

## Gemeinfreiheit als Prinzip?

### – Reichweite und Umsetzungsbedarf des Art. 14 DSM-Richtlinie –

#### I. Einleitung

Die „Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt“<sup>1</sup> (DSM-Richtlinie) enthält neben der viel diskutierten Thematik der Uploadfilter auch die in der Diskussion weniger prominent abgebildeten, jedoch nicht weniger bedeutsamen Regelungen zur Erhaltung des kulturellen Erbes. Dieses Ziel der Erhaltung des kulturellen Erbes, dem sich die DSM-Richtlinie explizit verschrieben hat, will sie auf zwei Wegen erreichen: Erstens über Lizenzvereinbarungen (Art. 8 und Art. 12 DSM-Richtlinie) und zweitens über Schrankenbestimmungen bzw. Bereichsausnahmen (Art. 6 und Art. 14 DSM-Richtlinie). Art. 14 DSM-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, vorzusehen, dass nach Ablauf der Dauer des Schutzes eines Werkes der bildenden Kunst Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist, weder urheberrechtlich noch durch verwandte Schutzrechte geschützt ist, es sei denn, dieses Material stellt eine eigene geistige Schöpfung dar. Art. 14 DSM-Richtlinie hebt damit die umstrittene „Museumsfoto“-Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> wieder auf.

Schon die unmittelbare Reichweite des Art. 14 DSM-Richtlinie ist allerdings fraglich. Wie sind die Tatbestandsmerkmale „Werk der bildenden Kunst“ auszulegen und was ist „Material, das im Zuge einer Handlung der Vervielfältigung dieses Werkes entstanden ist“? Weit interessanter dürfte allerdings die Frage des Umsetzungsbedarfes sein. Denn Art. 14 DSM-Richtlinie ließe sich prinzipiell sowohl als Schrankenregelung als auch als Bereichsausnahme für Lichtbilder gemeinfreier Werke der bildenden Kunst umsetzen. Möglicherweise kommt mit Art. 14 DSM-Richtlinie aber auch ein weiterer ganz grundlegender Gedanke zum Ausdruck: Art. 14 DSM-Richtlinie will verhindern,

\* Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht, Direktorin des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht und Leiterin der Forschungsstelle für Rechtsfragen neuer Technologien sowie Datenrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, die Co-Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl der Verfasserin.

1 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. EU 2019 vom 17.5.2019, Nr. L 130/92.

2 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 Tz. 23 ff. – *Museumsfotos*.

dass gemeinfrei gewordene Werke durch den Schutz eines sie reproduktiv abbildenden Lichtbildes gewissermaßen remonopolisiert werden. Der Gedanke, dass Schutzgegenstände, deren Schutzvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, nicht remonopolisiert werden sollen, ließ sich bereits vor Art. 14 DSM-Richtlinie als Grundgedanke des § 64 UrhG gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als gesetzliches Leitbild begreifen,<sup>3</sup> sodass auch bislang jedenfalls eine in AGB-enthaltene Regelung zur Verlängerung der Schutzdauer als unwirksam betrachtet werden konnte. Während dies bislang aber schlicht eine Ansicht in der Literatur war, der insbesondere die „Schlösser und Gärten-Rechtsprechung“<sup>4</sup> des BGH entgegengehalten werden konnte, soll hier die These aufgestellt sein, dass Art. 14 DSM-Richtlinie ein generelles Remonopolisierungsverbot gemeinfreier Werke zu entnehmen ist. In der Konsequenz bedeutet dies, dass Fotografierverbote in Museen jedenfalls im Grundsatz AGB-rechtlich unzulässig sind.

Diese These soll in sechs Schritten untersucht sein: In einem ersten Schritt wird der Lichtbildschutz im nationalen Recht *de lege lata* kursorisch aufgegriffen (II.), um so dann die Neuregelung des Art. 14 DSM-Richtlinie gegenüberstellen zu können. Zu diesem Zweck wird Art. 14 DSM-Richtlinie in einem zweiten Schritt dargestellt (III.), um einen ersten Eindruck von den Erwägungen und Umständen seiner Einfügung in den Richtlinienentwurf zu erhalten, aus denen möglicherweise bereits Rückschlüsse auf seine Reichweite gezogen werden können. Auch werden hier seine Tatbestandsmerkmale erläutert und in einem vierten Schritt Umsetzungsmöglichkeiten erörtert (IV.). Nach dieser Grundlegung bezieht der Beitrag Stellung zu den Auswirkungen von Art. 14 DSM-Richtlinie auf die Möglichkeiten der vertraglichen Vereinbarung von Fotografierverboten (V.), bevor er mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse schließt (VI.).

## II. Lichtbildschutz im nationalen Recht – Telos und Reichweite

Nach der „Museumsfoto“-Entscheidung des BGH soll sich der Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG auch auf Reproduktionsfotografien gemeinfreier Gemälde und anderer zweidimensionaler Werke, also z.B. solcher Werke, deren Urheber mehr als 70 Jahre verstorben ist, erstrecken.<sup>5</sup> Grundsätzlich gewährt § 72 UrhG Schutz für Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, jedoch nicht als Lichtbildwerk i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG zu qualifizieren sind, weil sie die erforderliche Gestaltungshöhe nicht erreichen. Hintergrund der Einführung von § 72 UrhG war

3 So auch: Metzger, Vertragliche Ausdehnung von geistigen Eigentumsrechten, in: Hilty/Jaeger/Kitz, Geistiges Eigentum, Herausforderung, Durchsetzung, 2008, S. 85, 98.

4 BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 324/13, GRUR 2015, 578 Tz. 8 f. – *Preußische Kunstwerke*; BGH, Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 45/10, GRUR 2011, 323 Tz. 13 – *Preußische Gärten und Parkanlagen I*; BGH, Urt. v. 8.11.2005 – KZR 37/03, GRUR 2006, 249, 251 – *Hörfunkrechte an Bundesligaspielen*; BGH, Urt. v. 9.3.1989 – I ZR 54/87, GRUR 1990, 390, 391 – *Friesenhaus*; BGH, Urt. v. 20.9.1974 – I ZR 99/73, GRUR 1975, 500, 501 – *Schloss Tegel*; BGH, Urt. v. 13.10.1965 – I b ZR 111/63, NJW 1966, 542, 544 – *Apfel-Madonna*.

5 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 Tz. 23 ff. – *Museumsfotos*.

es, möglicherweise auftretende Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Lichtbildern gem. § 72 UrhG und Lichtbildwerken i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG zu verhindern.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber stellte Lichtbilder und Lichtbildwerke anfangs sogar in ihren Schutzfristen gleich: Mit Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes 1966 betrug die Schutzfrist für Lichtbildwerke und Lichtbilder einheitlich 25 Jahre ab Erscheinen bzw. Herstellung.<sup>7</sup> Erst im Rahmen der Urheberrechtsreform von 1985 erfolgte eine Verlängerung der Schutzfristen für Lichtbildwerke auf 70 Jahre post mortem auctoris.<sup>8</sup> Die Schutzfristen für Lichtbilder, die Dokumente der Zeitgeschichte waren,<sup>9</sup> wurden auf 50 Jahre verlängert, wohingegen die Frist für andere Lichtbilder bei 25 Jahren ab Erscheinen bzw. Herstellung bestehen blieb.<sup>10</sup> Die Vereinheitlichung der Schutzdauer für alle Lichtbilder auf 50 Jahre in § 72 Abs. 3 UrhG erfolgte mit der 3. Urheberrechts-Novelle zur Umsetzung der RL 93/98/EWG zur Harmonisierung der Schutzdauer des Lichtbildschutzes im Jahre 1995.<sup>11</sup>

Die dem Regelungszweck des Lichtbildschutzes zugrundeliegende Schwierigkeit der Abgrenzung zu Lichtbildwerken ist im Falle von Reproduktionsfotografien, wie sie auch in der „Museumsfoto“-Entscheidung vorlagen, gerade nicht gegeben, da eine schlichte originalgetreue Reproduktion keine persönliche geistige Schöpfung i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG ist und es hier auch nur schwerlich zu Abgrenzungsproblemen kommen kann.<sup>12</sup> Eine entsprechende teleologische Reduktion des § 72 UrhG wäre insoweit durchaus möglich gewesen.<sup>13</sup> Durch die Gewährung des Schutzes für Reproduktionsfotografien wird faktisch der Schutz des abgebildeten gemeinfreien Werkes verlän-

6 BT-Drs. IV/270, S. 89.

7 BT-Drs. IV/270, S. 34; Wandtke/Bullinger-Thum, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 71 UrhG Rn. 114; Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 3; Möhring/Nicolini-Lauber-Rönsberg, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 6.1; Schrickel/Löwenheim-Vogel, Urheberrecht, 5. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 4.

8 OLG Hamburg, Urt. v. 5.11.1998 – 3 U 175/98, ZUM-RD 1999, 73, 77 – *Wagner-Fotos*; Wandtke/Bullinger-Thum, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 72 UrhG Rn. 116; Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 3; Möhring/Nicolini-Lauber-Rönsberg, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 6.1; Schrickel/Löwenheim-Vogel, Urheberrecht, 5. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 5.

9 OLG Hamburg, Urt. v. 5.11.1998 – 3 U 175/98, ZUM-RD 1999, 73, 78 – *Wagner-Fotos*; OLG Frankfurt, Urt. v. 4.3.1993 – 6 U 207/92, GRUR-Int. 1993, 872, 873 – *Beatles*.

10 Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 34; Wandtke/Bullinger-Thum, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 72 UrhG Rn. 117; Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 3; Möhring/Nicolini-Lauber-Rönsberg, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 6.1; Schrickel/Loewenheim-Vogel, Urheberrecht, 5. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 5; kritisch: Nordemann, GRUR 1981, 326, 332.

11 BT-Drs. 13/781, S. 15; Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 34; Wandtke/Bullinger-Thum, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 72 UrhG Rn. 120; Fromm/Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 3; Möhring/Nicolini-Lauber-Rönsberg, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 6.1; Schrickel/Loewenheim-Vogel, Urheberrecht, 5. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 10.

12 Stang, ZUM 2019, 668, 670; Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 2011, S. 183.

13 AG Nürnberg, Urt. v. 28.10.2015 – 32 C 4607/15, ZUM-RD 2016, 615, 616; Wandtke/Bullinger-Thum, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 72 UrhG Rn. 36; Stang, Das urheberrechtli-

gert.<sup>14</sup> Der BGH erkannte jedoch in seiner „Museumsfoto“-Entscheidung, dass dies mit dem Schutzzweck von § 72 UrhG nicht vereinbar sei, solange ein Mindestmaß an – zwar nicht schöpferischer, aber doch – persönlicher geistiger Leistung erbracht werde. Dies sei auch im Falle von Reproduktionsfotografien der Fall.<sup>15</sup>

### III. Art. 14 DSM-Richtlinie

Die Problematik von Schutzrechten an originalgetreuen Reproduktionen gemeinfreier Werke wurde erstmals in Art. 5 Abs. 1a DSM-Richtlinienentwurf in den Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 12. September 2018 aufgenommen, nachdem dieser Aspekt Gegenstand des Berichts des Rechtsausschusses über den Vorschlag des Europäischen Parlaments war.<sup>16</sup> Erst im Trilog-Verfahren wurde der jetzige Regelungsgehalt von Art. 14, der auch als „Lex-Wikimedia“ bezeichnet wird,<sup>17</sup> zunächst als Art. 10b aufgenommen,<sup>18</sup> im März 2019 dann als Art. 14 DSM-Richtlinie in den Gesetzgebungsprozess eingebracht und vom Europäischen Parlament angenommen.<sup>19</sup>

Zur Einführung von Art. 14 DSM-Richtlinie auf unionsrechtlicher Ebene veranlassten die EU Erwägungen, die denjenigen vergleichbar sind, die bereits den nationalen Gesetzgeber zur Einführung von § 51 S. 3 UrhG durch das UrhWissG veranlasst hatten: Bis zum Inkrafttreten des UrhWissG zum 1.3.2018 musste der Zitierende dann, wenn er eine Abbildung zitierte, auf individual- oder kollektivvertraglichem Wege die Nutzungsrechte an der Vervielfältigung dieser Abbildung einholen, wenn er die Auf-

che Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 2011, S. 183, 208; vgl. auch: *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, S. 109; a.A.: Möhring/Nicolini-*Lauber-Rönsberg*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 72 UrhG Rn. 16aff.; BeckOK Urheberrecht-*Lauber-Rönsberg*, 25. Edition, Stand: 15.7.2019, § 72 UrhG Rn. 16a; *Lauber-Rönsberg*, Anm. zu BGH, UrT. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*, ZUM 2019, 341, 342; *Hoeren*, Anm. zu BGH, UrT. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*, MMR 2019, 246, 246; vgl. auch: *Zech*, Anm. zu BGH, UrT. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*, GRUR 2019, 291, 291; wohl auch kritisch: *Dreier*, JZ 2019, 417, 418, denn es handele sich um zwei unterschiedliche urheberrechtliche Schutzgegenstände.

14 *Dreier*, JZ 2019, 417, 419; *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 2011, S. 183.

15 BGH, UrT. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 Tz. 22 – *Museumsfotos*.

16 Ratsdokument A8-0245/2018 v. 29.6.2018; Abänderungen des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, Parlamentsdokument P8\_TA (2018)0337 v. 12.9.2018; siehe dazu auch: *Dreier*, ZUM 2019, 384, 390.

17 *Stang*, ZUM 2019, 668, 669; *Seiler*, K&R 2019, 245, 248; abgelehnt wurde die „Lex-Wikimedia“ von dem europäischen Verband der Bildagenturen (CEPIC), abrufbar unter: [http://cepic.org/app/uploads/2019/02/WorksOfVisualArts\\_190225\\_CEPIC.pdf](http://cepic.org/app/uploads/2019/02/WorksOfVisualArts_190225_CEPIC.pdf), zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

18 Ratsdokument 6637/19 v. 20.2.2019.

19 Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 26.3.2019 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie, Parlamentsdokument P8\_TA-PROV(2019)0231; vgl. die Übersicht von Julia Reeda vom 23.10.2018, abrufbar unter: <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/#timetable>, zuletzt abgerufen am 20.12.2019; siehe auch: *Stang*, ZUM 2019, 668, 668.

nahme nicht selbst getätigt hatte, sondern eine bereits vorhandene Abbildung verwenden wollte. Damit wurde das Recht zum Bildzitat sehr weitreichend eingeschränkt.<sup>20</sup> § 51 S. 3 UrhG stellt nun klar, dass von der Zitierbefugnis die Verwendung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des zitierten Werkes erfasst ist, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist und erleichtert damit die zitatsweise Auseinandersetzung mit dem Werk.<sup>21</sup> Für das Zitat eines Gemäldes darf insoweit auch ein vorhandenes, das Gemälde zeigende Lichtbild oder Lichtbildwerk verwendet werden.<sup>22</sup>

Durch Art. 14 DSM-Richtlinie soll nun – teleologisch ganz ähnlich argumentiert – die Nutzung von Abbildungen gemeinfreier Werke der bildenden Kunst erleichtert werden.<sup>23</sup> Insbesondere soll mit der Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen gemeinfreier Werke der bildenden Kunst zum Zugang zur Kultur sowie zum kulturellen Erbe beigetragen werden.<sup>24</sup> Darüber hinaus soll – und dies scheint sehr wesentlich – der Schutz von Vervielfältigungen durch das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte in einem digitalen Umfeld mit dem Ablauf des urheberrechtlichen Schutzes eines Werkes in Einklang gebracht werden.<sup>25</sup>

## 1. Werke der bildenden Kunst

Art. 14 DSM-Richtlinie betrifft nur Abbildungen von gemeinfreien Werken der bildenden Kunst, nicht hingegen Abbildungen anderer gemeinfreier Werke oder noch geschützter Werke der bildenden Kunst.<sup>26</sup> Das deutsche Recht kennt den Begriff der bildenden Kunst nicht, sondern schützt in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG „Werke der bildenden Künste“, worunter auch Werke der Baukunst und der angewandten Kunst sowie Entwürfe solcher Werke fallen.<sup>27</sup> Werke der bildenden Künste und Werke der bildenden Kunst müssen jedoch nicht zwingend synonym zu verwenden sein. Den Singular ver-

20 Dreier/Schulze-Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 51 UrhG Rn. 26, 27; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 51 UrhG Rn. 45a; Schulze, GRUR 2019, 779, 780.

21 Vgl.: Schulze, GRUR 2019, 779, 780.

22 BT-Drs. 18/12329, S. 32; Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 51 UrhG Rn. 27; Wandtke/Bullinger-Lüft, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 51 UrhG Rn. 1; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 51 UrhG Rn. 45a; BeckOK Urheberrecht-Schulz, 26. Edition, Stand: 15.10.2019, § 51 UrhG Rn. 26.

23 Schulze, GRUR 2019, 779, 779.

24 Erwägungsgrund 53.

25 Erwägungsgrund 53.

26 Schulze, GRUR 2019, 779, 783.

27 Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 35, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?sessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?sessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019; Schulze, GRUR 2019, 779, 782; vgl. auch: Stang, ZUM 2019, 668, 672.

wendet auch die englische Ausführung von Art. 14 DSM-Richtlinie sowie Erwägungsgrund 53 DSM-Richtlinie.<sup>28</sup> Hier ist die Rede von „visual arts“ in Abgrenzung zu „applied art“ (angewandte Kunst) und „architecture“ (Baukunst).<sup>29</sup> Insoweit dürfte Art. 14 DSM-Richtlinie wohl nur die zweckfreie Kunst, wie z.B. die Malerei oder Bildhauerei erfassen.<sup>30</sup> Weiterhin uneingeschränkt geschützt sind Abbildungen von anderen Werken die nicht unter die bildende Kunst fallen.<sup>31</sup> Auch Vervielfältigungen von Werken der bildenden Kunst, die eine eigene geistige Schöpfung darstellen, fallen von vornherein nicht in den Anwendungsbereich von Art. 14 DSM-Richtlinie.<sup>32</sup> Ob auch Abbildungen von Gegenständen, die zu keiner Zeit urheberrechtlichen Schutz genießen, von Art. 14 DSM-Richtlinie erfasst sind, lassen Wortlaut und Gesetzeshistorie offen. Teleologisch ließe sich zwar einerseits argumentieren, die vom Gesetzgeber mit Erwägungsgrund 53 DSM-Richtlinie intendierte Akzessorietät urheberrechtlicher Schutzfähigkeit des Urwerkes und urheberrechtlicher Schutzfähigkeit seiner Abbildung ließe sich nur dann realisieren, wenn auch die Abbildungen solcher Werke gemeinfrei sind, die niemals urheberrechtlichen Schutz genossen. Allerdings soll Art. 14 DSM-Richtlinie explizit nur einen sehr verengten Anwendungsbereich haben und sich allein auf Vervielfältigungen von Werken der bildenden Kunst erstrecken, sobald diese gemeinfrei geworden sind. Der Gesetzgeber setzt also voraus, dass nur die Abbildungen solcher Werke erfasst werden, an denen vormals urheberrechtlicher Werkschutz bestand. Für die Überlegung, auch originalgetreue Abbildungen von per se gemeinfreien, also nie geschützten Werken im Wege eines Erst-Recht-Schlusses in den Anwendungsbereich von Art. 14 DSM-Richtlinie fallen zu lassen, ist insofern methodisch (leider) kein Raum.<sup>33</sup>

28 Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 35, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2); zuletzt abgerufen am 20.12.2019; *Schulze*, GRUR 2019, 779, 782.

29 So auch: Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 35, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2); zuletzt abgerufen am 20.12.2019; *Schulze*, GRUR 2019, 779, 782.

30 *Schulze*, GRUR 2019, 779, 782.

31 *Schulze*, GRUR 2019, 779, 782.

32 *Stang*, ZUM 2019, 668, 672; *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 433, 436; vgl.: *Schulze*, GRUR 2019, 779, 782.

33 A.A.: Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 39, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf?jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf?jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2); zuletzt abgerufen am 20.12.2019; a.A.: *Stang*, ZUM 2019, 668, 672.



## 2. Gemeinfreiheit

Gemäß Erwägungsgrund 53 DSM-Richtlinie soll zwischen dem Ablauf der Schutzdauer des abgebildeten Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes und dem Schutz ihrer Abbildung Einklang hergestellt werden. Es soll insofern Akzessorietät zwischen der Schutzdauer des Werkes selbst und der ihrer Abbildung bestehen. Art. 14 DSM-Richtlinie führt insofern dazu, dass eine Abbildung von einem noch nicht gemeinfreien Werk in dem Moment gemeinfrei wird, in dem auch das Werk gemeinfrei wird. Art. 14 DSM-Richtlinie erfasst daher auch solche Vervielfältigungen, die noch während des bestehenden urheberrechtlichen Schutzes des zugrundeliegenden Werkes angefertigt wurden.<sup>34</sup> Sobald der urheberrechtliche Schutz des zugrundeliegenden Werkes abgelaufen ist, entfällt auch der Schutz der Reproduktion.<sup>35</sup> Denn Art. 14 DSM-Richtlinie stellt nicht darauf ab, dass das Material zu einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich dann angefertigt wurde, als das Werk bereits gemeinfrei war, sondern schlicht darauf, dass es gemeinfrei wird, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt es gefertigt wurde. Hätte der Unionsgesetzgeber für die Anfertigung auf einen bestimmten Zeitpunkt abstellen wollen, so hätte er diesen Zeitpunkt, wenn schon nicht im Richtlinienentwurf, dann doch jedenfalls in den Erwägungsgründen benennen müssen.

## 3. Material, das im Zuge einer Vervielfältigung entsteht

Art. 14 DSM-Richtlinie erfasst grundsätzlich jedes im Zuge einer Vervielfältigungshandlung entstandene Material, unabhängig von der Art und Weise der Vervielfältigung wie beispielsweise durch „Fotografie, sonstige Lichtbildtechnik oder den Einsatz von Scannern, Fotokopierern, Druckern, 3D-Druckern und Filmkameras“.<sup>36</sup> Ob auch das Nachmalen eines Gemäldes, erfasst ist,<sup>37</sup> darf außerhalb sehr seltener Einzelfälle bezweifelt werden, denn in der Regel wird hier ein urheberrechtlicher Werkschutz entstehen, mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des Art. 14 DSM-Richtlinie. Teilreproduktionen dürften dagegen von Art. 14 DSM-Richtlinie erfasst sein,<sup>38</sup> sofern das jeweilige Teil eigenständigen Urheberrechtsschutz genießt.

Unter Berücksichtigung von Erwägungsgrund 53 DSM-Richtlinie dürfte Art. 14 DSM-Richtlinie weiterhin dahingehend auszulegen sein, dass nur originalgetreue Vervielfältigungen eines urheberrechtlichen Werkes erfasst und damit vom urheberrechtli-

34 Stang, ZUM 2019, 668, 672.

35 Schaper/Verweyen, K&R 2019, 433, 436.

36 Stang, ZUM 2019, 668, 671.

37 Stang, ZUM 2019, 668, 671; vgl. hierzu den vom Gerichtshof Arnhem-Leeuwarden zu entscheidenden Fall der manuellen Reproduktion eines Rembrandt-Gemäldes durch den niederländischen Maler Jan van der Horst, zitiert bei Rosati, Is imitation the sincerest form of flattery? On copyright in truthful depictions, abrufbar unter: <http://ipkitten.blogspot.com/2019/03/imitation-is-sincerest-form-of-flattery.html>, zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

38 Stang, ZUM 2019, 668, 671, der sich mit Blick auf die beabsichtigte Förderung des Zugangs zur Kultur und zum kulturellen Erbe dafür ausspricht, dass Art. 14 DSM-Richtlinie auch solche Reproduktionen erfassen sollte.

chen Schutz oder dem Schutz durch verwandte Schutzrechte auszuschließen sind,<sup>39</sup> z.B. durch Reproduktionsfotografien<sup>40</sup> oder originalgetreue 3D-Scans.<sup>41</sup> Ob es sich auch bei Abbildungen von dreidimensionalen Werken um originalgetreue Reproduktionen handeln kann, ist zu bezweifeln,<sup>42</sup> denn in diesem Fall liegt bereits in der Wahl der Perspektive die für einen Werkschutz ausreichende Schöpfungshöhe.<sup>43</sup> Art. 14 DSM-Richtlinie nimmt persönliche geistige Schöpfungen aber von seinem Anwendungsbereich aus.<sup>44</sup> Eine dreidimensionale Abbildung eines dreidimensionalen Werkes hingegen, das die erforderliche Schöpfungshöhe nicht erreicht, weil sie das Werk identisch abbildet, sollte dagegen ebenfalls unter den Materialbegriff fallen.<sup>45</sup>

Ob sich Erwägungsgrund 53 DSM-Richtlinie entnehmen lässt, dass Art. 14 DSM-Richtlinie nur „digitale Reproduktionen visueller Werke“ erfasst, wie dies z.T. vertreten wird,<sup>46</sup> wird letztlich nur der EuGH entscheiden können. Erwägungsgrund 53 DSM-Richtlinie spricht davon, dass **im digitalen Umfeld** der Schutz der Vervielfältigungen gemeinfreier Werke der bildenden Kunst durch das Urheberrecht nicht mit dem Ablauf des urheberrechtlichen Schutzes eines Werkes in Einklang zu bringen sei. Zwar ist Erwägungsgrund 53 DSM-Richtlinie nicht Bestandteil des Richtlinien textes selbst, als Erwägungsgrund ist er aber selbstverständlich im Rahmen der Auslegung von Art. 14 DSM-Richtlinie zu berücksichtigen. Er könnte insofern zu einer Einschränkung des Art. 14 DSM-Richtlinie auf digitale Reproduktionen führen, ebenso

39 Stang, ZUM 2019, 668, 671; Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 36, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

40 Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 36, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019; EuGH, Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 = ZUM-RD 2012, 1 Tz. 94 – *Painer*.

41 Dreier, JZ 2019, 417, 419; Dreier, ZUM 2019, 384, 391.

42 Stang, ZUM 2019, 668, 673.

43 Stang, ZUM 2019, 668, 673; Lauber-Rönsberg, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*, ZUM 2019, 341, 342; vgl. auch: Schulze, GRUR 2019, 779, 782.

44 Dreier, ZUM 2019, 384, 391.

45 Stang, ZUM 2019, 668, 673; so auch schon: BGH, Urt. v. 13.10.1965 – Ib ZR 111/63, GRUR 1966, 503, 505 – *Apfel-Madonna*; Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 36, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

46 Hoeren, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*, MMR 2019, 246, 246.



könnte er aber als eine beispielhafte und gerade nicht abschließende Begründung gelesen werden.<sup>47</sup> Die Notwendigkeit einer Regelung gerade auch für den analogen Bereich zeigt die „Museumsfoto“-Entscheidung des BGH.<sup>48</sup>

#### 4. Unmittelbare Rechtsfolgen

Art. 14 DSM-Richtlinie führt dazu, dass Abbildungen von gemeinfreien Werken der bildenden Kunst selbst gemeinfrei sind, es sei denn, sie stellen eine eigenständige geistige Schöpfung dar. Schutz der Vervielfältigung eines gemeinfreien Werkes durch verwandte Schutzrechte, namentlich § 72 UrhG, besteht nicht mehr.<sup>49</sup> Die „Museumsfoto“-Rspr. des BGH<sup>50</sup> wird damit für den Bereich der bildenden Kunst, d.h. der zweckfreien Kunst, rückgängig gemacht. Der in Art. 14 DSM-Richtlinie geregelte Ausschluss von Rechten an Vervielfältigungen gemeinfreier Werke bezieht sich dabei auf alle verwandten Schutzrechte, sodass neben Lichtbildern i.S.v. § 72 UrhG insbesondere Laufbilder i.S.v. § 95 UrhG betroffen sind,<sup>51</sup> darüber hinaus nachgelassene Werke i.S.v. § 71 UrhG<sup>52</sup> und wissenschaftliche Ausgaben.<sup>53</sup>

47 Stang, ZUM 2019, 668, 672; Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 38, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019; a.A.: Hoeren, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*, MMR 2019, 246, 246.

48 Stang, ZUM 2019, 668, 672.

49 Schaper/Verweyen, K&R 2019, 433, 436; Dreier, ZUM 2019, 384, 391.

50 BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 Tz. 23 ff. – *Museumsfotos*.

51 Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 34, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019; Stang, ZUM 2019, 668, 673.

52 Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 34, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

53 Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 35, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

## IV. Umsetzungsmöglichkeiten

Den Ausschluss des Schutzes von Abbildungen gemeinfreier Werke der bildenden Kunst durch verwandte Schutzrechte müssen diejenigen Mitgliedstaaten umsetzen, die, wie Deutschland, einen Lichtbildschutz für Reproduktionen vorsehen und damit von der Möglichkeit in Art. 6 S. 3 der Schutzdauer-Richtlinie Gebrauch gemacht haben.<sup>54</sup> Art. 14 DSM-Richtlinie ließe sich dabei als Schrankenregelung oder Bereichsausnahme umsetzen. Der Wortlaut des Art. 14 DSM-Richtlinie legt auf den ersten Blick die Einordnung als Bereichsausnahme nahe, formuliert er doch, dass die Abbildung eines gemeinfreien Werkes, die keine eigene geistige Schöpfung darstellt, schon nicht urheberrechtlich geschützt ist und nicht, dass einzelne Handlungen durch eine Schrankenregelung freigestellt werden.<sup>55</sup> Ob tatsächlich eine Bereichsausnahme erforderlich ist, hängt aber maßgeblich vom korrekten Verständnis der Schrankenregelungen ab. Denn nach zutreffendem Verständnis der Schrankenbestimmungen begrenzen diese die Reichweite des Ausschließlichkeitsrechts als echte Beschränkungen und stellen eben nicht nur einzelne Handlungen frei, die grundsätzlich in den Schutzbereich des Ausschließlichkeitsrechts fallen.<sup>56</sup>

Insofern käme durchaus auch eine Ausgestaltung als Schrankenregelung in Betracht,<sup>57</sup> die nicht gleichzeitig zu einer Verkürzung des durch die InfoSoc-Richtlinie eröffneten Spielraums führt.<sup>58</sup> Daneben wäre schließlich die generelle Aufhebung von § 72 UrhG und damit des Lichtbildschutzes möglich.<sup>59</sup>

54 Stang, ZUM 2019, 668, 672; vgl. für eine Länderübersicht die Darstellung bei Wikipedia, abrufbar unter: [https://commons.wikimedia.org/wiki/Commons:Reuse\\_of\\_PD-Art-photographs](https://commons.wikimedia.org/wiki/Commons:Reuse_of_PD-Art-photographs), zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

55 Stang, ZUM 2019, 668, 670, 673.

56 Vgl. hierzu ausführlich: Specht, Diktat der Technik, 2019, Teil 5 A. I. und Teil 5 F.

57 Dreier, ZUM 2019, 384, 393; Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789), S. 36, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519\\_Stellungnahme\\_GRUR\\_EU-Richtlinien\\_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5\\_2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090519_Stellungnahme_GRUR_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=AF14FB8AE49A03D7DF02496701C519E5_2_cid324?__blob=publicationFile&v=2), zuletzt abgerufen am 20.12.2019; Schulze, GRUR 2019, 779, 781.

58 Dreier, ZUM 2019, 384, 393.

59 Stellungnahme des iRights e.V. zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019, S. 9, abrufbar unter: [https://irights.info/wp-content/uploads/2019/09/Stellungnahme-zur-Umsetzung-der-Richtlinie-EU-2019790-des-iRights-e.V.\\_final.pdf](https://irights.info/wp-content/uploads/2019/09/Stellungnahme-zur-Umsetzung-der-Richtlinie-EU-2019790-des-iRights-e.V._final.pdf), zuletzt abgerufen am 20.12.2019; vgl. hierzu auch: <https://policyreview.info/articles/analysis/monkey-selfie-copyright-lessons-originality-photographs-and-internet-jurisdiction>, zuletzt abgerufen am 20.12.2019.

## V. AGB-rechtliche Fotografierverbote

### 1. § 64 UrhG als gesetzliches Leitbild

Art. 14 DSM-Richtlinie wertet die Gemeinfreiheit auf. Was gemeinfrei ist, soll auch gemeinfrei bleiben, jedenfalls im Bereich der bildenden Kunst. Dieser Grundgedanke verdient eine Generalisierung in nachfolgenden Gesetzgebungsakten, weshalb ihm durch Art. 14 DSM-Richtlinie ein nur beschränkter Anwendungsbereich zukommt, wurde bereits gezeigt. Jedenfalls aber unterstützt Art. 14 DSM-Richtlinie den Gedanken, § 64 UrhG als gesetzliches Leitbild zu verstehen mit der Folge, dass vertragliche Vereinbarungen in AGB, die zu einer Verlängerung der Schutzdauer beitragen, zu einer vermuteten unangemessenen Behandlung des Vertragspartners gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB führen. Das materielle Urheberrecht stellt zwar von seiner Grundkonzeption her in weiten Teilen keine vertragsrechtliche Regelung dar,<sup>60</sup> auch Abweichungen von nicht-vertragsrechtlichen Bestimmungen können jedoch zu einer unangemessenen Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB führen. Anerkannt ist dies etwa für den Bereich des Datenschutzrechts.<sup>61</sup> Allerdings erfordert ein gesetzliches Leitbild grundsätzlich einen Schutz konkreter Parteiinteressen.<sup>62</sup> Schutzfristen schützen aber zunächst allein das Interesse der Allgemeinheit an freier Verfügbarkeit des Schutzgegenstands<sup>63</sup> und der Gesetzgeber hat für die Schutzfrist des § 64 UrhG explizit auf ein Schutzbedürfnis der Allgemeinheit abgestellt.<sup>64</sup> Es lässt sich aber argumentieren, dass sich die Normierung der Schutzdauer zumindest als gewünschter Nebeneffekt auch als Ausprägung des Individualschutzes darstellt.<sup>65</sup> Denn es gilt im Urheberrecht insgesamt, die Besonderheiten der technischen Entwicklung zu berücksichtigen, die einen unmittelbaren Kontakt zwischen Rechtsinhaber und Nutzer zur Regel machen. Auch für die Schutzfrist des § 64 UrhG gilt daher, dass das von der Gesetzesbegründung formulierte Allgemeininteresse im Bereich des tertiären Urhebervertragsrechts zumindest auch als Schutzinteresse des konkreten Vertragspartners interpretiert werden muss.<sup>66</sup> Es erhält neben dem Interesse einer nicht näher qualifizierten Allgemeinheit an einem

60 So v.a.: *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, S. 231.

61 BGH, Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 213/83, NJW 1986, 46, 47 ff.; *Metzger*, Vertragliche Ausdehnung von geistigen Eigentumsrechten, in: Hilty/Jaeger/Kitz, Geistiges Eigentum, Herausforderung, Durchsetzung, 2008, S. 85, 92.

62 *Metzger*, Vertragliche Ausdehnung von geistigen Eigentumsrechten, in: Hilty/Jaeger/Kitz, Geistiges Eigentum, Herausforderung, Durchsetzung, 2008, S. 85, 92; *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1961, S. 279, 289; *Staudinger-Coester*, BGB, 2013, § 307 BGB Rn. 151; *Palandt-Grüneberg*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 307 BGB Rn. 10; a.A.: *Baetge*, AcP 202 (2002), 972, 973 ff., v.a. 979; *Wolf*, Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften, in: Grunsky/Stürner/Walter, Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 147, 153 ff.

63 Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 64 UrhG Rn. 1 ff.

64 BT-Drs. IV/270, S. 30, 31, 33.

65 So auch: *Metzger*, Vertragliche Ausdehnung von geistigen Eigentumsrechten, in: Hilty/Jaeger/Kitz, Geistiges Eigentum, Herausforderung, Durchsetzung, 2008, S. 85, 92.

66 Von der „Berücksichtigung von Interessen der Endnutzer“ spricht zumindest implizit: Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 44a UrhG Rn. 4.

breiten Zugang zu Werken eine weitere Ausprägung als Schutz der Individualinteressen sämtlicher als Endnutzer agierender Vertragspartner.<sup>67</sup> Die Adressierung von Nutzerinteressen aufgrund des technischen Wandels ist für die DSM-Richtlinie aus Erwägungsgrund 3 ersichtlich.

## 2. Fotografierverbot als Abweichung vom gesetzlichen Leitbild

Klauseln, die die Schutzdauer eines Werkes faktisch ausweiten (Fotografierverbote) unterliegen daher einer vermuteten unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners und sind grundsätzlich unzulässig. Allerdings statuiert § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine widerlegliche Vermutung der unangemessenen Behandlung des Vertragspartners. Führt eine Abwägung der betroffenen Interessen dazu, dass ein Fotografierverbot erforderlich ist, um die Tätigkeit von Museen aufrecht zu erhalten, so kann die Klausel trotz Abweichung von dem Leitbild des § 64 UrhG wirksam sein. Die Argumentation des BGH in der „Museumsfoto“-Entscheidung ließe sich mit diesem Argument jedenfalls hinsichtlich der Wirksamkeit vertraglicher Fotografierverbote aufrechterhalten. Es ließe sich hierbei aber durchaus zwischen verschiedenen Museen unterscheiden, so z.B. zwischen öffentlich geförderten Museen, deren Tätigkeit nicht auf die Remonopolisierung der Exponate angewiesen ist, wenn die Zuwendung nicht von Besucherseite, sondern durch die öffentliche Hand entscheidend für den Fortbestand des Museums ist, und ausschließlich privat finanzierten Museen. Ihre Interessen an einer Remonopolisierung ergänzt um das Interesse der Öffentlichkeit an der Aufrechterhaltung der Museumstätigkeit könnten tatsächlich so hoch wiegen, dass eine unangemessene Benachteiligung des Museumsbesuchers abgewendet wird und ein entsprechendes Fotografierverbot insofern nicht gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

## VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

Art. 14 DSM-Richtlinie adressiert Werke der angewandten Kunst und ist hierbei autonom unionsrechtlich so auszulegen, dass er lediglich die zweckfreie Kunst erfasst, nicht auch die angewandte Kunst und auch nicht die Architektur. Vervielfältigungen von Werken der bildenden Kunst, die eine eigene geistige Schöpfung darstellen, fallen ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich von Art. 14 DSM-Richtlinie. Abbildungen von Gegenständen, die zu keiner Zeit urheberrechtlichen Schutz genossen, werden wohl ebenfalls nicht von Art. 14 DSM-Richtlinie erfasst. Vervielfältigungen, die noch während des bestehenden urheberrechtlichen Schutzes des zugrundeliegenden Werkes angefertigt wurden, werden gemeinfrei, sobald die urheberrechtliche Schutzfrist abgelaufen ist. Gemeinfrei ist jedes Material, das im Zuge der Vervielfältigung entsteht, unabhängig von seiner Substanz. Es muss sich allerdings um originalgetreue Kopien han-

67 Ausführlich: *Specht*, Diktat der Technik, 2019, Teil 5 A., C. und F.

deln. Auch originalgetreue Teilreproduktionen sind erfasst. Erforderlich ist jedoch stets, dass das entstehende Material selbst keine eigene geistige Schöpfung darstellt.

Umsetzen lässt Art. 14 DSM-Richtlinie sich bei korrektem Verständnis der Schrankenbestimmungen sowohl als Bereichsausnahme als auch als Schrankenregelung. Es bleibt freilich auch die gänzliche Aufhebung des Lichtbildschutzes nach § 72 UrhG möglich. Letztlich hat Art. 14 DSM-Richtlinie aber auch Einfluss auf die Zulässigkeit vertraglicher Fotografierverbote. Denn Art. 14 DSM-Richtlinie verstärkt die bislang einzig in der Literatur vertretene und nicht in der Rechtsprechung abgebildete Auffassung, § 64 UrhG sei gesetzliches Leitbild i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weshalb eine Ausweitung der Schutzdauer jedenfalls in AGB grundsätzlich unzulässig wäre. Allerdings statuiert § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine widerlegliche Vermutung der unangemessenen Behandlung des Vertragspartners. Führt eine Abwägung der betroffenen Interessen dazu, dass ein Fotografierverbot erforderlich ist, um die Tätigkeit von Museen aufrecht zu erhalten, so kann die Klausel trotz Abweichung von dem Leitbild des § 64 UrhG wirksam sein. Ob eine Klausel letztlich zulässig oder unzulässig ist, könnte auch von der Trägerschaft des Museums abhängen. Denn öffentlich geförderte Museen, deren Tätigkeit nicht auf die Remonopolisierung der Exponate angewiesen ist, wenn die Zuwendung nicht von Besucherseite, sondern durch die öffentliche Hand entscheidend für den Fortbestand des Museums ist, könnten einer unangemessenen Beeinträchtigung durch Fotografierverbote weniger entgegensetzen als ausschließlich privat finanzierten Museen. Jedenfalls aber ändert sich die Beweislast: Fotografierverbote sind grundsätzlich unzulässig und nur bei Darlegung ausreichender Umstände, die die Vermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB widerlegen, ausnahmsweise zulässig. Die Rechtsprechung wird sich mit Blick auf die von ihr bislang weitgehend einschränkungslos hingenommenen Fotografierverbote<sup>68</sup> vor dem Hintergrund von Art. 14 DSM-Richtlinie noch einmal neu orientieren müssen. Der Gesetzgeber täte gut daran, ihr hier auf die Sprünge zu helfen.

68 BGH, Urt. v. 19.12.2014 – V ZR 324/13, GRUR 2015, 578 Tz. 8 f. – *Preußische Kunstwerke*; BGH, Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 45/10, GRUR 2011, 323 Tz. 13 – *Preußische Gärten und Parkanlagen I*; BGH, Urt. v. 8.11.2005 – KZR 37/03, GRUR 2006, 249, 251 – *Hörfunkrechte an Bundesligaspielen*; BGH, Urt. v. 9.3.1989 – I ZR 54/87, GRUR 1990, 390, 391 – *Friesenhaus*; BGH, Urt. v. 20.9.1974 – I ZR 99/73, GRUR 1975, 500, 501 – *Schloss Tegel*; BGH, Urt. v. 13.10.1965 – I b ZR 111/63, NJW 1966, 542, 544 – *Apfel-Madonna*.