

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

4

K&R

- Editorial: Darum brauchen wir die E-Privacy-Verordnung
Ulrich Kelber
- 217 Neues zur Novellierung des Markengesetzes –
Chancen für den E-Commerce
Dominik Eickemeier und Carsten Brodersen
- 221 Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2018
Dr. Sebastian Meyer und Dr. Christoph Rempe
- 229 Unzumutbare Belästigung durch Display-Werbung –
wann ist nervig auch wettbewerbswidrig?
Dr. Martin Schirmbacher
- 232 Der Schutz von Erzeugnissen künstlicher Kreativität im Urheberrecht
Dr. Patrick Ehinger und Lara Grünberg
- 237 Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2018
Dr. Flemming Moos
- 245 Urheberrechtlicher Schutz von Reprofotos · *David Seiler*
- 249 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 252 EuGH: Kein Datenschutzverstoß durch Video-Veröffentlichung
allein zu journalistischen Zwecken
- 256 BGH: Prüfpflicht eines Suchmaschinenbetreibers bei
Persönlichkeitsrechtsverletzungen
- 259 BGH: Keine vermutete Wiederholungsgefahr nach Dritunterwerfung
bei Äußerungsdelikten
- 268 OLG Dresden: Streitwert bei Beitrags-Löschung und
Nutzer-Sperrung durch soziales Netzwerk
- 284 AG Diez: Kein Schmerzensgeld für unverlangte Werbe-E-Mail
- 285 AG Mannheim: Störung des öffentlichen Friedens
durch Fake News in Blogbeitrag
- 288 Glosse: Amoklauf im Kopf · *Michael Schmuck*

22. Jahrgang

April 2019

Seiten 217 – 288

RA David Seiler, Cottbus*

Urheberrechtlicher Schutz von Reprofotos

Zugleich Kommentar zu BGH, Urteil vom 20. 12. 2018 – I ZR 104/17, K&R 2019, 184 ff. (Heft 3)

Der Entscheidung des BGH „Museumsfotos“¹ liegt einerseits ein Streit über den rechtlichen Schutz von Fotografien zugrunde, der so alt ist wie der gesetzliche Schutz von Fotografien. Andererseits ist die Entscheidung auch der rechtspolitische Kristallisationspunkt der Frage, ob Kulturgut – zumindest dann, wenn dessen Schutzfristen abgelaufen sind – der Allgemeinheit frei zugänglich gemacht werden darf, ungeachtet der Rechtspositionen und des Willens der Eigentümer dieser Werke.

Rechtsdogmatisch stellen sich zwei grundlegende Fragen, die der BGH jetzt weitgehend klären konnte:

1. Ist die fotografische Reproduktion eines Gemäldes eine reine Vervielfältigung oder kann sie selbst rechtlichen Schutz nach § 72 UrhG als Lichtbild oder gar nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG als Lichtbildwerk in Anspruch nehmen?
2. Kann sich aus dem Eigentum am Werk oder aus einem Besichtigungsvertrag ein Unterlassungsanspruch gegen die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung des Werkes ergeben?

I. Problemstellung

1. Die konkreten Rechtsverletzungen

Das Reiss-Engelhorn Museum der Stadt Mannheim hatte einen Fotografen, der ehrenamtlich Wikipedia unterstützt, auf Unterlassung der Internetveröffentlichung von Reproduktionsfotografien und Scans von Reprofotos ihrer Exponate in Anspruch genommen. Die Reprofotos zeigen Ausstellungsgegenstände, an denen die urheberrechtlichen Schutzfristen abgelaufen sind, so dass alle Fotos sogenannte gemeinfreie Werke zeigen.

Das Museum hatte den Fotografen abgemahnt und verklagt. Vorgeworfen wurde ihm einerseits Urheberrechtsverletzung und andererseits Eigentumsverletzung:

a) Urheberrechtsverletzung durch Abscannen und Hochladen

Der Beklagte hatte 17 Reprofotos, die der frühere Hausfotograf des Museums anfertigte und die in einer Publikation des Museums erschienen waren, abgescannert und auf die Plattform Wikipedia Commons hochgeladen.

b) Eigentumsverletzung durch Fotografieren und Hochladen der Fotos

Von weiteren 20 Exponaten hat der Beklagte bei einem Ausstellungsbesuch Fotos gemacht, die er ebenfalls auf die Plattform Wikipedia Commons hochgeladen hat.

Der Beklagte hat alle Fotos unter der „Creative Commons Lizenz“ hochgeladen, die jedem auch die kommerzielle Nutzung kostenfrei gestattet. Der Beklagte tat dies in Kenntnis des Eigentums und des Fotografiervotes, da er es für anstößig und unanständig hält, dass ein mit öffentlichen Geldern finanziertes Museum der Öffentlich-

keit – aus seiner Sicht – die gemeinfreien Werke vorenthält und weil er daher entsprechende Verbote für nichtig hält, wie er vor Gericht aussagte.

c) Bewertung

Einerseits werden die Werke der Öffentlichkeit nicht vorenthalten, sondern sie sind im Museum zu besichtigen und zum anderen steht es niemandem zu, seine eigenen moralischen Wertungen über Recht und Gesetz zu stellen. Zudem ist es unverantwortlich, die Fotos ohne die erforderlichen Rechte unter der CC-Lizenz anzubieten und damit die Nachnutzer einem erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiko auszusetzen. Rund 50 Nachnutzer wurden ebenfalls abgemahnt. Wer das Recht herausfordern will, möge dies in eigener Verantwortung tun, ohne jedoch andere mit hinein zu ziehen.

2. Urheberrechtsverletzung durch Abscannen und Hochladen der Reprofotos

Rechtlich ging es beim Abscannen der Reprofotos, die der Hausfotograf gemacht hatte, aus einer Publikation darum, ob es sich lediglich um eine Vervielfältigung, § 16 UrhG, um eine einfache Fotografie (sogenanntes Lichtbild, § 72 UrhG) oder gar um ein Lichtbildwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) handelt. Das Abscannen ist jedenfalls selbst eine Vervielfältigung, § 16 UrhG, und das Hochladen eine Online-Zugänglichmachung, § 19 a UrhG, wenn das gescannte Replibild durch das Urheberrechtsgesetz geschützt ist.

3. Rechtsverletzung durch Fotografieren von Ausstellungsgegenständen und Hochladen der Fotos

Bei den Fotos, die der Beklagte selbst in einer Ausstellung aufgenommen hat, stellt sich die Frage, ob das Eigentumsrecht oder der Besichtigungsvertrag verletzt wurden. In der Sanssouci-Rechtsprechung² hatte der BGH entschieden, dass der Eigentümer bestimmen kann, ob und wenn ja wer sein Eigentum zu Gesicht bekommt und unter welchen Bedingungen, also z. B. ob Fotografieren nur nach Genehmigung und unter Auflagen zulässig ist. Die fotografische Auswertung des Eigentums steht dem Eigentümer zu.

4. Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das LG Stuttgart gab der Klage³ statt. Die Berufung des Beklagten zum OLG Stuttgart blieb weitestgehend ohne Erfolg: Das OLG bemängelte lediglich für ein einzelnes Bild die fehlende Darlegung des erforderlichen Nutzungs-

* Mehr über den Autor erfahren sie auf S. XII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 4. 3. 2019.

1 BGH, 20. 12. 2018 – I ZR 104/17, K&R 2019, 184 ff.; vorgehend: OLG Stuttgart, 31. 5. 2017 – 4 U 204/16, K&R 2017, 514; LG Stuttgart, 27. 9. 2016 – 17 O 690/15, K&R 2017, 66.

2 BGH, 17. 12. 2010 – V ZR 45/10, K&R 2011, 190; BGH, 1. 3. 2013 – V ZR 14/12, K&R 2013, 397 ff.

3 LG Stuttgart, 3. 8. 2016 – 17 O 690/15, K&R 2017, 66.

rechts der Klägerin.⁴ Das OLG Stuttgart übertrug die Rechtsprechung zum Eigentumsrecht und dessen Auswirkung auf das Fotografieren von Schlössern und Gärten auf Ausstellungsgegenstände. Es erkennt zudem Unterlassungsansprüche aus dem Hausrecht und dem verletzten Fotografierverbot des Besichtigungsvertrages zu. Beides wurde mit der Revision angegriffen. Der unterlegene Fotograf legte Revision zum BGH ein. Der BGH wies die Revision jedoch zurück.

5. Rechtsschutz von Fotografien und Reprofotografien

Die Frage, ob ein abfotografiertes Bild, ein Reprobild, selbst rechtlichen Schutz genießt, wirft die Frage nach dem generellen Rechtsschutz von Fotografien auf. Als Fotografien erstmals urheberrechtlich geschützt werden sollten, gab es schon die Diskussion, ob Fotografien anders als Gemälde überhaupt kreative Leistungen sind und urheberrechtlichen Schutz verdienen oder einfach nur das abgebildet wird, was sich in der Realität vor der Linse abspielt – also die Fotografie nur eine Vervielfältigung der Realität ist, die keinen eigenständigen Schutz für sich in Anspruch nehmen kann. Eine Idee war, Fotografien lediglich eine verkürzte Schutzdauer zuzuerkennen. Durch zunehmend einfacher zu bedienende Fotoapparate, einfachere Filmentwicklung und naturgetreuere Abbildungen schienen der künstlerische, gestalterische und schöpferische Spielraum, der einen urheberrechtlichen Schutz rechtfertigt, zu schwinden. Nachdem zunächst im KUG für alle Fotografien urheberrechtlicher Schutz bestimmt war, wurde die Gegenposition vertreten, dass alle Fotografien nur noch durch ein Leistungsschutzrecht geschützt sein sollten. Dieser Streit, der jahrzehntelang die rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen zum Rechtsschutz für Fotografien bestimmte,⁵ wurde durch den zweigleisigen Fotografieschutz des Urheberrechtsgesetzes von 1965 auf die Gerichte verlagert. Es bleibt seit dem den Gerichten überlassen, die Einordnung vorzunehmen.⁶ Wie die Entscheidung Museumsfotos zeigt, ist die Abgrenzung zwischen Lichtbildwerk und Lichtbild⁷ sowie die Grenze von nicht schutzfähigen Fotografien zu geschützten Fotografien⁸ nach wie vor fraglich. Insbesondere ist die rechtliche Beurteilung der Reproduktionsfotografie umstritten.⁹

Bei zweidimensionalen Vorlagen fehlt es an weit reichenden Gestaltungsmöglichkeiten, etwa der Standortwahl,¹⁰ Vorder- und Hintergrundgestaltung, Tiefenschärfe etc. Daher wird vielfach der Reprofotografie zweidimensionaler Vorlagen auch ein leistungsrechtlicher Schutz nach § 72 UrhG abgesprochen. Als Argumente werden die fehlende Gestaltungsmöglichkeit, das rein Handwerkliche des Vorgangs und die andernfalls gegebene Schutzfristverlängerung¹¹ angeführt.

Bei der Reproduktionsfotografie bestehen jedoch noch zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten,¹² die beim eigentlichen Scannen oder anderen reinen Fotokopierverfahren nicht gegeben sind und daher den Lichtbildschutz rechtfertigen. Um gute Reprofotos zu machen,¹³ muss der Fotograf (die Fotografin) in Know-how und Ausrüstung investieren. Die fotografische Leistung, die üblicherweise im Rahmen der beruflichen Tätigkeit eines Fotografen erbracht wird, muss zur Sicherung seines Lebensunterhaltes auch rechtlich geschützt sein. Es entsteht durch die Digitalisierung ein neues, im konkreten Fall etwa durch den Verkauf einer CD-ROM selbständig verwertbares Wirtschaftsgut, welches des rechtlichen Schutzes bedarf.¹⁴ Dazu dient gerade das Leistungsschutzrecht.

Die richtige Wahl der Gestaltungsmöglichkeiten und die individuelle Einrichtung des Bildes stellen das für den Schutz von § 72 UrhG vorausgesetzte Mindestmaß an persönlich geistiger und individueller Leistung dar.¹⁵ Gerade derartige Leistungen will das Leistungsschutzrecht absichern. Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich bei dem Schutz der Lichtbilder um eine rein technische Leistung, „die nicht einmal besondere Fähigkeiten voraussetzt“.¹⁶ Dieses Ergebnis bezeichnet der Gesetzgeber selbst als ungewöhnlich, aber durch das damals geltende Recht des KUG, welches allen Lichtbildern vollen urhe-

4 OLG Stuttgart, 31. 5. 2017 – 4 U 204/16, K&R 2017, 514.

5 Siehe für viele *Blanckertz*, Der Schutz der Fotografie, 1965, S. 7 m. w. N., S. 61.

6 BGH, 3. 11. 1999 – I ZR 55/97, GRUR 2000, 317 = MMR 2000, 218 = NJW-RR 2000, 343 – Werbefotos; LM H. 6/2000 § 2 UrhG Nr. 44 Anm. *Weinknecht*. Die Anforderungen an die Schutzfähigkeit von Fotografien als Lichtbildwerke, § 2 UrhG, sind als Folge der Schutzdauer-Richtlinie seit dem 1. 7. 1995 dahingehend reduziert, dass ein individuelles Werk vorliegen muss. Ein besonderes Maß an schöpferischer Gestaltung bedarf es nicht mehr.

7 Hierbei geht es insbesondere um die Frage, ob der urheberrechtliche Schutz für Fotografien durch die Schutzdauer-Richtlinie auf einen größeren Kreis von Fotografien ausgedehnt wurde, so *Schricker*, FS Kreile, 1994, S. 715; vgl. *Loewenheim*, in: *Schricker*, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 2 Rn. 179; *Ricke*, Entwicklung des rechtlichen Schutzes von Fotografien in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Gesetzgebung, 1998, S. 151; bejahend auch BGH, 3. 11. 1999 – I ZR 55/97, GRUR 2000, 317; LM H. 6/2000 § 2 UrhG Nr. 44 Anm. *Weinknecht*; siehe für das österreichische Urheberrecht: OGH, 12. 9. 2001 – 4Ob179/01 d, GRUR Int. 2002, 865.

8 Dies betrifft insbesondere die Frage der Schutzfähigkeit fotografischer Aufnahmen zwei- oder dreidimensionaler Vorlagen (sog. Reprofotos): verneinend OLG Köln, 19. 7. 1985 – 6 U 56/85, ZUM 1987, 93; *Nordemann*, GRUR 1987, 15; *Vogel*, in: *Schricker* (Fn. 7), § 72 Rn. 22; *Hertin*, in: *Nordemann*, Urheberrecht, 10. Aufl. 2008, § 72 Rn. 3; bejahend OLG Düsseldorf, 13. 2. 1996 – 20 U 115/95, GRUR 1997, 49 = ZUM 1997, 486; *Nordemann/Vinck*, in: *Nordemann* (Fn. 8), § 2 Rn. 74; *Krieger*, GRUR Int. 1973, 286; *Riedel*, Fotorecht für die Praxis, 4. Aufl. 1988, S. 23; *Gerstenberg*, Fototechnik und Urheberrecht, FS Klaka (SGRUM Bd. 16), 1987, S. 120; *Schlingloff*, AfP 1992, 112; im Ergebnis auch *Beater*, JZ 1998, 1101.

9 Lichtbildschutz verneint BGH, 8. 11. 1989 – I ZR 14/88, ZUM 1990, 354; *Hertin*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 72 Rn. 3; *Vogel*, in: *Schricker* (Fn. 7), § 72 Rn. 9, 22; *Nordemann*, GRUR 1987, 15; OLG Köln, 19. 7. 1985 – 6 U 56/85, GRUR 1987, 42; *Fleer*, in: *Hoeren/Nielen* (Hrsg.), Fotorecht – Recht der Aufnahme, Gestaltung und Verwertung von Bildern, 2004, Rn. 130. Lichtbildschutz bejahen v. *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, 1968, § 2 Rn. 22; *Katzenberger*, GRUR Int. 1989, 116, 117; *Gerstenberg* (Fn. 8), S. 120, 126; *Nordemann/Vinck*, in: *Fromm/Nordemann* (Fn. 9), § 2 Rn. 74; *Krieger*, GRUR Int. 1973, 286; *Riedel* (Fn. 8), S. 23; *Riedel*, GRUR 1951, 378, 381; *Schlingloff*, AfP 1992, 112; OLG Düsseldorf, 13. 2. 1996 – 20 U 115/95, GRUR 1997, 49; *Ganea*, Anmerkung zu Bezirksgericht Tokyo, 30. 11. 1998, GRUR Int. 2001, 180; im Ergebnis auch *Beater*, JZ 1998, 1101; ausführlich *Platena*, Das Lichtbild im Urheberrecht – Gesetzliche Regelung und technische Weiterentwicklung, 1998, S. 90, 111, 149, 167 ff.; zur Differenzierung im schwedischen Recht siehe *Högsta Domstolen*, 31. 1. 1979, GRUR Int. 1980, 374 – Glückwunschkarten.

10 Mit der fehlenden Möglichkeit, einen anderen Standort als den frontalen zu wählen, lehnt ein japanisches Gericht den Urheberrechtsschutz für Reprofotos von Holzschnitten ab: Bezirksgericht Tokyo, 30. 11. 1998, GRUR Int. 2001, 180 m. Anm. *Ganea*, der darauf hinweist, dass es kein Leistungsschutzrecht im japanischen Urheberrecht gibt.

11 *Nordemann*, GRUR 1987, 15, 18.

12 Z. B. Beleuchtung und Lichtrichtung, Farbtemperatur, Lichtqualität, Aufnahmeobjektiv, Blende, Parallaxität der Ebenen, Planlage des Aufnahmeobjektes, reflexfreie Vorlage, Aufnahme mit Untergrund oder mit Bilderrahmen, Ausschnittswahl insb. bei Abweichung der Vorlage vom Seitenverhältnis des Aufnahmeformates, farbige oder SW-Abbildung (einige der Faktoren lassen sich auch mit einem Scann-Programm beeinflussen).

13 „Gute Lichtbilder von Gemälden und Plastiken herzustellen, ist auch für Profis keine ganz leichte Aufgabe. Das Leistungsschutzrecht an solchen Lichtbildern steht außer Frage.“ so *Gerstenberg* (Fn. 8), S. 120, 126.

14 So auch *Katzenberger*, GRUR Int. 1989, 116, 117.

15 Luftbilder, Satelliten- und Automatenfotos unterliegen bei geringerer persönlicher Leistung eines Fotografen unstrittig dem Leistungsschutzrecht; *Vogel*, in: *Schricker* (Fn. 7), § 72 Rn. 19; *Platena* (Fn. 9), S. 153 kommt zum Ergebnis, dass lediglich eine menschliche Tätigkeit zur Schaffung eines Lichtbildes erforderlich ist.

16 BT-Drs. IV/270 vom 23. 3. 1962, in: *Schulze*, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, Bd. 1 - 3, 2003, Bd. 1 S. 531.

berrechtlichen Schutz gewährte, war es vorgezeichnet. Es wurde insoweit am geltenden Recht festgehalten. Für dieses Recht hatte aber schon das Reichsgericht entschieden, dass Reproduktionsfotografien rechtlich geschützt sind.¹⁷

Hiergegen spricht auch nicht die Verlängerung der Schutzfrist, da nur das Reproduktionsfoto seinerseits geschützt ist, nicht aber eine bereits gemeinfreie Vorlage wieder ihrerseits rechtlichen Schutz genießen würde.¹⁸ Ebenso wenig führt die Bearbeitung gemeinfreier Werke zu einem Aufleben des Urheberrechtsschutzes an den Ausgangswerken, sondern es entsteht nur ein Urheberrecht an der Bearbeitung, während das Ausgangswerk gemeinfrei bleibt.¹⁹ Das Ausgangsbild bei einer Reproduktionsfotografie bleibt ebenfalls gemeinfrei und kann ohne Verletzung des Urheber- oder Leistungsschutzrechts auch von Dritten beliebig vervielfältigt werden.²⁰ Voraussetzung ist hierfür jedoch der Zugang zum Ausgangsbild. Wenn der Eigentümer diesen nicht oder nur mit einem Fotografierverbot gestattet, so bewirkt das Eigentumsrecht oder das Hausrecht²¹ die faktische Monopolisierung der gemeinfreien Vorlage, nicht aber das Leistungsschutzrecht für die Reprofotos.²² Diese grundgesetzlich geschützte Position des Eigentümers darf nicht zur Verweigerung der ebenfalls durch Art. 14 GG geschützten Position des Lichtbildners an den von ihm hergestellten Reprofotos führen.²³

II. Die BGH-Entscheidung Museumsfotos

1. Leistungsschutzrecht für Reprofotos

Der BGH nutzt die Gelegenheit klarzustellen, dass dem Fotografen einer Reproduktion regelmäßig ein Leistungsschutzrecht nach § 72 UrhG zustehen (Rn. 27) und er bei Verletzung seiner Rechte nach § 97 Abs. 1 UrhG Unterlassung beanspruchen kann. Dies gilt auch für Fotografien von gemeinfreien Werken. (Rn. 20). Auch das Abfotografieren eines zweidimensionalen Werkes erfordert eine Reihe von zumindest handwerklichen, persönlichen geistigen Leistungen, die zu einem Leistungsschutzrecht führen (Rn. 26).

Zurecht verweist der BGH dabei auf die Neufassung des § 51 Abs. 3 UrhG (Rn. 27, 30), der zu Zitat Zwecken die Nutzung eines Reprofotos erlaubt. Die Gesetzesbegründung geht bei einem Reprofoto von einem „Lichtbild oder Lichtbildwerk“ aus: „Der neu angefügte S. 3 stellt klar, dass z. B. für das Zitat eines Gemäldes auch ein schon vorhandenes Lichtbild oder Lichtbildwerk, das dieses Gemälde zeigt, verwendet werden darf. [...] Damit ist es etwa auch zulässig, Foliensätze, die Zitate enthalten, mit denen sich der Zitierende in einem Vortrag auseinandergesetzt hat, auch ohne den Vortrag zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen.“²⁴

Damit wird aber auch zugleich deutlich, dass die Kritik, die Zuerkennung des Leistungsschutzrechts für Reprofotos verhindere die Nutzung des Kulturgutes durch die Allgemeinheit, in einem wichtigen Bereich, unzutreffend ist. Durch die inhaltliche Auseinandersetzung mit einem Kunstwerk und einer eigenen Aussage dazu, kann man sich die Grundlage schaffen, nicht nur das Kunstwerk, sondern auch bereits vorhandene Reprofotos des Kunstwerkes im Rahmen der Zitatzfreiheit zu nutzen und damit seine eigene Aussage zu belegen. Damit wird der kulturelle Diskurs gefördert und denen, die einen eigenen Beitrag dazu leisten, ein Leistungsanreiz gegeben. Das bedeutet jedoch nicht, dass jedermann die Reprofotos zu beliebigen,

auch kommerziellen Zwecken, z. B. für Merchandising-Produkte, frei nutzen darf.

2. Verletzung des Besichtigungsvertrages

Mit Blick auf die Internetveröffentlichung der selbst abfotografierten Gemälde erkannte der BGH einen Unterlassungsanspruch als Schadensersatz wegen der Verletzung des Besichtigungsvertrages zu.²⁵ Der Unterlassungsanspruch ist vorliegend Schadensersatz in Form der Naturalrestitution: Es wird der Zustand wieder hergestellt, der ohne bzw. vor der Verletzungshandlung bestand, §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB (Rn. 72).

Ob das ungenehmigte Fotografieren von beweglichen Gegenständen wie Gemälden zugleich auch eine Eigentumsverletzung darstellt, lässt der BGH offen. Warum es aber einen Unterschied machen soll, ob man ein Gebäude, einen Garten, eine Statue in einem Garten oder ein Gemälde im Schloss oder im Museum fotografiert, ist nicht nachvollziehbar.

3. AGB-Kontrolle des Besichtigungsvertrages

Alle Angriffe gegen das Zustandekommen des Besichtigungsvertrages weist der BGH zurecht zurück. Ein Fotografierverbot ist nicht überraschend, sondern üblich in Museen und dient nicht nur etwaigen kommerziellen Interessen des Museums, sondern auch konservatorischen Zwecken (Schutz vor Blitzlicht) und der Einhaltung etwaiger vertraglicher Pflichten gegenüber Leihgebern. Schilder mit durchgestrichener Kamera i. V. m. einer Besuchsordnung, die das generelle Fotografierverbot mit der Möglichkeit von Ausnahmegenehmigungen regelt, genügen dem BGH für die Annahme eines wirksamen Besichtigungsvertrages (Rn. 35). Der Vertrag samt Fotografierverbot genüge auch der AGB-Kontrolle. Die Hauptleistung des Besichtigungsvertrages sei es, sich die ausgestell-

17 RG, 5. 11. 1930 – I 150/30, RGZ 130, 196, 198. *Voigtländer*, in: Elster/Kleine, Urheberrecht, 4. Aufl., 1952, S. 28, auf den sich u. a. der BGH bei seiner Entscheidung „Bibelreproduktion“ vom 8. 11. 1989 – I ZR 14/88, ZUM 1990, 359 – bezieht, gibt insoweit die alte Rechtslage unzutreffend wieder.

18 *Gerstenberg* (Fn. 8), S. 120, 126; im Ergebnis auch *Schlingloff*, AfP 1992, 112, 114; *Schack*, Urheberrecht, 1997, Rn. 645, jedoch ohne nähere Begründung nur für Kunstwerke in Museen; *Oldekop*, Elektronische Bildbearbeitung im Urheberrecht, 2006, Rn. 413.

19 *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 3 Rn. 32; *Loewenheim*, in: Schricker (Fn. 7), § 3 Rn. 8, 37; *Vinck*, in: Fromm/Nordemann (Fn. 9), § 3 Rn. 26; *Hoeren*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 9 Rn. 223.

20 So im Ergebnis auch *Platena* (Fn. 9), S. 156; vgl. BGH, 13. 10. 1965 – I b ZR 111/63, Ls. 2, BGHZ 44, 228 = GRUR 1966, 503.

21 Das Hausrecht steht auch dem Mieter oder Pächter zu. Siehe hierzu auch *Oldekop* (Fn. 18), Rn. 413.

22 Entsprechend verlängert sich faktisch die Schutzdauer eines bearbeiteten Sprachwerkes, vgl. *Voigtländer u. a.* (Fn. 17), S. 43.

23 Vgl. *Beater*, JZ 1998, 1101.

24 Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG, Regierungsentwurf 15. 5. 2017 – BT-Drs. 18/12329, S. 32: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/123/1812329.pdf>.

25 *Hertin*, in: Fromm/Nordemann (Fn. 9), § 44, Rn. 6, geht ebenfalls von vertraglichen Ansprüchen aus, auch wenn die Rechtsprechung die Ansprüche des Eigentümers auf §§ 903, 1004 BGB stützt. Vgl. KG Schulze KGZ 52, 7, 9 – Fotografier-Erlaubnis für Pressephotographen im Zoo. Auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 1997, S. 18, sieht die Lösung im Vertragsrecht. So könnten bei Verletzung des Fotografierverbotes des Besichtigungsvertrages Ansprüche aus pFV geltend gemacht werden. Derjenige, der Reproduktionsrechte von gemeinfreien Werken erwirbt, erhält dadurch keine absolute, auch Dritten gegenüber wirkende Rechtsposition. Vervielfältigungen dieser Werke durch Dritte steht das Urheberrecht nicht entgegen (Vgl. *Schack*, [Fn. 25], S. 17 sowie BGH, 13. 10. 1965 – I b ZR 111/63, BGHZ 44, 288 = GRUR 1966, 503 – Apfel-Madonna). *Schlingloff*, AfP 1992, 112, 114, weist darauf hin, dass die Ausgestaltung der schuldrechtlichen Vereinbarung hinsichtlich des Fotografierens mittels im Eingangsbereich oder an der Kasse ausgehängter AGBs erfolgen kann.

ten Werke ansehen zu können und sie nicht auch zwangsläufig fotografieren zu dürfen. Daher laufe das Fotografierverbot auch nicht dem Grundgedanken des Besichtigungsvertrages zuwider.

4. Besonderheiten bei öffentlich-rechtlichen Museen und Grundrechte

Der BGH geht auch näher auf etwaige Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Körperschaft und Grundrechtspositionen ein: Die Informationsfreiheit und die Sozialbindung des Eigentums²⁶ schützen nicht das Recht, im Museum fotografieren zu dürfen. Hier käme allenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit in Betracht (Rn. 57).

Auch die öffentliche Hand könne den privatrechtlichen Besichtigungsvertrag nutzen, um die Modalitäten des Zugangs, etwa die Zahlung von Eintritt oder eben auch ein Fotografierverbot, zu regeln. Dies ergebe sich aus dem Hausrecht, auf das sich auch eine öffentliche Stelle berufen könne.

Schließlich verstoße das Fotografierverbot nicht gegen den Widmungszweck (Rn. 66).

III. Rechtspolitische Forderung nach Rechten am Kulturgut

Das BGH-Urteil gegen den Fotografen ist im Gesamtzusammenhang mit dem Urteil des LG Berlin²⁷ zu sehen, mit dem es der Wikimedia Foundation Inc. untersagt wurde, die Fotos von den Gemälden und die Scans von den Gemäldfotos online zugänglich zu machen.

Wikimedia ist der Auffassung, dass „unser Kulturerbe“ in Zeiten der digitalen Medien Allgemeingut sein soll.²⁸ Daher solle der Gesetzgeber das Leistungsschutzrecht an Fotografien nach § 72 UrhG reformieren. Die finanziellen Interessen des Museums an der eigenen Verwertung seiner Reprofotos wird sogar als „Geiselnahme“ bezeichnet. Die Gemeinfreiheit der Originale solle sich in den Reprofotos (Digitalisate) fortsetzen.

Warum aber jemand einen Anspruch drauf haben soll, die auf Kosten des Steuerzahlers erstellten Reproaufnahmen kostenfrei und zwar auch kommerziell mit Gewinnerzielungsabsicht nutzen zu dürfen, ist nicht nachvollziehbar. Zunächst entstehen den Museen und damit den Steuerzahlern für die Anschaffung, die Lagerung und Unterhaltung der Gemälde Kosten (Gebäude, Betriebskosten, Personal). Hinzu kommen Kosten für die Erstellung bzw. Anschaffung der Reprofotos sowie für die Bearbeitung der Anfragen nach Reprofotos. Es ist daher legitim, diese Kosten auf die Nutzer von Reprofotos umzulegen und einen Gewinnaufschlag zu machen, der der Museumsarbeit, etwa für Neuanschaffungen, die ja im Allgemeininteresse liegen, vorzunehmen. Es bedarf dazu keiner gesetzlichen Grundlage, da das Museum hier privatrechtlich tätig wird und der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt. Würden die Bilder kostenlose oder auch nur zu Selbstkosten etwa für eine kommerzielle Verwertung freigegeben, läge darin eine versteckte Subventionierung. Warum sollen private Verlage mit kostenlosen oder kostengünstigen, von Steuergeldern angeschafften und unterhaltenen Bildbeständen und Digitalisaten Profite machen können. Ein Rechtsanspruch ist nicht ersichtlich.

Als Bildanbieter stehen die Museen zudem in Konkurrenz zu privaten Bildanbietern, etwa Bildarchiven oder Bildagenturen. Wenn nun Museen ihr Bildmaterial zu Selbstkosten – wie auch immer diese definiert und berechnet

werden sollen – oder gar kostenlos abgeben würden, läge eine Wettbewerbsverzerrung vor, gegen die sich dann die privaten Bildanbieter wehren würden. Auch daher sind die Museen gehalten, marktübliche Preise für die Nutzung ihrer Digitalisate zu verlangen. Um diese Interessen geltend machen zu können und auch die Interessen der Reprofotografen zu schützen, bedarf es des Lichtbildschutzes für Reprofotografien und die Möglichkeit, durch das Hausrecht im Besichtigungsvertrag verbindliche Fotografierverbote zu regeln.

IV. Ergebnis der Trilogverhandlung zur Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt

Der Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt²⁹ ist heftig umstritten, insbesondere beim Leistungsschutzrecht für Verleger und dem sogenannten Uploadfilter. Weitgehend unbemerkt kamen in den Trilogverhandlungen zwischen Rat, Parlament und EU-Kommission noch Änderungen in Art. 10 b und Erwägungsgrund 30 a hinzu,³⁰ die das vom BGH zu Recht festgestellte Leistungsschutzrecht für Reprofotos – auch an gemeinfreien Werken – zusammen mit der Schutzfrist für das abgebildete Werk der bildenden Kunst auslaufen – bzw. bei bereits gemeinfreien Werken – erst gar nicht entstehen lassen soll.

Nach Art. 10 b sollen die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass nach Ablauf der Schutzdauer eines Werkes der bildenden Kunst Vervielfältigungsstücke des Werkes nicht dem Urheberrecht oder einem verwandten Schutzrecht – und damit auch nicht dem Leistungsschutzrecht für Lichtbilder nach § 72 UrhG – unterliegen. Erwägungsgrund 30 a führt an, dass ein Werk mit Ablauf der Schutzdauer in die Öffentlichkeit eintrete und originalgetreue Reproduktionen dem Zugang zur Kultur und der Förderung der Kultur dienen. Im digitalen Umfeld sei der Schutz dieser Vervielfältigungen nicht mit dem Ablauf der Schutzfristen des Ausgangswerkes vereinbar – ohne dass näher ausgeführt wird, warum nicht und ohne nachzuvollziehen, dass der Lichtbildschutz gerade deshalb zuerkannt wurde, weil eben nicht nur eine Vervielfältigung bei Reprofotos vorliegt. Weiter wird ausgeführt, dass die Schutzfreiheit der Reproduktionen die Institutionen des Kulturerbes nicht daran hindern solle, Reproduktionen, etwa in Form von Postkarten, zu verkaufen. Das ist nahezu selbstverständlich, lässt den wirtschaftlichen Wertverlust durch den Wegfall des Schutzrechts aber gänzlich außer Acht.

Diese „Lex-Wikimedia“ stößt auf Seiten des europäischen Verbandes der Bildagenturen CEPIC auf Ablehnung.³¹ Die Reprofotografen würden diskriminiert, die Investitionen in die Digitalisierung des Kulturgutes würden ausbleiben, da sie sich mangels Schutzrecht nicht mehr refinanzieren

26 Der BGH lehnte schon in der Entscheidung Schloss Regel, GRUR 1975, 500 = NJW 1975, 778, ein Zugangsrecht unter dem Gesichtspunkt der Sozialbindung des Eigentums, welches ohnehin allenfalls bei bedeutenden Kunstwerken besteht, ab, wenn dem Interesse der Allgemeinheit an der Kenntnis des Werkes dadurch Rechnung getragen wird, wenn es durch Postkarten, Kataloge etc. veröffentlicht ist. (vgl. Schlinghoff, AfP 1992, 112).

27 LG Berlin, 31. 5. 2016 – 15 O 428/15.

28 Blogbeitrag vom 20. 12. 2018: <https://blog.wikimedia.de/2018/12/20/urteil-zu-gemeinfreier-kunst-kulturerbe-fuer-alle-aber-nicht-im-netz>.

29 Vorschlag vom 14. 9. 2016, COM(2016) 592 final.

30 WK 2300/2019 INIT, 16. 2. 2019; Workingpaper Nr. 5893/19 + ADD1 – https://urheber.info/sites/default/files/story/files/richtlinie-urheberrecht-im-digitalen-binnenmarkt_2019.pdf.

31 Siehe Statement der CEPIC vom 25. 2. 2019: <http://cepic.org/issues/state-ment-on-works-of-visual-arts-in-the-public-domain>.

zieren könnten und der Finanzierungsbeitrag durch die Einnahmen aus dem Verkauf von Reproduktionen fehlen kulturellen Einrichtungen.

Nun könnte man überlegen, sollte das Ergebnis der Trilogverhandlung so verabschiedet und in nationales Recht umgesetzt werden, den dann fehlenden gesetzlichen Schutz gegen Vervielfältigung, Verbreitung und Online-Zugänglichmachung vertraglich zu vereinbaren. Einerseits würde diese Regelung dann aber nur gegenüber dem Vertragspartner wirken und mangels absoluten Schutzrechts nicht gegenüber einem Dritten,³² und zum anderen gäbe es dann ein entgegenstehendes gesetzliches Leitbild, an dessen Maßstab sich die AGB-rechtliche Kontrolle eines entsprechenden Lizenzvertrages orientieren könnte.

Zudem erscheint gerade in Anbetracht der Neufassung des § 51 S. 3 UrhG die Abschaffung von Leistungsschutzrechten an Reprofotos gemeinfreier Werke auch nicht notwendig, um den kulturellen Diskurs über die gemeinfreien Werke zu führen. Nutzungsinteressierte müssen sich nur die Mühe machen, eine Erörterungsgrundlage in Bezug auf das Werk zu schaffen, bei der sie dann das Reprofoto des Werkes zu Zitzwecken nutzen dürfen. Schon dies stellt

einen entschädigungslosen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Repro Fotografen und seiner Kunden/Lizenznehmer dar. Für einen darüberhinausgehenden Eingriff fehlt die verhältnismäßige und abgewogene Erforderlichkeit.

Schließlich widerspricht es der urheberrechtlichen Systematik der Schutzfristen – auch für Leistungsschutzrechte –, diese nicht ihrer inneren Begründung und Sinn und Zweck entsprechend für alle Reprofotos einheitlich zu gewähren, sondern von dem zufälligen Ablauf der Schutzfristen des abgebildeten Werkes abhängig zu machen, ob und wie lange ab Erstellung der Reprofotos diese Schutz genießen.

Der Rechtsausschuss des europäischen Parlaments hat dem Ergebnis der Trilogverhandlung am 26.2.2019 zugestimmt.³³ Die endgültige Abstimmung des europäischen Parlaments wird Ende März 2019 erwartet.

32 Der z. B. wie im Fall Museumsfotos die Reproaufnahmen aus einem Buch scannt und online stellt.

33 http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161227/2019.02.26_Result%20of%20roll-call%20vote.pdf.

Länderreport Österreich

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Salzburg*

I. E-Commerce-Recht – Rückabwicklung bei einem Online-Cash-Back-System

Soweit ersichtlich, hat der Oberste Gerichtshof (OGH) erstmals der Klage eines Mitglieds eines Cash-Back-Systems Folge gegeben, mit der eine gesetzwidrige Vorgehensweise des Betreibers durch zivile Rückabwicklung des Geleisteten geahndet werden soll.¹ Die Höchstrichter hielten dazu fest: Wird mit einem Geschäftsmodell ein sog. „Schneeballsystem“ (hier: ein an Verbraucher gerichtetes Cash-Back-System) eine irreführende Geschäftspraktik i. S. d. Z 14 des Anhangs zum UWG verfolgt und werden die dadurch geschlossenen Verträge als nichtig nach § 879 ABGB beurteilt, sind die Ansprüche bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln. Andere Rechtsgrundlagen für die Rückabwicklung dieser Vertragsverhältnisse aus einem Schneeballsystem, z. B. Rücktrittsrechte nach KMG, KSchG oder FAGG, bleiben davon unberührt. Wie bei der Rückabwicklung eines Schneeballsystems i. S. d. § 27 öUWG kann auch bei einem System nach der weitergefassten Z 14 des Anhangs zum UWG nur der Kunde selbst seine Leistungen zurückfordern, muss aber die erhaltenen Waren zurückstellen bzw. die empfangenen Geldleistungen (z. B. Mitgliedsvorteile oder Prämien) abziehen. Der Individualklage war ein Verbandsverfahren vorgelagert, in dem zahlreiche Klauseln in den AGB des beklagten Cash-Back-Systems der Lyoness Gruppe zu „erweiterten Mitgliedsvorteilen“ und zur Beendigung des Vertragsverhältnisses für unwirksam erklärt worden waren.² Im Ergebnis musste sich der Kläger die an ihn ausbezahlten Waren- oder Geldleistungen („echte Mitgliedsvorteile“) abziehen lassen, weil es sich dabei um Hauptleistungen aus dem Vertragsverhältnis handelte. Das Gericht reduzierte seine

Klageforderung letztlich von € 14 950,00 auf € 8705,09 samt Zinsen.

II. Medien- und Persönlichkeitsrecht

1. Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts

Die Staatsanwaltschaft Wien führte gegen den (prominenten) Verstorbenen zu seinen Lebzeiten ein Strafverfahren wegen des Verdachts des Mordes, der Vergewaltigung u. a. Delikte. Nach Anklageerhebung, aber noch vor Beginn der Hauptverhandlung fanden Justizwachebeamten den Angeklagten – unter aufklärungsbedürftigen Umständen – tot in seiner Zelle; das Strafverfahren wurde eingestellt. Wegen der – teilweise – gleichen Vorwürfe war der Verstorbene bereits im Jahr 2008 von einem Gericht in Kasachstan, seinem Heimatland, verurteilt worden. Eine Auslieferung in sein Herkunftsland war daran gescheitert, dass das Wiener Straflandesgericht eine Rechtssache mit politischem Charakter angenommen und sog. Auslieferungss asyl gewährt hatte.

Im nunmehr zu berichtenden Zivilrechtsfall³ der „Aliev-Saga“ vertrat der später Geklagte als Rechtsanwalt die Prozessgegner des Verstorbenen als „Nebenkläger“. Im Fernsehen, aber auch via Online-Dienst, äußerte sich der Beklagte über den Verstorbenen u. a. dahingehend, dass „aus einem Wirtschaftskriminellen, und das ist das Seltene

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 OGH, 2. 10. 2018 – 9 Ob 40/18 z, jusIT 2019/06, 14 (Thiele) – Lyoness Cashback System II.

2 OGH, 18. 5. 2017 – 10 Ob 45/16 i, EvBl 2018/24 (Hoch) – Lyoness Cashback System I.

3 OGH, 28. 2. 2018 – 6 Ob 239/17 s, eolex 2019/1, 25 (Eder) – Brutaler Sadist.