the bright side of life“ sah das OLG München eine zulässige Darstellung der Umstände von dessen Entlassung. Unabhängig davon, ob die Satire auch als Kunst einzustufen sei, gehe bei einer derartigen Satire jedenfalls

343 BGH v. 26.10.2006, I ZR 182/04, GRUR 2007, 139 – Rücktritt des Finanzministers.

die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG dem Persönlichkeitsrecht vor (Abb. 56).³⁴⁴

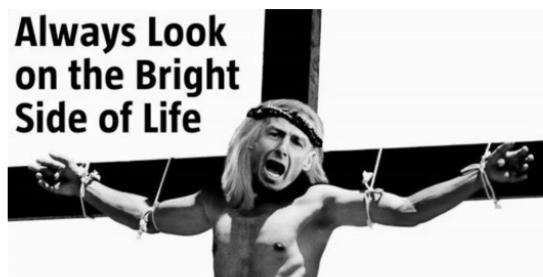


Abb. 56: *taz, Always look on the bright side of life (Jürgen Klinsmann)*

Zurückhaltender zeigte sich das Bundesverfassungsgericht – gestützt allerdings auf die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG – hingegen im Fall einer satirischen Abbildung des in die Krise geratenen ehemaligen Vorstandschefs der Deutschen Telekom Ron Sommer, dessen Gesichtszüge in einer fotografischen Karikatur künstlich gealtert worden waren. Unter der Annahme, dass „das Aussehen verändernde Bildmanipulationen ... heute relativ einfach mit technischen Mitteln herbeigeführt werden können“, sah sich das Gericht veranlasst, den Betrachter vor unerkennbaren Manipulationen zu schützen, da Fotos Authentizität suggerierten und die Betrachter davon ausgingen, dass die abgebildete Person in Wirklichkeit so wie



Abb. 57: *Wirtschaftswoche, Ron Sommer (2000)*

344 OLG München v. 7.7.2009, 18 W 1391/09 ZUM-RD 2009, 551.

abgebildet aussehe (Abb. 57).³⁴⁵ Das verwundert insofern ein wenig, als das Gericht vom Glauben an die Authentizität visueller Darstellungen ausgeht, die den Eindruck eines fotografischen Abbildes erwecken, und zugleich einen auch für die Betrachter erkennbaren satirischen Charakter anerkennt, zumal es ebenfalls annimmt, Manipulationen seien im Digitalen Bild ganz einfach zu erzeugen.

Nicht zu vergessen werden darf jedoch, dass es bei derartigen Entscheidungen nicht immer allein um den abstrakten Vorrang der Kunst vor dem Schutz individueller Persönlichkeiten geht. Vielmehr sind diese Entscheidungen zugleich vor dem Hintergrund einer fortschreitenden Kommerzialisierung zu sehen, bei der es zugleich darum geht, dass sich die in ihren Persönlichkeitsrechten Beeinträchtigten einen Anteil am Gewinn zu sichern suchen, der von Dritten unter Ausnutzung des Bekanntheitswertes der betroffenen Prominenten erwirtschaftet worden ist.

Zuletzt lassen sich die von den Gerichten vorgenommenen Abwägungen vor allem im Bereich der Pornografie nur vor dem Hintergrund sich wandelnder gesellschaftlicher Anschauungen verstehen.³⁴⁶ Zwar haben sich die Gerichte insoweit seit längerem auf eine etwas sperrige Definition verständigt, die auf die Reizwirkungs- und Stimulierungstendenz der Darstellung abstellt, „welche den Menschen im Rahmen der Darstellung zugleich zum bloßen, auswechselbaren Objekt sexueller Begierde degradiert und den organisch-physiologischen Aspekt der Sexualität in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund rückt“.³⁴⁷ Während im Bildbereich seit der Strafrechtsreform von 1973, die den Begriff der „unzüchtigen Schriften“ ersetzte, eine weitgehende Liberalisierung dessen, was als „groß aufdringlich“ angesehen wird, stattgefunden hat, sind die Maßstäbe im Bereich der Kinderpornografie in den letzten Jahrzehnten weit strenger geworden. So erscheinen Aufnahmen wie die der Tochter Klenzes durch

345 BVerfG v. 14.2.2005, 1 BvR 240/04, GRUR 2005, 500, 502 – satirische Fotomontage, entgegen BGH v. 30.9.2003, VI ZR 89/02, GRUR 2004, 590; zur Entscheidung des BGH 8.11.2005, VI ZR 64/05 nach Zurückverweisung s. GRUR 2006, 255. – Zum zivilrechtlichen Schutz vor manipulierten Fotografien Lüder (2012), S. 100 ff.

346 Zum sich wandelnden Verständnis gegenüber den früher so bezeichneten Sittlichkeitsdelikten für die Entwicklung bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts exemplarisch Quanter (1925/2003); zur Schnittstelle Körper und Kunst Zimmermann (2001).

347 So z.B. KG v. 8.2.2008, (4) I Ss 312/07, NStZ 2009, 446; ähnlich OLG Düsseldorf v. 28.3.1974, 1 Ss 847/73, NJW 1974, 1474.

Hanfstaengel – eine Ikone der Fotografiegeschichte aus dem vorvergangenen Jahrhundert (Abb. 58) – durchaus bedenklich. Das Titelbild des Spiegel, das in den 70er Jahren ein Foto zeigte, das die rumänische Fotografin Irina Ionesco von ihrer damals erst 11-jährigen Tochter Eva unbekleidet als Lolita zeigte, inzwischen vom Netz genommen, und 2006 ist der 1977 veröffentlichte Film „Spielen wir Liebe“ mit Irina Ionesco gerichtlich verboten worden.³⁴⁸



Abb.58: Franz Hanfstaengl, Eugenie von Klenze (um 1855)

Rechtlicher Regelungsanspruch und künstlerische Regelungsferne

Die umschriebenen Verschränkungen von Kunst und Recht ändern wenig am grundsätzlichen Gegensatz von rechtlichem Regelungsanspruch und künstlerischer Regelungsferne. Entsprechend ihrem Selbstverständnis neigen Juristen – schon angesichts der juristischen Letztentscheidungskompetenz in Sachen Grenzen der Kunstdfreiheit – dazu, die gesamte Welt als juristisch vermessen anzusehen. Künstler hingegen sehen ihre Tätigkeit durchweg als regelungsfern. So wie die künstlerische Praxis kaum rechtliche Fragen thematisiert, nimmt umgekehrt Recht auf die Kunst nur in seltenen Fällen explizit Bezug. Sofern sie nicht – wie insbesondere die früheren Avantgarden – regelrecht regelungsavers gezielt auf Provokation, Tabu- und gesetzlichen Regelbruch abstehen, bleiben Berührungspunkte der beiden Diskurse die Ausnahme, so in den genannten Fällen, in denen die

348 Titelbild Heft 22/1977 (einschließlich der Titelgeschichte, www.spiegel.de/spiegel/print/index-1977-22.html), noch einzusehen im Archiv der Zeitschrift EMMA, <https://www.emma.de/artikel/chronik-highlights-aus-40-jahren-333921>; AG Karlsruhe Az. 31 Gs 1824/06, s. http://de.wikipedia.org/wiki/Eva_Ionesco.

rechtliche Norm auf außerrechtliche Begriffe aus dem Kunstbereich zurückgreift und diese in die rechtliche Norm inkorporiert, sowie dort, wo von juristischer Seite versucht wird, im Rahmen des „Kunstrechts“ eine Verbindung zwischen Kunst und Recht zu erstellen und auch Künstler mit in einen gemeinsamen Diskurs einzubeziehen.³⁴⁹ Angesichts der Auslegungs- und Entscheidungskompetenz, die dem Recht in gerichtlich ausgetragenen Streitfällen zukommt, können Widersprüche zwischen rechtlichem Regelungsanspruch und künstlerischer Regelungsferne freilich letztinstanzlich nur zugunsten des Normativen, also des Rechts entschieden werden. Das gilt allerdings nur dann, wenn es zu einem rechtsförmigen Verfahren vor Gericht kommt. Legen die Beteiligten ihren Streit außegerichtlich bei, so bleibt die normative Regelung lediglich die Folie, vor deren Hintergrund die Parteien ihr Verhalten orientieren und den außerrechtlichen Kompromiss aushandeln.

Ohnehin sind derartige Konfliktfälle im Bereich von Kunstrechte und Fotografie vergleichsweise selten. Kollektive Selbstvergewisserung, die zu Konflikten zwischen Kunstrechte und Persönlichkeitsrechten führt, erfolgt momentan offensichtlich weniger durch einzelne Bilder als vielmehr durch die Fiktionalisierung realer historischer Ereignisse,⁷³⁵⁰⁷ also weniger statisch als vielmehr dynamisch.

349 S. die regelmäßigen Veranstaltungen des Heidelberger Kunstrechttags, <https://ifk.ur.de>; Schack (2017); Ebling/Schulze (2012). In den USA hat „Art Law“ eine längere Tradition, s. Merryman, J.H./Elsen, A.E.: *Law Ethics and the Visual Arts*, (1. Aufl. 1979); DuBoff, L.: *Art Law* (1. Aufl. 1984).

350 77 S. vor allem BVerfG v. 13.6.2007, 1 BvR 1783/05, NJW 2008, 39 – Esra; v. 29.8.2007, 1 BvR 1223/07 und 1 BvR 1224/07, NJW 2007, 3197 – Contergan; BGH 24.11.2009 – VI ZR 219/08, NJW 2010, 763 – Kannibale von Rothenburg, und dazu BVerfG Beschluss v. 17.6.2009, 1 BvQ 26/09; BGH v. 16.9.2008, VI ZR 244/07, GRUR 2009, 83 – „Ehrensache“.