

## C. Kapitel 2 – Die Bedeutung der Auflagenlimitierung für den urheberrechtlichen Originalbegriff in der zeitgenössischen Fotokunst

Die Frage nach dem „Original“ ist im Bereich der seriellen Medien immer wieder gestellt worden. Dies sowohl von kunsttheoretischer als auch von juristischer Seite. Im Bereich des Rechts stellt sich insbesondere die Frage, welche Werkexemplare ein „Original“ im Sinne des Urheberrechtsgesetzes sind, da dieses an die Originaleigenschaft verschiedene Rechtsfolgen knüpft. Eine erste Blüte in der Rechtswissenschaft hatte die Diskussion in den 1980er Jahren.<sup>384</sup> Dieser ging eine umfangreiche Berichterstattung in der Tagespresse voraus. Auslöser war der „Bauernfang mit Originalen“<sup>385</sup>, der Kunstverlegern unterstellt wurde, die massenhaft hergestellte Druckgrafiken und Gussplastiken berühmter Künstler als „Originale“ anboten.

Auch im Bereich der Fotografie ist die Frage nach dem urheberrechtlichen Original jedenfalls nicht einfach zu beantworten. In den rechtstatistischen Untersuchungen des ersten Kapitels wurde gezeigt, dass limitierte Auflagen ein wesentlicher, wenn nicht sogar ein unerlässlicher Bestandteil des Markts für zeitgenössische Fotokunst sind. Das täglich im Handel mit Fotografien abgegebene und *weitergegebene* „Versprechen der Exklusivität“ ist für den ideellen wie materiellen Wert der Fotografien von entscheidender Bedeutung. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass im Bereich der zeitgenössischen Fotografie die Auflagenlimitierung daher auch eine entscheidende Bedeutung für den urheberrechtlichen Originalcharakter

---

384 Vgl. zur damaligen rechtlichen Diskussion insbesondere *Hamann*, Originalbegriff; *Heinbuch*, NJW 1984, 15 ff.; *Heinbuch*, in: *International Sales*; *Sieger*, Film und Recht 1984, 119 ff.; aber auch *Bullinger*, KUR 2006, 106 (106).

385 So der Titel eines Artikels im Spiegel Nr. 19/1983. Der Artikel führte zu mehreren Gegendarstellungen der Betroffenen in den folgenden Ausgaben. Im Internetarchiv des Spiegels, welches auch die Ausgabe 19/1983 umfasst, fehlt der streitauslösende Artikel. Eine ausführliche Zusammenfassung der damaligen Debatte findet sich bei *Sieger*, Film und Recht 1984, 119 ff. Vgl. aber auch *Bleicher/Stiebner*, *Druckgraphik*, 167. Zu Recht weist *Fricke*, in: frame # 1, 164 darauf hin, dass die damaligen Entwicklungen im Bereich der Druckgrafik für den heutigen Markt der Fotografie ein „abschreckendes Beispiel“ darstellen. Es liegt an den Marktakteuren, hieraus die entsprechenden Lehren zu ziehen.

ter eines Abzugs hat. Gleichzeitig ergibt sich durch einen solchermaßen gefassten Originalbegriff die Möglichkeit, die Exemplare einer limitierten Auflage eindeutig gegen solche Nachabzüge abzugrenzen, die einen rechtlichen Abwehrensanspruch des Sammlers auslösen können. Wie die Frage nach der rechtlichen Verbindlichkeit von Auflagenlimitierungen baut auch die Diskussion des Originalbegriffs auf die im vorhergehenden Kapitel erörterten rechtstatsächlichen Umstände des Markts für Fotokunst auf. Die Auseinandersetzung mit dem urheberrechtlichen Originalbegriff liefert dabei zusätzliche Aspekte, die sich für die spätere Auseinandersetzung mit der rechtlichen Verbindlichkeit von Auflagenlimitierungen als hilfreich erweisen werden. Ein besonderes Augenmerk gilt hierbei dem noch zu wenig rezipierten Einfluss, den das Europarecht auf den urheberrechtlichen Originalbegriff nimmt. Im Ergebnis wird gezeigt werden, dass es an der Zeit ist, einen aus der heutigen Perspektive formulierten und insbesondere den europarechtlichen Anforderungen genügenden urheberrechtlichen Originalbegriff für den Bereich der zeitgenössischen Fotografie zu entwickeln. Dieser soll dann insbesondere auch in der Lage sein, die nach den bisherigen Definitionsversuchen offen gebliebenen Fragen zu klären.

## I. Vorbemerkungen zum Originalbegriff

Zunächst muss man sich bei Überlegungen zum Originalbegriff über den jeweiligen Kontext, in dem er verwendet wird, bewusst sein. Natürlich können an das Original in kunsttheoretischer und juristischer Hinsicht unterschiedliche Ansprüche gestellt werden. Sogar innerhalb des „rechtlichen Originalbegriffs“ wird von vielen Autoren noch einmal zwischen einem *steuer- und zollrechtlichen*,<sup>386</sup> einem *urheberrechtlichen* sowie einem *gewähr-*

386 Hierzu *Strittmatter/Lörken*, ZUM 2010, 155 ff. sowie *Pfennig*, Museen, 42 f.; *Schlütter*, Original, 140 ff. Was den steuerrechtlichen Originalbegriff angeht, so hat sich seine Relevanz seit dem 01.01.2014 deutlich reduziert. Die bis dahin in Deutschland geltende Mehrwertsteuerermäßigung für „Originalkunstwerke“ wurde aufgrund europarechtlicher Vorgaben für den gewerblichen Kunsthandel abgeschafft. Derzeit gilt ein ermäßigter Mehrwertsteuersatz nur für unmittelbar durch den Künstler getätigte Verkäufe von Kunstwerken (sogenannte „Ateliervverkäufe“). Die derzeitige Rechtslage ist unausgegoren. Vonseiten der Bundesregierung war für den Kunsthandel eine (im Ergebnis eine geringere Belastung darstellende) Differenzbesteuerung nach französischem Vorbild geplant gewesen. Deren tatsächliche Umsetzung scheiterte bislang am Widerstand der Länder. Für Hintergründe: *Christiane Fricke*, Mehrwertsteuer-Erlass: Ein Schlag ins Kontor, Handelsblatt (online) v. 19.12.2014, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/panorama/kultur-kunstmarkt/mehrwertsteuer-erlass-ein-schlag-ins-kontor/11146896-all.html>, abgerufen am 01.06.2016. Umfassend aus Sicht des Kunsthandels *Sturm*, KUR 2014, 159 ff.

*leistungsrechtlichen* Originalbegriff unterschieden.<sup>387</sup> Die Tatsache, dass der Begriff in diesen Bereichen aufgrund unterschiedlicher funktioneller Anforderungen verschiedene Bedeutungen haben *kann*, heißt jedoch keineswegs, dass er auch verschiedene Bedeutungen haben *muss*. Letztlich soll im Rahmen dieser Arbeit dafür geworben werden, die Überlegungen zum *urheberrechtlichen* Originalbegriff auch für die anderen Bereiche, in denen der Begriff eine Rolle spielt, zumindest als eine hilfreiche Ausgangsbasis zu verwenden. Die Anerkennung eines solchen „überwölbenden“ Originalbegriffs erscheint in vielerlei Hinsicht sinnvoller als in den jeweiligen Teilbereichen „das Rad neu zu erfinden“. Eine Tendenz zur Konvergenz der Originalbegriffe zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs. Die pauschale steuer- und zollrechtliche Klassifikation von „Originalwerken“, welche ausschließlich an die konkrete Herstellungstechnik anknüpfte und somit z. B. Siebdrucke anders behandelte als Lithografien, war einst sogar vom Bundesverfassungsgericht als „im Interesse der Rechtssicherheit“ bestätigt worden.<sup>388</sup> Inzwischen nähert aber auch der Bundesfinanzhof seine Betrachtungen dem urheberrechtlichen Originalbegriff an.<sup>389</sup>

Der urheberrechtliche Originalbegriff ist aufgrund der mit dem Urheberrecht verbundenen Zielsetzungen besonders „nah an der Kunst“. Dies spricht dafür, ihn tatsächlich als Ausgangspunkt für eine allgemeine juristische Erfassung des Originals in der Kunst zu nehmen. Im Gegensatz hierzu ist der existierende steuer- und zollrechtliche Originalbegriff derart von besonderen Praktikabilitätsabwägungen der Steuererhebung geprägt, dass er bei vielen Normadressaten auf großes Unverständnis stößt<sup>390</sup> und daher als Keimzelle für einen „überwölbenden“ Originalbegriff ungeeignet ist.<sup>391</sup> Der urheberrechtliche Originalbegriff ist aber wiederum auch nah am tatsächlichen Kunstbetrieb, weil eine Regelung – wie die des Folgerechts<sup>392</sup> in

387 In diesem Sinne z. B. *Strittmatter/Lörken*, ZUM 2010, 155 (159 f.); wohl auch *Goepfert*, Haftungsprobleme, 64 f.; *Hamann*, Originalbegriff, 87; *Jayme*, in: Original und Fälschung, 23; *Katzenberger*, in: Schricker/Loewenheim, § 26 Rn. 27; *Schlütter*, Original, 113.

388 BVerfG, Beschluss vom 14.09.1995 – 1 BvR 1787/94 = NJW 1996, 1127 f.; kritisch hierzu *Jayme*, Wiener Vorträge, 229 f.

389 So *Pfennig*, Museen, 42 f.; *Strittmatter/Lörken*, ZUM 2010, 155 (159 f.) unter Verweis auf BFHE 201, 352.

390 Vgl. nur die Kritik von *Jayme*, Wiener Vorträge, 229 f. sowie *Strittmatter/Lörken*, ZUM 2010, 155 ff.

391 In diesem Sinne auch schon *Hamann*, Originalbegriff, 77 ff.

392 Das Folgerecht soll einen materiellen Ausgleich für die Tatsache schaffen, dass der bildende Künstler sein Werk im Regelfall nur einmal (nämlich durch Verkauf) sinnvoll verwerten und somit wirtschaftlich profitieren kann. Andere Urheber (wie z. B. Komponisten oder Schriftsteller) haben die Möglichkeit, dauerhaft Erträge in Form von Lizenz-einnahmen aus ihrem Werk zu generieren. Hinzu kommt, dass Werke der bildenden

§ 26 UrhG – für alle am Kunstmarkt und der Kunstproduktion Beteiligten ständig unmittelbar spürbare Folgen zeitigt.<sup>393</sup> Die Aussage von *Goepfert*, gegen eine Generalisierung des *urheberrechtlichen* Originalbegriffs spreche, dass dieser in der „breiten Öffentlichkeit“ nicht verankert sei,<sup>394</sup> ist daher zu relativieren. Vielmehr dürfte bei vielen am Kunstmarkt beteiligten Personen das Gegenteil der Fall sein. Ob der Begriff bei Personen bekannt ist, die überhaupt nicht am Kunstmarkt agieren, kann dann vernachlässigt werden.

Weiterhin ist das UrhG als „eine der klarsten Kodifikationen der auf romanischem Verständnis beruhenden Normensammlungen“<sup>395</sup> in der Lage, z. B. mithilfe seiner abstrakten, aber weitgehend geklärten Systematisierungen (wie z. B. dem immateriellen „Werk“ und dem materiellen „Werkstück“) Hilfestellung bei der begrifflichen Erfassung des „Originals“ zu geben.<sup>396</sup> Darüber hinaus lässt sich auf einen vergleichsweise umfangreichen Diskurs zurückgreifen, über den die gefundene Definition zusätzliche Legitimation sowie Transparenz in Bezug auf ihre Entwicklung erlangen kann.

Zum *gewährleistungsrechtlichen* Originalbegriff ist zu bemerken, dass er strenggenommen gar nicht existiert, jedenfalls aber eine andere Kategorie darstellt. Das Gewährleistungsrecht verwendet den Begriff des Originals – anders als das Urheberrecht<sup>397</sup> und das Steuerrecht<sup>398</sup> – nicht. Für das Mängel-

---

Kunst häufig erst bei einem Verkauf auf dem Sekundärmarkt (z. B. im Rahmen einer Auktion) ihre „richtige“ Wertschätzung erfahren, diese Wertsteigerung jedoch ohne ein Folgerecht dem Künstler nicht mehr zugutekäme (vgl. zu den Motiven für die Einführung eines Folgerechtsanspruchs die ausführlicheren Darstellungen bei *Ehrler*, Folgerecht, 65 ff.; *Pfennig*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 88 Rn. 1 ff.; *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 19 ff.; *Schneider-Brodthmann*, Folgerecht, 31 ff.). Das Folgerecht, welches das UrhG seit 1965 kennt und welches durch die Umsetzung der EU-Folgerechtsrichtlinie nun europaweit existiert, hilft dem bildenden Künstler, indem es ihm einen Teil des bei einem Verkauf erzielten Erlöses als geldwerten Anspruch gegenüber dem Verkäufer des Werkstücks einräumt. Der Folgerechtsanspruch nach dem UrhG ist gestaffelt (§ 26 Abs. 2 S. 1 UrhG), setzt einen Mindestverkaufserlös von 400 Euro voraus (§ 26 Abs. 1 S. 4 UrhG) und ist auf einen Maximalbetrag von 12.500 Euro begrenzt (§ 26 Abs. 2 S. 2 UrhG).

393 Vgl. auch *Schlütter*, Original, 28 f.

394 *Goepfert*, Haftungsprobleme, 66. Nach *Goepfert* soll das zum *urheberrechtlichen* Originalbegriff Gesagte jedoch nicht für den *steuerrechtlichen* Originalbegriff gelten. Letzterer sei aufgrund seiner Praxisrelevanz so verbreitet, dass er als bekannt gelten dürfe. Dies soll hier bezweifelt werden, wenngleich ein empirischer Nachweis für die Richtigkeit einer der beiden Behauptungen an dieser Stelle nicht erbracht werden kann.

395 *Mercker*, in: Was kostet Kunst?, 40.

396 Unabhängig von dem sprachlichen Reformvorschlag der in Bezug auf das UrhG zu machen sein wird; dazu unten unter C.II.3, S. 116.

397 Z. B. in § 26 UrhG.

398 Vgl. Nr. 53 der Anlage 2 zu § 12 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UStG.

gewährleistungsrecht gilt primär der „subjektive Mangelbegriff“<sup>399</sup> (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Begriff des Originals kann daher gewährleistungsrechtlich nur dann eine Rolle spielen, wenn die Parteien sich darüber verständigt haben, indem beispielsweise die Lieferung eines „Originals“ Vertragsgegenstand geworden ist. Innerhalb der vertraglichen Gestaltung ist es jedoch ausschließlich eine Frage der Privatautonomie und somit des konkreten Vertragsinhalts, was unter einem „Original“ verstanden werden soll. Nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* ist es daher unschädlich, wenn die Parteien z. B. übereinstimmend ein Kunstwerk als „Original“ bezeichnen, obgleich es vom Rest der Kunstwelt nicht als solches angesehen wird. Lediglich wenn die Parteivereinbarungen bzw. die Parteierwartungen inkongruent sind, kann es doch wieder notwendig werden, im Rahmen der Vertragsauslegung den Begriff des „Originals“ aus Sicht eines „objektiven Erklärungsempfängers“<sup>400</sup> zu bestimmen. Dabei kann es hilfreich sein, auf einen „unparteiischen“, also normativen Originalbegriff zurückzugreifen.<sup>401</sup> Die in diesem Kapitel zu entwickelnden Grundsätze für einen urheberrechtlichen Originalbegriff könnten insoweit herangezogen werden und dann auch mittelbar im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht Bedeutung erlangen. Relevant kann die Frage, was mit einem „Original“ versprochen wurde, weiterhin auch unter dem Aspekt eines Sachmangels im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB werden, wenn der Verkäufer Kunstwerke z. B. in einem Katalog als „Originale“ angepriesen hat.<sup>402</sup>

## II. Das „Original“ im Sinne des UrhG in der Fotokunst

Das UrhG verwendet den Begriff des Originals in den §§ 6, 10, 17, 18, 25, 26, 27, 44, 69c, 107, 114, 116 UrhG.<sup>403</sup> Der Begriff wird jedoch nicht definiert, sondern vom Gesetz vorausgesetzt.<sup>404</sup> Dementsprechend hat sich um den Inhalt des Begriffs eine umfangreiche Diskussion entsponnen.<sup>405</sup> Aufgrund der

399 Für alle *Westermann*, in: MüKo BGB, § 434 Rn. 5 ff. Ausführlich auch unten E.III.1, S. 271.

400 Hierzu grundlegend unten bei D.II.1.b), S. 182.

401 So auch schon *Goepfert*, Haftungsprobleme, 65 ff.

402 Zur Frage, inwieweit im Rahmen der Sachmangelbegriffe des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB ein Original geschuldet sein kann vgl. auch unten bei E.III.1.a)(5), S. 282 sowie *Mangold*, Verbraucherschutz, 164.

403 Zur Bedeutung des Begriffs in den einzelnen Normen vgl. *Schlütter*, Original, 28 ff.

404 Vgl. z. B. *Bullinger*, KUR 2006, 106 (108).

405 Vgl. beispielhaft zur Diskussion in chronologischer Reihenfolge *Hamann*, Originalbegriff; *Sieger*, Film und Recht 1984, 119 (129 f.); *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 22 ff.; *Bullinger*, KUR 2006, 106. Zuletzt sehr umfangreich *Schlütter*, Original.

sich ständig neu entwickelnden künstlerischen Ausdrucksformen wie auch der Weiterentwicklung von Reproduktionstechniken ist jede Definition des Begriffes naturgemäß einer wiederkehrenden Überprüfung ausgesetzt. Für den Bereich der Fotografie gilt, dass die Diskussion seit einigen Jahren mit Unterbrechungen geführt wird, ein eindeutiges Ergebnis und insbesondere eine höchstrichterliche Entscheidung bislang aber noch nicht vorliegen.<sup>406</sup>

Das Fehlen einer weithin akzeptierten Definition des fotografischen Originals ist umso erstaunlicher, als eine klare Vorstellung vom Originalbegriff für die Anwendung des UrhG unentbehrlich ist, da das Gesetz an die Originaleigenschaft bestimmte Rechtsfolgen (wie z. B. den Folgerechtsanspruch aus § 26 UrhG) knüpft. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass bei limitierten Werken (d. h. bei praktisch allen Werken der zeitgenössischen Fotokunst) die Limitierung Auswirkungen auf die Originaleigenschaft haben muss und dass diese gleichzeitig die Bildung eines Originalbegriffs für den Bereich der zeitgenössischen Fotografie erheblich erleichtert.<sup>407</sup>

## 1. Urheberrechtliche Vorüberlegungen

Bevor die Auswirkungen einer limitierten Auflage auf den urheberrechtlichen Originalbegriff geprüft werden können, bedarf es einiger grundlegender Überlegungen zur Stellung der Fotografie im deutschen Urheberrecht. Nur Fotografien, die als urheberrechtlich relevantes *Werk* überhaupt unter das UrhG fallen, können Originale im Sinne des UrhG sein.

### a) Unterscheidung von Lichtbildwerk und Lichtbild

Das deutsche Urheberrecht unterscheidet, was das Medium der Fotografie angeht, zwischen Lichtbildwerken (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG)<sup>408</sup> und Lichtbildern (§ 72 UrhG). Plakativ formuliert wird zwischen „besseren“ und „schlechteren“ Fotos unterschieden.<sup>409</sup> Ein „echtes“ Urheberrecht wird nur den („besseren“) Lichtbildwerken zugestanden. § 72 UrhG bietet den („schlechteren“) Lichtbildern einen annähernd gleichen Schutz, jedoch nicht in Form eines

406 Mercker, FAZ vom 2. April 2005, 49; Mercker, in: Original und Fälschung, 68 ff.; Maaßen, PROFIFOTO 5/2007, 69.

407 Anders noch Hamann, UFITA 90/1981, 45 (56 f.).

408 Vgl. umfassend zu diesem Begriff und seiner Ausgestaltung Nordemann, Fotografie, 16 ff., 123 ff.

409 So Nordemann, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 125.

Urheberrechts, sondern in Form eines bloßen Leistungsschutzrechts.<sup>410</sup> Unterschiedlich ist die Schutzdauer von 70 Jahren *post mortem auctoris* bei Lichtbildwerken (§ 64 UrhG) und 50 Jahren ab Erscheinen, öffentlicher Wiedergabe oder Herstellung bei Lichtbildern (§ 72 Abs. 3 UrhG).<sup>411</sup> Zudem unterfallen die Lichtbilder – anders seit dem 1. Januar 2006 die *Lichtbildwerke*<sup>412</sup> – nicht dem Folgerechtsanspruch aus § 26 UrhG (vgl. § 26 Abs. 1 S. 1 UrhG).

Die Grenze zwischen Lichtbildwerken und Lichtbildern wird danach gezogen, ob es sich bei der fraglichen Fotografie um eine persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG), d. h. insbesondere um ein Werk mit einer gewissen Schöpfungshöhe<sup>413</sup> handelt oder nicht.<sup>414</sup> Bloße Lichtbilder sind demnach alle „nicht künstlerischen Fotografien“.<sup>415</sup> Lichtbildwerke von Lichtbildern in jedem Einzelfall genau abzugrenzen, gestaltet sich außerordentlich schwierig. Aufgrund von Art. 6 der EU-Schutzdauerrihtlinie<sup>416</sup>, die auch bei der Auslegung des deutschen UrhG zu beachten ist, darf die Schwelle zur Annahme eines Lichtbildwerks aber nicht zu hoch angenommen werden.<sup>417</sup> Art. 6 der EU-Schutzdauerrihtlinie unterscheidet nicht zwischen Lichtbildwerken und Lichtbildern, sondern unterstellt „Fotografien“ pauschal dem urheberrechtlichen Schutz, solange sie bestimmte Kriterien erfüllen. Insoweit setzt die EU-Schutzdauerrihtlinie lediglich voraus, dass die Fotografien individuelle, d. h. „eigene geistige Schöpfungen“ sind. Eine besondere Gestaltungshöhe wird gerade nicht verlangt.<sup>418</sup> Vielmehr werden sogar ausdrücklich alle anderen Kriterien außer den genannten (individuelle, d. h. eigene geistige Schöpfung) zur Bestimmung der Schutzfähigkeit für nicht anwendbar erklärt (vgl. Art. 6 S. 2 der EU-Schutzdauerrihtlinie). Der Unterschied der Definitionen („eigene“ statt „persönliche“) mag marginal erscheinen.<sup>419</sup> Entscheidend ist jedoch, dass nach dem Willen der EU-Schutzdauerrihtlinie ästhetische und wertende Betrachtungen bei der

410 Thum, in: Wandtke/Bullinger, § 72 Rn. 1 f.

411 Lettl, Urheberrecht, § 2 Rn. 86.

412 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 26 Rn. 9.

413 Vgl. zu diesem Begriff Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 Rn. 20 f.

414 Umfassende Darstellungen der Abgrenzung finden sich bei Nordemann, Fotografie, 67 ff. (noch ohne die Implikationen der EG-Schutzdauerrihtlinie; dazu sogleich); Heitland, Fotografie, 31 ff. sowie Maaßen, in: FS Pfennig, 138 ff.

415 Lutz, Grundriss des Urheberrechts, Rn. 565.

416 Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. Nr. L 372 vom 27.12.2006, 12.

417 Vgl. hierzu auch Nordemann, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 147 sowie Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 182; Maaßen, in: FS Pfennig, 140.

418 In diesem Sinne auch BGH, Urteil vom 3.11.1999 - I ZR 55/97 = BGH, MMR 2000, 218 (219).

419 Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, § 2 Rn. 23.

Verleihung des urheberrechtlichen Schutzes außen vor bleiben und generell die Anforderungen an den urheberrechtlichen Schutz von Werken gesenkt werden sollen.<sup>420</sup> Bei Beachtung der EU-Schutzdauerrichtlinie ist daher im deutschen Urheberrecht im Zweifel zugunsten eines urheberrechtlichen Schutzes, also für die Einordnung als Lichtbildwerk, zu entscheiden.<sup>421</sup> Letztlich dürften nur solche Fotografien, bei denen „jede schöpferische Individualität fehlt“<sup>422</sup> bzw. die ein bloßes Zufallsprodukt<sup>423</sup> sind, als reine Lichtbilder dem Leistungsschutzrecht des § 72 UrhG unterfallen. Dies betrifft Satelitenaufnahmen<sup>424</sup> oder sogenannte „Knipsbilder“ wie z. B. Passbilder aus dem Fotoautomaten<sup>425</sup>. Wobei schon bei letzterem Beispiel eine genaue Einzelfallprüfung notwendig sein wird, da die Verwendung eines Passbildautomaten (genauso wie die Verwendung eines Selbstauslösers<sup>426</sup>) keineswegs *generell* ausschließt, dass der Benutzer dieses Automaten nicht doch individuell gestaltend – im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung – tätig wird.<sup>427</sup>

Für die Fotografien, welche in der vorliegenden Arbeit im Fokus stehen, besteht insoweit kein wesentlicher Zweifel. Dass ein Foto, welches auf dem Markt als künstlerisches Objekt gehandelt wird, nicht mehr unter den (weiten) Begriff des Lichtbildwerks fallen sollte, ist vielleicht nicht völlig ausgeschlossen, jedoch kann diese (theoretische) Möglichkeit für die folgenden Untersuchungen vernachlässigt werden.

#### b) Das urheberrechtlich geschützte *Werk* im Bereich der Fotokunst

Gemäß §§ 1, 2 UrhG setzt der urheberrechtliche Schutz ein „Werk“ voraus. Der Begriff des Werks ist von dem des *Werkstücks* zu unterscheiden.<sup>428</sup> Als „Werk“ bezeichnet das Urheberrecht den eigentlichen Anknüpfungsgegen-

420 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 Rn. 32. Dies gestaltet sich im Schweizer Recht anders. Vgl. die Ausführungen von *Hug*, KUR 2015, 31 ff.

421 *Nordemann*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 148a. Vgl. auch *Heitland*, Fotografie, 60 ff. sowie *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 2 Rn. 245.

422 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, § 72 Rn. 7.

423 *Maaßen*, in: FS Pfennig, 141.

424 *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 2 Rn. 250, 254.

425 *Nordemann*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 148; auch *Fleer*, in: Hoeren/Nielen, 97 f.

426 Vgl. *Nordemann*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9 Rn. 131.

427 So arbeitet der Künstler Jan Wenzel ganz bewusst mit „Fotofix“-Automaten und schafft auf diese Weise Bildtableaus, denen man die Eigenschaft als Lichtbildwerk nicht mehr absprechen kann; vgl. das Interview mit dem Künstler in *Designers Digest* 101, Heft 09/07.

428 *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 91. Für ausführliche Darstellungen vgl. *Wiesner*, Veräußerung des Werkstückes, 17 ff.; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 210 ff.; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 34 ff.

stand des urheberrechtlichen Schutzes: das geschützte Immaterialgut, die geistige Schöpfung des Urhebers, sozusagen die „Idee“ im Sinne der Philosophie Platons. Das Werkstück ist die konkrete *Sache*, in der ein immaterielles Werk zum handelbaren und rezeptionsfähigen Gut manifestiert ist. Bei den bildenden Künsten ist ein *Werkstück* für die Rezeption des *Werks* zwingend notwendig. Anders bei flüchtigen (ephemerer<sup>429</sup>) Werken wie z. B. der Musik oder einem Gedicht: Letztere können auch ohne einen handgreiflichen Träger, beispielsweise allein durch einen Vortrag, vermittelt werden.

Ein schutzfähiges Werk im Sinne des § 2 UrhG liegt vor, wenn es sich um eine „persönliche geistige Schöpfung“ handelt (§ 2 Abs. 2 UrhG). Bei künstlerischer Fotografie (in Abgrenzung zum Lichtbild, s. o.)<sup>430</sup> liegt eine solche persönliche geistige Schöpfung vor. Notwendig ist für die Erlangung des urheberrechtlichen Schutzes aber zudem eine wahrnehmbare Formgestaltung, das heißt, das Werk muss einen Festlegungsgrad erreicht haben, welcher es der Wahrnehmung durch menschliche Sinne zugänglich macht.<sup>431</sup> Die praktische Notwendigkeit dieses Kriteriums liegt darin, dass das immaterielle Werk ohne jegliche Manifestation außerhalb des Geists des Urhebers schlicht verkehrsuntauglich ist und somit nicht sinnvoll ein Gegenstand rechtlicher Regeln sein kann. So würde man ohne jegliche Manifestation des Werks z. B. bei der Rechtsdurchsetzung zu unlöslichen Beweisschwierigkeiten kommen, wenn etwa die Frage zu klären wäre, wer eine „Idee“ zuerst gehabt hat. Vor einer Manifestation in der Außenwelt ist ein urheberrechtliches Werk daher als bloße Idee grundsätzlich nicht schutzfähig.<sup>432</sup>

Für die analoge Fotografie bedeutet dies, dass die Konzeption einer Fotografie, solange sie sich nur „im Kopf“ des Fotografen befindet, kein schutzfähiges Werk darstellt. Regelmäßig wird bei der Fotografie (sofern ihr keine ausführlichen, schriftlichen Planungen vorhergehen) das urheberrechtliche Werk erst mit Auslösung des Verschlusses am Fotoapparat materiell fixiert und somit schutzfähig. Auf dem belichteten (Negativ-)Film ist das Werk zwar nicht für das menschliche Auge wahrnehmbar (anders z. B. bei Polaroidaufnahmen), jedoch genügt als Voraussetzung für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit auch eine Fixierung, die den menschlichen Sinnen nur mit-

429 *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 83, 88

430 Allerdings bezieht sich auch der Schutz des Lichtbilds auf das immaterielle Gut, wenn gleich man in diesem Zusammenhang nicht von einem urheberrechtlichen „Werk“ spricht, da ein „Werk“ im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG eben eine persönliche geistige Schöpfung voraussetzt; vgl. *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 72 Rn. 17.

431 *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 214 f.; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 187 ff.; *Loewenheim*, in: *Handbuch des Urheberrechts*, § 6 Rn. 11.

432 Für die ganz h. M. *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rn. 20, 51. Mit anschaulichen Beispielen *Maaßen*, in: *FS Pfennig*, 144 ff.

telbar, d. h. unter Hinzuziehung technischer Hilfsmittel zugänglich ist.<sup>433</sup> Im Ergebnis sind daher bei der analogen Fotografie Negativ und Abzug dieses Negativs *Werkstücke* ein und desselben immateriellen *Werks*.

Für den Bereich der digitalen Fotografie kann grundsätzlich nichts anderes gelten.<sup>434</sup> Im Unterschied zur analogen Fotografie wird hier nicht ein (Negativ-)Film belichtet, sondern ein elektronisches Bauteil, welches dann die Bildinformationen als Computerdatei speichert. Auch wenn man das digitale Foto nicht als Lichtbildwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 1. Alt. UrhG bzw. als Lichtbild im Sinne des § 72 UrhG ansieht,<sup>435</sup> so fällt die digitale Fotografie jedenfalls unter die Auffangklausel des § 2 Abs. 1 Nr. 5 2. Alt. UrhG bzw. § 72 Abs. 1 2. Alt. UrhG, wonach gleichsam solche Werke und Erzeugnisse geschützt werden, die „ähnlich“ einem Lichtbildwerk bzw. einem Lichtbild geschaffen wurden.<sup>436</sup> Da in allen Fällen die gleichen Regeln anzuwenden sind, ist es müßig, sich auf eine der Möglichkeiten festzulegen. Die Speicherung des fotografierten Wirklichkeitsausschnitts als Datei stellt die für den Beginn des urheberrechtlichen Werkschutzes entscheidende (mittelbar) wahrnehmbare Formgestaltung dar.<sup>437</sup>

Leicht abweichende Bewertungen können sich im Einzelfall – insbesondere bei der zeitgenössischen Fotokunst – ergeben. Einige Künstler arbeiten hier mit einem mehrstufigen Schaffensprozess, bei dem z. B. nach Aufnahme eines analogen Fotos und dessen Digitalisierung (Scannen) eine Überarbeitung und Neuzusammenstellung der Bildinformationen auf digitalem Wege stattfindet.<sup>438</sup> Das neu kompilierte Bild wird als Datei gespeichert. Erst der von dieser Datei hergestellte Papierabzug stellt das eigentliche (für den Kunstmarkt bestimmte) Kunstwerk dar.<sup>439</sup> Kein Zweifel kann jedoch auch in diesem Fall daran bestehen, dass bereits die erste Aufnahme (analog oder digital) ein schutzfähiges Werk ist, da es auf die subjektiven Beweggründe des Schöpfers, d. h. insbesondere auf seine Vorstellung von der „Werkvollendung“, für die Anerkennung des urheberrechtlichen Schutzes nicht ankommt.<sup>440</sup> Der urheberrechtliche Schutz der schöpferischen Vorproduktion ist schon deshalb notwendig, da die „Vorprodukte“ dem Künstler während des Schaffensprozesses abhandenkommen können oder der

433 BGHZ 37, 1 (7); *Loewenheim*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 11.

434 Anders (zum schweizerischen Recht) *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 19 ff.

435 So aber z. B. *Platena*, Lichtbild, 143 und *Nielen*, in: Hoeren/Nielen, Rn. 225.

436 LG Hamburg, ZUM 2004, 675 (677); *Maafßen*, ZUM 1992, 338 (339 f.); *Reuter*, GRUR 1997, 23 (27).

437 LG Hamburg, ZUM 2004, 675 (677); *Jacobs*, in: FS Samwer, 145; *Nielen*, in: Hoeren/Nielen, Rn. 226; anders *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 20.

438 Vgl. hierzu auch *Jacobs*, in: FS Samwer, 142 ff.

439 So z. B. bei Jeff Wall und Andreas Gursky, vgl. auch *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 19 f.

440 *Jacobs*, in: FS Samwer, 144 f. Vgl. auch *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 22.

Schaffensprozess aus anderen Gründen nicht fortgesetzt werden könnte.<sup>441</sup> Es muss daher für den urheberrechtlichen Schutz unerheblich sein, dass es sich nach Ansicht des Künstlers erst um ein „Vorprodukt“ handelt, solange nach objektiven Kriterien bereits ein schutzfähiges Werk vorliegt.<sup>442</sup> Unter Umständen können daher bei den zeitgenössischen Schaffensprozessen je nach dem Grad der „Umgestaltung“ mehrere urheberrechtlich relevante Werke<sup>443</sup> bzw. Bearbeitungen im Sinne von § 3 S. 1 UrhG entstehen, die jeweils einem selbständigen Schutz unterliegen.<sup>444</sup>

c) Internationales Urheberrecht<sup>445</sup> und der Anwendungsbereich des deutschen UrhG

Die Kunstwelt wie der Kunstmarkt sind zu globalen Erscheinungen geworden. Es ist nicht mehr außergewöhnlich, sondern gehört vielmehr zum allgemeinen Standard, wenn in einem Frankfurter Museum ein amerikanischer oder kanadischer Fotograf gleichberechtigt neben einem deutschen Fotografen ausstellt. Im Übrigen findet eine Trennung nach Nationalitäten der Künstler – natürlich abgesehen von entsprechenden, thematischen Sonderausstellungen – nicht mehr statt. Werden also Fotografien, die der ausländische Künstler im Ausland (vielleicht sogar auf Reisen in einem Drittland) aufgenommen hat, an ein inländisches Museum bzw. einen Sammler verkauft, so stellt sich zunächst die Frage, welche Rechtsordnung, das heißt konkret, das *Urheberrecht* welchen Landes über die aufgeworfenen Fragestellungen entscheidet. Die Antwort auf diese Frage ist im Internationalen Urheberrecht zu suchen.<sup>446</sup> Es gehört zu den Notwendigkeiten einer zeitge-

441 Vgl. auch die Überlegungen von *Hamann*, Originalbegriff, 119 f. sowie *Jacobs*, in: FS Samwer, 144 f.

442 *Jacobs*, in: FS Samwer, 144. Vgl. auch *Loewenheim*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 52 Rn. 13; sowie *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 22; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 214; *Nordemann/Dustmann*, in: Ebling/Schulze, 2. Teil Rn. 77.

443 Vgl. *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, § 7 Rn. 4, der von einzelnen, sich überlagernden Urheberrechten an den jeweiligen Vorstufen eines Werks spricht.

444 *Maaßen*, ZUM 1992, 338 (347); *Reuter*, GRUR 1997, 23 (29 ff.); *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 3 Rn. 40 f.; wohl anders *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 20.

445 Eine umfassende Darstellung aller Fragen des Internationalen Urheberrechts mit umfangreicher Kritik an den gegenwärtigen Verhältnissen findet sich bei *Schack*, Urheberrecht, Rn. 904 ff.

446 „International“ meint in diesem Zusammenhang nicht notwendig Normen, die Gültigkeit über Ländergrenzen hinweg beanspruchen. Vielmehr ist unter dem Begriff des „Internationalen Urheberrechts“ genauso wie dem des „Internationalen Privatrechts“ eine Metaebene *nationaler* Normen zu verstehen, die über die Anwendbarkeit des übrigen

mäßen Jurisprudenz, stets zumindest einen kurzen Blick auf diese Fragestellungen zu werfen.

(1) Rechtsquellen des Internationalen Urheberrechts

Echte Kollisionsnormen für urheberrechtliche Sachverhalte existieren im deutschen UrhG (noch) nicht. Stattdessen wird seit langem von der Rechtsprechung zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf das inzwischen wohl als Gewohnheitsrecht<sup>447</sup> zu bezeichnende Schutzlandprinzip zurückgegriffen.<sup>448</sup> Das Schutzlandprinzip besagt, dass auf einen Sachverhalt jeweils das Urheberrecht des Landes anwendbar ist, für dessen Gebiet urheberrechtlicher Schutz begehrt wird (*lex loci protectionis*).<sup>449</sup> Dieser Grundsatz hat durch die Artt. 8 Abs. 1, 13 Rom II-Verordnung<sup>450</sup> inzwischen für den Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse eine positivrechtliche Regelung gefunden.<sup>451</sup> Die Begründung für die Anwendung des Schutzlandprinzips ist somit für den Bereich der außervertraglichen urheberrechtlichen Ansprüche heute in der Rom II-Verordnung und nicht mehr im Richterrecht zu suchen.<sup>452</sup> Das UrhG bedient sich zudem weiterhin zur Bewältigung von Sachverhalten mit Auslandsbezug Regelungen in Form eines Fremdenrechts (§§ 120 ff. UrhG). Eine Rechtswahl durch die Parteien ist aufgrund dessen, dass es sich beim Urheberrecht um ein absolutes Recht handelt, nicht möglich (vgl. auch Art. 8 Abs. 3 Rom II-Verordnung).<sup>453</sup>

---

(sogenannten *materiellen*) Rechts entscheiden. Vgl. hierzu von Hoffmann/Thorn, IPR, Rn. 34 ff.

447 Vgl. Fezer, Markenrecht, Einl H Rn. 12 ff.

448 Für die ständige Rspr. vgl. BGH, GRUR 2015, 264 (265 Rn. 24). Weiterhin Lauber-Rönsberg, in: BeckOK UrhR, Kollisionsrecht Rn. 7 ff.; Walter, in: Handbuch des Urheberrechts, § 58 Rn. 24 ff. Ein ausländisches Gericht kann durch sein Kollisionsrecht im Wege der Gesamtverweisung auf das deutsche Kollisionsrecht verwiesen werden und muss dann ebenfalls das („deutsche“) Schutzlandprinzip anwenden. Zur Kritik am Schutzlandprinzip vgl. z. B. Lauber-Rönsberg, in: BeckOK UrhR, Kollisionsrecht Rn. 10.

449 Vgl. Schack, Urheberrecht, Rn. 1044.

450 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. L 199 vom 31.07.2007, 40.

451 Dazu Walter, in: Handbuch des Urheberrechts, § 58 Rn. 54.

452 Dies gilt unabhängig davon, ob der konkrete Sachverhalt Bezüge zum Gebiet der EU aufweist oder nicht, solange von einem dort ansässigen Gericht entschieden wird (sogenannte „Universelle Anwendung“, vgl. Art. 3 Rom II-Verordnung).

453 BGHZ 118, 394 (397 f.); von Welser, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 120 ff. Rn. 23.

Der *persönliche* Anwendungsbereich des deutschen UrhG (wenn es aufgrund des Schutzlandprinzips für anwendbar erklärt worden ist) erstreckt sich gemäß der §§ 120 Abs. 2, 121, 122, 123 UrhG nicht nur auf Inländer, sondern auch auf Ausländer, insofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang § 121 Abs. 5 und 6 UrhG, wo einerseits auf die Inländergleichbehandlung von Ausländern aufgrund von völkerrechtlichen Abkommen verwiesen wird (insbesondere die „Baseler revidierte Übereinkunft“ und das TRIPS-Abkommen) und andererseits klargestellt wird, dass als Mindestschutz die Rechte der §§ 12 bis 14 UrhG allen ausländischen Urhebern zugutekommen.

## (2) Das sogenannte Territorialitätsprinzip

*Sachlich* beschränkt im Urheberrecht das sogenannte „Territorialitätsprinzip“ den Anwendungsbereich des UrhG.<sup>454</sup> Ein Schutz nach dem UrhG wird dadurch auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt. Umgekehrt können ausländische Urheberrechte in Deutschland nicht geltend gemacht werden.<sup>455</sup> Vielmehr unterliegt der Schutz eines ausländischen Urhebers in Deutschland (z. B. gegen die unerlaubte Vervielfältigung einer Fotografie) ausschließlich dem deutschen UrhG. Das oben<sup>456</sup> angesprochene Schutzlandprinzip ist *de facto* die kollisionsrechtliche Formulierung des Territorialitätsprinzips.

Dem durch Anwendung des Schutzlandprinzips gewonnenen „Urheberrechtsstatut“ werden alle urheberrechtlichen Fragen entnommen.<sup>457</sup> Das gilt insbesondere auch für alle originären und derivativen Rechtserwerbe, die dem streiterheblichen Rechtsverhältnis vorgelagert sind. So richtete sich bei einem vor einem deutschen Gericht anhängigen Streit über die Fotografie eines amerikanischen Künstlers, die in den Vereinigten Staaten aufgenommen wurde, auch die Entstehung des Urheberrechts nach deutschem Recht, selbst wenn zum Zeitpunkt der Aufnahme eine Berührung mit dem deutschen Recht noch gar nicht vorherzusehen war. Im Ergebnis führen Schutzland- und Territorialitätsprinzip daher dazu, dass deutsche Gerichte auch in Fällen mit internationalem Bezug meistens das deutsche UrhG anwenden.

454 Kritisch zum Territorialitätsprinzip *Schack*, Urheberrecht, Rn. 911 ff.

455 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 915.

456 C.II.1.c(1), S. 112.

457 BGHZ 136, 380 (387 f.); OLG Hamburg GRUR 1979, 235 (237); OLG Düsseldorf ZUM-RD 2007, 465 (467); LG München ZUM-RD 2002, 21 (24); *von Welser*, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 120 ff. Rn. 4; dagegen *Schack*, Urheberrecht, Rn. 918.

Eine weitere Folge des Territorialitätsprinzips ist zudem, dass einem in internationalen Beziehungen tätigen Urheber nicht ein einziges Urheberrecht zusteht, sondern dass der Urheber stattdessen ein ganzes Bündel<sup>458</sup> von verschiedenen nationalen und deshalb jeweils nur territorial wirksamen Schutzrechten erhält.<sup>459</sup> Die damit verbundenen Schwierigkeiten bei der internationalen Durchsetzung von urheberrechtlichen Ansprüchen (komplizierte Rechtslage, dadurch hohe Rechtsverfolgungskosten etc.) sprechen für eine grundsätzliche Neukonzeption des Internationalen Urheberrechtsrechts. Vorschläge werden in der Literatur vor allem unter dem Stichwort des „Universalitätsprinzips“ gemacht.<sup>460</sup> Letztlich geht es um die Anerkennung eines einheitlichen „Welturheberrechts“<sup>461</sup> und eine Überwindung der noch im Privilegienrecht wurzelnden,<sup>462</sup> territorialen Zersplitterung von urheberrechtlichen Ansprüchen.<sup>463</sup>

### (3) Praktische Konsequenzen

Ausgangspunkt für die Ermittlung des anzuwendenden Rechts ist stets die Frage, welches Gericht angerufen wurde. Ein Gericht geht zunächst immer von seinem eigenen Kollisionsrecht (dem der sogenannten *lex fori*) aus.<sup>464</sup> Für ein deutsches Gericht heißt dies, dass es (abgesehen für die in den Artt. 8 Abs. 1, 13 Rom II-Verordnung geregelten Fälle der außervertraglichen Schuldverhältnisse) im Bereich des Urheberrechts keine positiv geregelten Kollisionsnormen vorfindet. Mangels ausdrücklicher Kollisionsnormen für den Bereich des Urheberrechts bestimmt sich das anwendbare Recht dann nach dem Schutzlandprinzip.<sup>465</sup>

458 BGHZ 152, 317 (322).

459 Schack, Urheberrecht, Rn. 915; Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 1388.

460 Schack, Urheberrecht, Rn. 919 ff.

461 Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, Einl Rn. 81.

462 Schack, Urheberrecht, Rn. 911 f.

463 Die daraus folgenden Probleme haben immer wieder den Ruf nach Rechtsvereinheitlichung befördert. Zur jüngsten deutsch-französischen Initiative für ein einheitliches europäisches Urheberrecht vgl. z. B. die Meldung in der FAZ v. 30.03.2015, Berlin und Paris für europäisches Urheberrecht, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/internet-berlin-und-paris-fuer-europaeisches-urheberrecht-13514350.html>, abgerufen am 01.06.2016.

464 von Hoffmann/Thorn, IPR, § 1 Rn. 48 mit weiteren Ausführung zu der hieraus folgenden Möglichkeit des „forum shopping“, d. h. der Beeinflussung des anwendbaren Rechts durch die Parteien (z. B. durch Anrufung eines bestimmten Gerichts) mit dem Ziel, hieraus einen Vorteil zu erlangen.

465 Dazu bereits oben C.II.1.c)(1), S. 112.

Entscheidend nach dem Schutzlandprinzip ist, für welches Gebiet der urheberrechtliche Schutz verlangt wird.<sup>466</sup> Das deutsche UrhG ist danach immer dann anwendbar, wenn der Schutz für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beansprucht wird, das heißt also insbesondere dann, wenn die Verletzungs- und/oder Verwertungshandlungen auf deutschem Staatsgebiet liegen. Da die Antworten auf alle urheberrechtlichen Fragen (insbesondere auch der Frage nach der originären Entstehung des urheberrechtlichen Schutzes) dem aufgrund des Schutzlandprinzips bestimmten Urheberrechtsstatut entnommen werden,<sup>467</sup> kann sogar für „ausländische Werke“ die Frage nach der Entstehung des urheberrechtlichen Schutzes unter dem deutschen UrhG relevant werden.

Für die kautelarjuristische Praxis ergibt sich hieraus ein Problem: Das Schutzlandprinzip kann erst im Prozess durch das „Schutzbegehren“ ausgefüllt werden. Anders als z. B. im Kaufrecht, wo das anwendbare Recht durch bereits bei Vertragsschluss bekannte Fakten (z. B. den Ort der Leistungserbringung) oder eine Rechtswahl der Parteien bestimmt wird, müsste ein Vertrag, der sich auch auf urheberrechtliche Sachverhalte bezieht (z. B. ein Lizenzvertrag), grundsätzlich im Hinblick auf *alle* möglicherweise anwendbaren Rechtsordnungen konzipiert werden.<sup>468</sup> Vollständige Aussagen zu grenzüberschreitenden urheberrechtlichen Fragen lassen sich somit immer nur unter Berücksichtigung aller in Frage kommenden Rechtsordnungen und ihrer jeweiligen Urheberrechte beantworten.

Für die vorliegende Arbeit hat dies zur Folge, dass die Betrachtungen zum Originalbegriff und die damit zusammenhängenden urheberrechtlichen Fragen auf das deutsche Urheberrecht beschränkt werden. Das Ergebnis ist mithin für alle urheberrechtlichen Fragen, die sich (zumindest *auch*) auf bundesrepublikanisches Territorium beziehen, von Relevanz.

---

466 Umfassend zum Schutzlandprinzip, seiner Grundlagen sowie Bedeutung im gesamten Bereich des Immaterialgüterrechts auch *Drexl*, in: MüKo BGB<sup>6</sup>, Internationales Immaterialgüterrecht Rn. 6 ff.

467 So jedenfalls die ständige Rechtsprechung und herrschende Meinung vgl. *Walter*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 58 Rn. 24.

468 Auch wenn ein urheberrechtlicher Vertrag grundsätzlich den Regelungen der VERORDNUNG (EG) Nr. 593/2008 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-Verordnung) unterliegt, so können sich dennoch Vorfragen stellen (etwa wenn die Entstehung oder Übertragung eines Urheberrechts zu klären ist), die unabhängig von dem durch die Rom I-Verordnung bestimmten Vertragsstatut gesondert nach dem Schutzlandprinzip anzuknüpfen wären. Vgl. zur Problematik m. w. N. *Martiny*, in: MüKo BGB<sup>6</sup>, VO (EG) 593/2008 Art. 4, Rn. 203 ff.

## 2. Begriffsbestimmungen für den weiteren Untersuchungsverlauf

Im Folgenden sollen durchweg die Worte „Original“ bzw. „Originalbegriff“ verwendet werden, wenn auf den *urheberrechtlichen* Originalbegriff Bezug genommen wird.

Teilweise wird von anderen Autoren in demselben Zusammenhang das Wort „Originalität“ verwendet.<sup>469</sup> Dieser Begriff ist jedoch insofern unglücklich gewählt, als dass er zum einen weder vom UrhG noch der EU-Folgerechtsrichtlinie in diesem Kontext verwendet wird und zum anderen in der Literatur teilweise mit den Kriterien der Neuheit bzw. Individualität im Zusammenhang mit dem Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG Verwendung findet.<sup>470</sup> Um Verwirrungen vorzubeugen, wird der Begriff der Originalität daher in der vorliegenden Arbeit vermieden.

Auch die Begriffe des „Originalwerks“ bzw. „Werks“ sind von dem des „Originals“ zu unterscheiden.<sup>471</sup> Die Begriffe „Originalwerk“ bzw. „Werk“ beziehen sich einmal mehr auf das immaterielle Rechtsgut,<sup>472</sup> während der Begriff des „Originals“ sich nur auf ein körperliches *Werkstück* bezieht.<sup>473</sup> Keineswegs sind diese Begriffe synonym zu verstehen.<sup>474</sup>

## 3. Der Wortlaut des deutschen UrhG

Das Dilemma des urheberrechtlichen Originalbegriffs beruht unter anderem darauf, dass der Begriff des Originals in bestimmten künstlerischen Bereichen tatsächlich unproblematisch ist. Unproblematisch sind insbesondere diejenigen bildenden Künste, bei denen es von jedem Werk nur ein einziges vom Künstler selbst geschaffenes Werkstück (das „Unikat“) gibt<sup>475</sup>; so z. B. normalerweise in der Malerei, Zeichnung und unter bestimmten Umständen in Skulptur und Plastik. Das Werkstück, welches als Unikat geschaffen wurde, ist zwangsläufig auch ein Original im Sinne des UrhG.

469 So bei *Ehrler*, *Folgerecht*, 159 ff.

470 *Schlütter*, *Original*, 41. So z. B. bei *de Werra*, in: *Mosimann/Renold/Raschèr*, 7. Kapitel Rn. 7; vgl. zur Nomenklatur auch *Behrens/de Lazzer*, *Kunstmarkt*, 241 sowie *Rehbinder/Peukert*, *Urheberrecht*, Rn. 225 dazu, dass die „Originalität“ der „Zentralbegriff“ des Urheberrechts der EU sei.

471 *Bullinger*, *KUR 2006*, 106 (106 f.).

472 Siehe dazu auch schon oben C.II.1.b), S. 108, sowie z. B. für den Kontext des § 3 UrhG; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 3 Rn. 1.

473 Vgl. zu dem Prinzip dieser Differenzierung bereits *Fackler*, *Begriff des Originals*, 21 f.

474 So aber explizit *Pfennig*, in: *Posthume Güsse*, 18.

475 *Gerstenberg*, *Die Urheberrechte*, 132 f.; *Bullinger*, *KUR 2006*, 106 (109).

Dafür, dass der Gesetzgeber bei der Verwendung des Worts „Original“ diese Fälle vor Augen hatte, spricht, dass der Begriff des Originals insbesondere in § 44 Abs. 1 UrhG, aber auch in §§ 6 Abs. 2 S. 2, 10 Abs. 1, 17 Abs. 1 und 2, 18, 25 Abs. 1 und 2, 44 Abs. 2, 114 Abs. 2, 116 Abs. 2 Nr. 2 UrhG mit dem bestimmten Artikel („das Original“), der des Vervielfältigungsstückes jedoch mit dem unbestimmten Artikel („oder ein Vervielfältigungsstück“) verwendet wird. Für die im Fokus der vorliegenden Untersuchung liegenden Fotografien besonders aufschlussreich ist insoweit § 18 UrhG, der das Ausstellungsrecht regelt. Er bezieht sich ausdrücklich auf „das Original [...] eines Lichtbildwerks [Hervorhebung durch den Autor]“.<sup>476</sup> Anders gehalten sind nur die Formulierungen in §§ 27 Abs. 2 S. 1 und 137e Abs. 2 S. 1 UrhG, die erst 1995 so gefasst wurden<sup>477</sup> und bei denen der Wortlaut (Plural, unbestimmter Artikel) auch die Möglichkeit zulässt, dass es mehrere Originale *desselben* Werks gibt. Jedoch geben die Gesetzgebungsmaterialien keinen Hinweis darauf, dass diese sprachliche Anpassung bewusst erfolgt ist.

Ein weiteres Beispiel für die Grundannahme des Gesetzes, Originale seien stets Unikate, findet sich in § 6 Abs. 2 S. 1 UrhG, der eine Legaldefinition des Begriffs des „Erscheinens“ enthält. Während in § 6 Abs. 2 S. 2 UrhG wieder das Begriffspaar „Original oder Vervielfältigungsstück“ verwendet wird, ist in S. 1 ausschließlich von Vervielfältigungsstücken, nicht jedoch von Originalen die Rede. Hieraus wird teilweise geschlossen, die Regelung in S. 1 sei auf Originale nicht anwendbar.<sup>478</sup> Es liegt jedoch nahe, dass Originale allein deshalb nicht aufgeführt wurden, weil ein Anbieten an die Öffentlichkeit „in genügender Anzahl“, wie es die Norm verlangt, bei einem unikalen Original denklogisch ausgeschlossen ist. Richtigerweise kann der Tatbestand daher über seinen Wortlaut hinaus auch durch das Inverkehrbringen von Mehrfachoriginalen (z. B. der Druckgrafik oder Fotografie) erfüllt werden, solange es sich eben um eine „genügende Anzahl“ handelt.<sup>479</sup> Systematisch zeigt aber auch diese Regelung, dass das UrhG eigentlich davon ausgeht, dass es stets nur ein einziges Original gibt.

Die vom Gesetzeswortlaut nahegelegte Interpretation, ein Original sei grundsätzlich ein Einzelstück, ist heute jedoch nicht mehr zu halten. Die

476 Ähnlich, wenngleich nicht so plakativ, in § 44 Abs. 2 UrhG.

477 Vgl. BGBl. I 1995, 842 ff.

478 Schiefeler, UFITA 48/1966 81 (93); Bueb, Veröffentlichungsbegriff, 55; vom Dorp, Zustimmung des Urhebers, 68.

479 So auch Katzenberger, in: Schricker/Loewenheim, § 6 Rn. 33 sowie Marquardt, in: Wandtke/Bullinger, § 6 Rn. 26 m. w. N.; vgl. auch unten C.III.2, S. 168.

inzwischen im Kunstbetrieb weite Verbreitung von seriellen Medien (wie insbesondere Druckgrafik, Lithografie und Fotografie) hat in der Praxis und im Schrifttum zu der Einsicht geführt, dass es von demselben Werk durchaus mehrere Originale geben kann.<sup>480</sup> Dies gilt insbesondere für den Originalbegriff im Kontext von § 26 UrhG. Hier ist die Auslegung des Begriffs nämlich zwingend an den Minimalanforderungen der EU-Folgerechtsrichtlinie auszurichten und sie umfasst nach deren Wortlaut auch Fotografien und andere „Mehrfachoriginale“. Angesichts der großen Bedeutung von seriellen Medien bzw. Auflagenwerken im Kunstmarkt und ihrer inzwischen weitgehend unumstrittenen Anerkennung als Kunst, muss ein praxisnaher Originalbegriff aber auch im restlichen UrhG die seriellen Medien umfassen.<sup>481</sup>

Der unbefangenen zur Kenntnis genommene Wortlaut einiger Vorschriften des UrhG ist daher irreführend und sollte bei Gelegenheit durch den Gesetzgeber behutsam angepasst werden. Auch ein korrekter Wortlaut, der eine Mehrzahl von Werkoriginalen desselben Werks umfasst, entbindet den Rechtsanwender jedoch nicht davon, den Begriff des Originals mit einer subsumtionsfähigen Bedeutung zu füllen.

#### 4. Definition des urheberrechtlichen Originals – die „herrschende Meinung“

Bei einem schnellen Blick in die aktuellen Übersichtswerke könnte man fast den Eindruck gewinnen, dass der Begriff des Originals nach der grundlegenden Untersuchung von Hamann<sup>482</sup> als geklärt gelten könnte.

Differenziert wird zumeist auf der einen Seite zwischen denjenigen Kunstgattungen, die grundsätzlich Unikate hervorbringen, was sie für den urheberrechtlichen Originalbegriff weitgehend unproblematisch macht, sowie den seriellen Künsten auf der anderen Seite. Für die seriellen Künste<sup>483</sup> klärt die herrschende Literaturauffassung den Originalbegriff unter Rückgriff bzw. Verweis auf die „Anschauungen der am Kunstmarkt vertretenen

480 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 6 ff.; *Katzenberger*, in: Schricker/Loewenheim, § 26 Rn. 27 ff.; *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 23; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 26 Rn. 10; *Freudenberg*, in: BeckOK UrhR, § 26 Rn. 22 f.

481 Dies entspricht heute dem allgemeinen Konsens; vgl. für alle *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 7. Anders noch *von Gamm*, Urheberrechtsgesetz, § 26 Rn. 5 (allerdings nicht explizit in Bezug auf Fotografie). Mit dieser heute nicht mehr vertretenen Meinung setzt sich ausführlich auseinander *Hamann*, Originalbegriff, 55 ff.

482 *Hamann*, Originalbegriff.

483 *Heitland*, Fotografie, 90 f.

Kreise“.<sup>484</sup> Höchststrichterliche Rechtsprechung, welche sich dezidiert mit dem *urheberrechtlichen* Originalbegriff auseinandersetzt, existiert bislang nicht.

Grundsätzlich würde es der Vorstellung einer gelungenen Gesetzessystematik entsprechen, wenn der Begriff des Originals an allen Stellen des UrhG, an denen er Verwendung findet, grundsätzlich dieselbe Bedeutung hätte. Dies wird offenbar auch von einem Großteil der Autoren in der Kommentarliteratur so gesehen. Der Begriff des Originals wird dort normalerweise nicht jedes Mal gesondert kommentiert, sondern es wird auf eine zentrale Kommentierung des Begriffes verwiesen.<sup>485</sup> Insoweit gilt jedoch die Besonderheit, dass der Originalbegriff jedenfalls in § 26 UrhG nicht ausschließlich nach nationalen (systematischen) Erwägungen, sondern auch durch die (Mindest-)Vorgaben der EU-Folgerechtsrichtlinie definiert wird. Unabhängig davon, welchen Originalbegriff man verwendet, so muss dieser heute wenigstens im Rahmen von § 26 UrhG unter Umständen erweitert oder verengt werden, um den Anforderungen der EU-Folgerechtsrichtlinie zu genügen. Diesen europarechtskonformen Originalbegriff auch an den anderen, durch die EU-Folgerechtsrichtlinie nicht tangierten Stellen des UrhG zu verwenden, ist weder europarechtlich noch rechtssystematisch zwingend. Es wird jedoch im Folgenden gezeigt werden, dass die entscheidenden Vorgaben der EU-Folgerechtsrichtlinie bezüglich des Originalbegriffes auch unter Berücksichtigung der Kunstmarktpraxis zutreffend sind und der gewonnene europarechtskonforme Originalbegriff grundsätzlich als Originalbegriff des UrhG Verwendung finden sollte. Zuletzt sprechen auch Praktikabilitätsüberlegungen dafür, innerhalb des UrhG einen einheitlichen (d. h. den europarechtskonformen) Originalbegriff zu verwenden.

Was die konkrete Ausformung des Originalbegriffs angeht, so ist es zunächst richtig, ihn *gattungsspezifisch* zu bestimmen.<sup>486</sup> Aufgrund der substanziellen Unterschiede zwischen den Kunstgattungen, die insbesondere in

484 *Rudolph*, in: BeckOK UrhR, § 114 Rn. 8; *Schmid/Wirth*, in: Schmid/Wirth/Seifert, § 26 Rn. 4; *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, § 44 Rn. 23; sinngemäß auch *Gerstenberg*, Die Urheberrechte, 98, 132 f.; *Bullinger*, Kunstwerkfälschung, 26; *Katzenberger*, in: Schricker/Loewenheim, § 26 Rn. 27; ablehnend *Hamann*, Originalbegriff, 81 ff.

485 So bei *Dreier/Schulze*, *Schricker/Loewenheim*, *Wandtke/Bullinger*; anders wohl *Schmid/Wirth*, in: Schmid/Wirth/Seifert, § 26 Rn. 4, die zu den Originalen im Sinne des § 26 UrhG auch „Vervielfältigungsstücke (§ 16 UrhG) mit selbständiger künstlerischer Gestaltung“ zählen wollen.

486 Vgl. zu dieser herrschenden Herangehensweise für alle *Katzenberger*, in: Schricker/Loewenheim, § 26 Rn. 26 ff.; allerdings auch *Goepfert*, Haftungsprobleme, 74 dessen Gleichbehandlung aller „seriellen Medien“ ein zu grobes Raster bildet und insbesondere die technischen Eigenheiten der Fotografie nicht ausreichend berücksichtigt.

der Technik ihrer Werkhervorbringung bestehen, macht es wenig Sinn, eine Definition zu suchen, die alle Kunstgattungen umfasst. Eine solche Definition wäre derart generell und unpräzise, dass durch sie nichts gewonnen wäre. So ist zum Beispiel das Erfordernis, der Künstler müsse ein Original „eigenhändig“<sup>487</sup> geschaffen haben, jedenfalls in seiner wortwörtlichen Bedeutung offensichtlich nicht für alle Kunstgattungen zur Bestimmung des Originalbegriffs geeignet.<sup>488</sup> Vielmehr gilt es, den technischen Unterschieden im Schöpfungsprozess der einzelnen Kunstwerke gerecht zu werden. Diese setzen je nach Kunstform die Eigenhändigkeit zwingend voraus (wie z. B. in der Malerei<sup>489</sup> oder Zeichnung) oder machen sie größtenteils entbehrlich (so z. B. bei der Gussplastik und auch der Fotografie<sup>490</sup>).

Der Rückgriff der herrschenden Literaturmeinung auf die Anschauung des Rechtsverkehrs macht es einerseits möglich, den Begriff flexibel zu halten und neue Entwicklungen der Praxis aufzugreifen.<sup>491</sup> Andererseits bringt dieser Rekurs einen reichlich „schillernden“<sup>492</sup> Begriff hervor, der zu systematischen Reibungen innerhalb des UrhG führt. Denn: die Verkehrskreise „definieren“ ihren Originalbegriff ohne jede Rücksicht auf seine systematische Verwendung innerhalb des UrhG. Die Verwendung des Originalbegriffs an unterschiedlichen Stellen im UrhG, beispielsweise im Unterschied zum Begriff des Vervielfältigungsstückes, macht jedoch eine Definition des Begriffs auch von systematischen Erwägungen abhängig. Letztlich dient das UrhG dem als fair empfundenen Interessenausgleich zwischen dem Urheber und Dritten, welcher notfalls auch mit staatlichem Zwang durchgesetzt

487 Vgl. *Goepfert*, Haftungsprobleme, 61 *Hamann*, Originalbegriff, 36, 40 ff.; *Jayme*, in: Original und Fälschung, 31 f.

488 Zur Frage ob dieses Kriterium nicht redundant und damit grundsätzlich entbehrlich ist, weil es in der Definition der persönlichen geistigen Schöpfung aufgeht: *Ehrler*, Folgerecht, 159 f.

489 Interessante Fragen zur Originaleigenschaft stellen sich insoweit für Kunstwerke, wie sie beispielsweise der durch schwerste Krankheit körperlich gelähmte Maler Jörg Immendorff bis kurz vor seinem Tod durch seine Werkstatt malen ließ; vgl. *Bullinger*, Der Fall Immendorff, FAZ v. 13.08.2008, 21 sowie *Mahmoudi*, in: FS Siehr, 487 ff. Die auf dem „Werkstattbetrieb“ von Immendorff beruhenden rechtlichen Problematiken waren zuletzt Gegenstand eines Rechtsstreits vor dem OLG Düsseldorf: OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.8.2014 - I-20 U 167/12 (LG Düsseldorf), BeckRS 2014, 17490 = NJW 2014, 3455 (mit Anmerkung von *Elmenhorst*).

490 War eine Dunkelkammer zum Selbstentwickeln von Fotos früher sogar ein durchaus erschwingliches Hobby, so werden zur qualitativ hochwertigen Ausbelichtung von Digitalfotos heute Laserbelichter verwendet, deren Anschaffung für den Eigenbedarf völlig unerschwinglich ist. Im Regelfall wird der Künstler daher für die Ausbelichtung auf ein Fachlabor zurückgreifen müssen.

491 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (108).

492 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (108).

werden kann.<sup>493</sup> Allein aus diesem Grund kann die Definition des operativen Texts des UrhG niemals ausschließlich der Verkehrsanschauung überlassen bleiben, sondern ist auch von normativen Überlegungen abhängig.<sup>494</sup> Überdies führt ein nicht weiter ausdifferenzierter Verweis auf „die Verkehrsanschauung“ dazu, dass erst im Prozess<sup>495</sup> dem Begriff seine eigentliche Bedeutung gegeben werden kann. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit wäre es daher anzustreben, dass die juristische Forschung einen Originalbegriff entwickelt, der sich zwar durchaus an der Verkehrssitte orientiert, aber dennoch eine präzise juristische Definition ergibt, die zur Anwendung im Rechtsverkehr tauglich ist.

Daher muss eine brauchbare Definition des Originalbegriffs, innerhalb dessen durchaus für die verschiedenen Kunstgattungen differenziert werden kann, so beschaffen sein, dass sie einerseits nicht völlig an der Verkehrsauffassung vorbeigeht, andererseits aber auch als Rechtsbegriff innerhalb des UrhG noch systematisch Sinn ergibt und vor allem für die Auslegung des UrhG *hilfreich* ist. Ein bloßer Rekurs auf die Verkehrsanschauung kann diese Anforderung höchstens zufälligerweise erfüllen, da die Verkehrsanschauung keine Rücksicht auf die Systematik des UrhG nimmt.

## 5. Einfluss des Europarechts auf den Originalbegriff des UrhG

Wie bereits erwähnt, nimmt § 26 UrhG insofern einen besonderen Status bei der Auslegung des Originalbegriffs ein, da zumindest hier auch die Vorgaben der EU-Folgerechtsrichtlinie zu beachten sind. Die Auslegung des Originalbegriffs in § 26 UrhG muss sich daher zwingend an den Mindestanforderungen der Richtlinie orientieren.<sup>496</sup>

Die EU-Folgerechtsrichtlinie hat die unionsweite Harmonisierung des urheberrechtlichen Folgerechtsanspruchs zum Ziel.<sup>497</sup> Der Anwendungsbereich des Folgerechtsanspruchs wird (wie auch schon vorher in § 26 UrhG a. F.) auf „Originale“ beschränkt. Was „Originale“ im Sinne der EU-Folgerechtsrichtlinie sind, wird von der Richtlinie in deren Art. 2 definiert.

Art. 2 der Richtlinie lautet:

493 Vgl. *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 103 ff.

494 *Mosimann*, in: *Kunst & Recht*, 18 unter Verweis auf *Schack*, KUR 2006, 157.

495 Auch dort wohl erst nach Hinzuziehung eines Gutachters und wiederum vorausgesetzt, eine einheitliche Verkehrsanschauung ist überhaupt festzustellen.

496 So auch ausdrücklich BReg, Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. 16/1107, 6.

497 Vgl. hierzu die Erwägungsgründe der Richtlinie sowie *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 91.

*(1) Als „Originale von Kunstwerken“ im Sinne dieser Richtlinie gelten Werke der bildenden Künste wie Bilder, Collagen, Gemälde, Zeichnungen, Stiche, Bilddrucke, Lithographien, Plastiken, Tapisserien, Keramiken, Glasobjekte und Lichtbildwerke, soweit sie vom Künstler selbst geschaffen worden sind oder es sich um Exemplare handelt, die als Originale von Kunstwerken angesehen werden.*

*(2) Exemplare von unter diese Richtlinie fallenden Kunstwerken, die vom Künstler selbst oder unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt wurden, gelten im Sinne dieser Richtlinie als Originale von Kunstwerken. Derartige Exemplare müssen in der Regel nummeriert, signiert oder vom Künstler auf andere Weise ordnungsgemäß autorisiert sein.*

Art. 2 der EU-Folgerechtsrichtlinie bringt in beiden Absätzen zum Ausdruck, dass der Originalbegriff auch Werkstücke in seriellen Medien und insbesondere auch Werke der Fotografie umfassen soll. Dies geschieht zum einen durch die ausdrückliche Aufzählung z. B. der Fotografie als dem Folgerecht unterliegendes Medium in Abs. 1. Zum anderen erfolgt dies aber auch durch die Einführung des Begriffs des „Exemplars“ im Unterschied zum „Werk“ sowie der in Abs. 2 beschriebenen Voraussetzungen, welche überhaupt nur für Werke in seriellen Medien von Interesse sind. Der Auffassung, dass nur Unikate Originale sein können, ist damit auch auf europarechtlicher Ebene eine Absage erteilt.<sup>498</sup>

Ansonsten ist der Wortlaut von Art. 2 der EU-Folgerechtsrichtlinie teilweise zirkulär und vor allem im Hinblick auf seine innere Systematik nicht frei von Widersprüchen. Wenn man die Gesetzgebungsmaterialien betrachtet, scheint dies auf die Beteiligung der verschiedenen Rechtssetzungsorgane auf EU-Ebene zurückzuführen zu sein,<sup>499</sup> die jeweils eigene Änderungen insbesondere in Art. 2 eingebracht haben, wobei die innere Systematik des Textes nicht gewahrt wurde.

#### a) Der Wortlaut von Art. 2 der EU-Folgerechtsrichtlinie

Nach dem unbefangenen zur Kenntnis genommenen Wortlaut von Art. 2 der EU-Folgerechtsrichtlinie könnte man zu der Annahme gelangen, es gäbe drei Grundformen von Originalen im Sinne der Richtlinie. Zum einen wären

<sup>498</sup> Vgl. Ehrler, Folgerecht, 161.

<sup>499</sup> Zum Gesetzgebungsverfahren in dem konkreten Fall vgl. Schmidt-Werthern, Richtlinie, 76 ff.

demnach Originale solche Werkexemplare, die der Künstler *selbst* geschaffen hat (Art. 2 Abs. 1 1. Fall). Weiterhin wären Originale solche Werkstücke, die – so muss man es aufgrund der verwendeten Konjunktion „oder“ verstehen – zwar nicht notwendig vom Künstler selbst hergestellt wurden, jedoch *als Originale* (wohl von den am Kunstmarkt beteiligten Kreisen<sup>500</sup>) *angesehen* werden (Art. 2 Abs. 1 2. Fall). Drittens wären ebenfalls Werkexemplare, die keine Unikate sind, Originale, wenn sie vom Künstler selbst *oder* unter seiner Leitung in begrenzter Auflage hergestellt und (im Regelfall) auf eine bestimmte Weise autorisiert wurden (Art. 2 Abs. 2).<sup>501</sup> Der Wortlaut scheint zudem zwischen „Werken“ (Abs. 1 1. Fall) für Unikate und „Exemplaren“ (Abs. 1 2. Fall sowie Abs. 2) für Mehrfachoriginale („multiples“) unterscheiden zu wollen.

Der erste Grundfall würde bei einer solchen Auslegung auf das Merkmal der Eigenhändigkeit zurückgreifen. Bei konsequenter Beachtung des Wortlauts und einem Vergleich mit Abs. 2 S. 1, der darüber hinaus von Exemplaren spricht, die *unter der Leitung* des Künstlers entstanden sind, müsste die Eigenhändigkeit in Abs. 1 nämlich als *echte* Eigenhändigkeit aufgefasst werden, welche gerade nicht die Herstellung von Werkexemplaren *unter Leitung* des Künstlers beinhaltet.

Abs. 2 ist insofern verwirrend, als er von „Exemplare[n] von unter diese Richtlinie fallenden Kunstwerken“ spricht und regelt, dass diese unter bestimmten Voraussetzungen als „Originale von Kunstwerken“ angesehen werden, woraus eigentlich erst folgen würde, dass sie „unter die Richtlinie“ fallen (vgl. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie). Zudem bestimmt Art. 1 bereits, dass „Exemplare“ als „Originale von Kunstwerken“ gelten, soweit sie als solche „angesehen“ werden.

Ansonsten scheint der dritte Grundfall (Abs. 2) dann ausweislich seines Wortlauts explizit auf die Werke in seriell produzierbaren Medien abzustellen, während – wiederum im Umkehrschluss – der erste Grundfall den rechtlich und tatsächlich unproblematischen Fall des Unikats abbilden würde.

Schwierigkeiten bereitet bei einer solchen Auslegung die zweite Alternative in Abs. 1. Der Rückgriff auf die Anschauung des Kunstmarkts müsste grundsätzlich alle anderen Tatbestandsvarianten des Abs. 2 umfassen. Es sei denn, die Richtlinie wollte auch solche Werke als „Originale“ definieren, die nach dem Verständnis der Verkehrskreise gerade *nicht* als Originale angesehen werden. Da eine solche Intention des Gesetzgebers aber als offen-

500 Zu der Unklarheit darüber, auf wessen Anschauung abzustellen ist, *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 112, 115.

501 *Walter*, in: Original und Fälschung, 99.

sichtlich widersinnig ausscheidet, stellt sich die Frage, in welchem systematischen Verhältnis die einzelnen Varianten zueinander stehen und auf welche Weise ihnen eine sinnvolle Gesamtregelung zu entnehmen ist. Der Wortlaut alleine hilft dem Rechtsanwender hier nicht weiter.

b) Die Gesetzgebungsmaterialien zur EU-Folgerechtsrichtlinie

Aufgrund des deutungs offenen Wortlauts von Art. 2 der EU-Folgerechtsrichtlinie soll im Folgenden eine Auslegung im Lichte der (umfangreichen) Gesetzgebungsmaterialien vorgenommen werden.

Im ursprünglichen Kommissionsentwurf<sup>502</sup> bestand Art. 2 der Richtlinie nur aus einem (wenngleich leicht anders formulierten) Absatz:

*Als Originale von Kunstwerken im Sinne dieser Richtlinie gelten Handschriften und Werke der bildenden Künste wie Gemälde, Collagen, Zeichnungen, Bilddrucke, Stiche, Lithographien, Plastiken, Tapisserien, Keramiken und Lichtbildwerke, soweit sie vollständig vom Künstler geschaffen worden sind oder es sich um Exemplare handelt, die nach der Verkehrssitte in der Gemeinschaft als Originale von Kunstwerken angesehen werden.*

Nach der Begründung dieses Entwurfes sollte wohl die erste Tatbestandsalternative die Unikate umfassen, da als „Original [...] in jedem Fall ein Werk [gilt], von dem es nur ein einziges Exemplar gibt“.<sup>503</sup> Nach Ansicht der Kommission seien jedoch „bestimmte Arten von Werken, die in begrenzter Zahl hergestellt werden, [...] ebenfalls einzubeziehen, soweit es sich um Exemplare handelt, die nach der Verkehrssitte als Einzelstücke [*sic!*] angesehen werden.“<sup>504</sup> Diese Begründung findet sich fast wortlautgleich in der zweiten Tatbestandsalternative des Entwurfs wieder. Allerdings wird dort im letzten Halbsatz durch die Verwendung des Begriffs „Originale“ anstelle von „Einzelstücke“, das (vermutlich unbeabsichtigte) Oxymoron der Begründung („Exemplare, die [...] als Einzelstücke angesehen werden“) vermieden.

502 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, KOM(96) 97 endg., ABl. C 178 vom 21. Juni 1996, 27.

503 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, KOM(96) 97 endg., ABl. C 178 vom 21. Juni 1996, 21.

504 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, KOM(96) 97 endg., ABl. C 178 vom 21. Juni 1996, 21.

Wenngleich bei der konkreten Formulierung dieser Fassung der Gedanke der Eigenhändigkeit auch eine Rolle gespielt zu haben scheint („vollständig vom Künstler geschaffen“), so legt die Begründung die Auslegung nahe, dass die zweite Tatbestandsalternative vor allem eingefügt wurde, um gerade die Mehrfachoriginale zu erfassen. Der gedankliche Zusammenhang mit der Eigenhändigkeit erklärt sich dann dadurch, dass die Mehrfachoriginale meistens – jedoch keineswegs immer – mit einer „geringeren Eigenhändigkeit“ des künstlerischen Schaffens einhergehen. So ist es beispielsweise üblich, dass der Fotograf die Herstellung der Abzüge delegiert. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch nicht zwingend. Vielmehr kann der Fotograf (in einem bestimmten Rahmen) nahezu den gesamten Prozess der fotografischen Bildschöpfung „eigenhändig“ vornehmen. Letztlich ist also die Konjunktion „oder“ in Art. 2 des Kommissionsentwurfs weniger als Gegenüberstellung von zwei gegensätzlichen Tatbestandsalternativen, sondern vielmehr als Verbindung von zwei unterschiedlichen, grundsätzlichen Originalauffassungen (Unikat<sup>505</sup> und Mehrfachoriginal) zu verstehen, wobei diese unterschiedlichen Erscheinungsformen des Originals im Gesetzestext nicht mehr konkret bezeichnet, sondern mit mehrdeutigen Klauseln („vollständig vom Künstler geschaffen“ und „von der Verkehrssitte [...] als Originale [...] angesehen werden“) umschrieben werden.

Dieses „verschleiernde“ Vorgehen des europäischen Gesetzgebers führt letztlich dazu, dass der Gesetzestext nicht mehr aus sich selbst heraus verständlich ist,<sup>506</sup> sondern sich erst nach dem Studium der Materialien (teilweise) offenbart.

Dass mit der zweiten Tatbestandsalternative insbesondere (wenn nicht sogar ausschließlich) die „Mehrfachoriginale“ gemeint waren, unterstreicht auch ein Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments nach der ersten Lesung. Das Europäische Parlament schlug in diesem vor, die zweite Tatbestandsalternative um den Zusatz zu ergänzen, dass es sich bei den – von der Verkehrsanschauung als Originale anerkannten – Werkstücken aber nur um solche handeln dürfe, die in einer maximalen Stückzahl von zwölf Exemplaren hergestellt wurden.<sup>507</sup> Die Kompromisshaftigkeit dieses Vorschlags wurde vom Europäischen Parlament selbst in der Begründung ein-

505 *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 112 bezieht ebenfalls die 1. Tatbestandsalternative von Abs. 1 auf die Unikate.

506 Was jedoch eigentlicher Sinn eines Gesetzes ist, vgl. *Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 23 III.

507 Legislative Entschließung mit der Stellungnahme des Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks (KOM(96)0097 C4-0251/96 96/0085(COD)); ABl. C 132 vom 28.04.1997, 88.

geräumt,<sup>508</sup> wobei darauf verwiesen wurde, dass die Zahl eine Art „Mittelwert“ der durchaus unterschiedlichen Limitierungspraxen in den verschiedenen Medien darstelle (wobei in der Grafik tendenziell höhere und in der Fotografie eher niedrigere Auflagen gewählt werden). Richtigerweise wurde die Begrenzung von „multiples“ auf eine konkrete Auflagenzahl im weiteren Gesetzgebungsprozess wieder fallen gelassen.<sup>509</sup>

Die Gesetzgebungsmaterialien sind aber auch für das Verständnis von Abs. 2 hilfreich. Abs. 2 bereitet insbesondere systematische Schwierigkeiten, da sein vom Gesetzgeber angedachtes Verhältnis zu Abs. 1 nicht ohne Weiteres klar wird.

Art. 2 Abs. 2 der EU-Folgerechtsrichtlinie wurde im Laufe des Gesetzgebungsprozesses durch den Rat zur „Klarstellung“ eingefügt.<sup>510</sup> Abs. 2 soll demnach lediglich die zweite Tatbestandsalternative von Abs. 1 näher erläutern. Im Hinblick auf dieses gesetzgeberische Anliegen wäre eine andere, den Definitionscharakter von Abs. 2 auch tatsächlich zum Ausdruck bringende, Formulierung der Richtlinie wünschenswert gewesen.

Auch wenn es der unmittelbare Gesetzeswortlaut nicht ohne Weiteres nahelegt, ist Abs. 2 daher als nähere Definition der in Abs. 1 bereits erwähnten „Exemplare“ zu verstehen.<sup>511</sup> Der klarstellende Mehrwert von Abs. 2 hält sich dann jedoch in Grenzen. Übrig bleibt, dass nach Abs. 2 Satz 1 grundsätzlich eine *begrenzte* Auflage zwingende Voraussetzung für die Originaleigenschaft sein soll.<sup>512</sup> Insofern hat die vom Parlament vorgeschlagene Begrenzung der Auflagenhöhe Anklang gefunden, wenngleich auf eine konkrete zahlenmäßige Begrenzung bewusst verzichtet wurde.<sup>513</sup> Die in Satz 2 genannten Merkmale der Signatur oder Nummerierung sind hingegen nur beispielhaft genannt und weder eine notwendige noch hinreichende Voraussetzung für die Originaleigenschaft eines (multiplen) Werkexemplars.<sup>514</sup>

508 Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks (KOM(96)0097-C4-0251/96 - 96/085(COD)); PE 217.568/end, A4-0030/97, S. 19 f.

509 Vgl. auch *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 114.

510 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG-Vertrag betreffend den vom Rat angenommenen gemeinsamen Standpunkt im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, SEK/2000/1516 endg. sowie Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 42/2000 vom Rat festgelegt am 19. Juni 2000, ABl. C 300 vom 20.10.2000, 8.

511 Vgl. auch *Katzenberger*, GRUR Int 2004, 20 (24); *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 111 ff.

512 Ein Schluss der jedoch bis heute nicht von allen Autoren in letzter Konsequenz gezogen wird. Vgl. zuletzt *Schlütter*, Original, 200 ff.

513 Vgl. auch *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 114.

514 *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 114.

## c) Schlussfolgerungen

Der Wortlaut der Richtlinie bestätigt den bereits oben<sup>515</sup> festgestellten Befund, dass Originale nicht notwendig Unikate sein müssen. Der Rekurs der Richtlinie auf die Marktauffassung, wonach als Originale auch solche Exemplare definiert werden, die „als Originale von Kunstwerken *angesehen* werden“, sieht sich grundsätzlicher Kritik ausgesetzt.<sup>516</sup> Durch eine solche Definition wird kaum Rechtssicherheit gewonnen. Wie bereits oben zum Originalbegriff des UrhG festgestellt,<sup>517</sup> definiert der Verkehr den Begriff des Originals manchmal gar nicht, und wenn, dann ohne Rücksicht auf juristische Bedürfnisse. Im Übrigen kann in dem gesetzgeberischen Hinweis auf die Verkehrsanschauung eigentlich überhaupt keine nennenswerte gesetzgeberische Entscheidung gesehen werden. Denn auch ohne diesen Hinweis hätten Rechtsprechung und Wissenschaft den Begriff (auch) unter Rückgriff auf die Verkehrsanschauung bestimmt. Dies zeigen auch die überwiegenden Ansichten zum Originalbegriff des UrhG.<sup>518</sup> Einen umstrittenen Begriff dadurch zu bestimmen, dass man ihn als das definiert, „als das er angesehen wird“, ist eine schwache Leistung des Gesetzgebers. Im Ergebnis ist daher *Ehrler*<sup>519</sup> im Hinblick auf die gesetzgebungstechnische Untauglichkeit der Definition durchaus zuzustimmen.<sup>520</sup> Retten lässt sich diese „Definition“ allein dadurch, dass man sie – wie oben gezeigt – bei Hinzuziehung der Materialien als eine etwas gequälte sprachliche Fassung der Aussage „Auch ‚multiples‘ können Originale sein“ versteht.

Entscheidend für die vorliegende Untersuchung ist, dass die Richtlinie – im Gegensatz zu den in Art. 2 Abs. 2 S. 2 genannten *fakultativen* Eigenschaften – in Abs. 2 S. 1 die *Begrenztheit* der Auflage zu einem *notwendigen* Merkmal von Originalen erhebt.<sup>521</sup> Zwar handelt es sich bei der Folgerechtsrichtlinie um

---

515 C.II.4, S. 118.

516 *Ehrler*, Folgerecht, 152 hält diesen Rekurs für tautologisch und somit ungeeignet. Ebenso kritisch äußert sich *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 114 f. Anders *Katzenberger*, GRUR Int 2004, 20 (24).

517 C.II.4, S. 118.

518 Vgl. oben C.II.4, S. 118.

519 *Ehrler*, Folgerecht, 152. Ähnlich *Schlütter*, Original, 110 f.

520 *Pfennig*, Museen, 83 führt den komplizierten Gesetzestext der Richtlinie auch auf die Hinhaltetaktik und den Widerstand des britischen Kunsthandels gegen eine Einführung des Folgerechts zurück.

521 *Walter*, in: *Walter*, Art. 2 Folgerechts-RL Rn. 5; *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 114; *Katzenberger*, GRUR Int 2004, 20 (24); dieses Erfordernis weitgehend nivellierend *Schlütter*, Original, 204.

einen Rechtsakt mit Umsetzungsspielraum<sup>522</sup>, wodurch eine „überschießende“ Umsetzung in der Form gestattet sein könnte, dass auch unlimitierte Auflagen von einem nationalen Originalbegriff umfasst sind. Der Zweck der Richtlinie, den Folgerechtsanspruch europaweit zu *harmonisieren* (vgl. Erwägungsgründe 9–11 der Richtlinie),<sup>523</sup> gebietet es jedoch, nationale Abweichung auf die ausdrücklich vorgesehenen Bereiche (wie z. B. die Festlegung des Mindestbetrages nach Art. 3 der Richtlinie)<sup>524</sup> zu beschränken (sogenannte „Vollharmonisierung“<sup>525</sup>). Die Definition der Werkoriginale gehört nicht zu den Bereichen, bei denen die EU-Folgerechtsrichtlinie eine solche Abweichungsmöglichkeit vorsieht. Zumindest im Rahmen des Folgerechtsanspruchs von § 26 UrhG ist daher die Auflagenlimitierung zwingende Voraussetzung von Originalen.<sup>526</sup>

Zur Frage, welche konkreten weiteren Kriterien bei einem Medium wie der Fotografie für die Unterscheidung zwischen Originalen und anderen Werkexemplaren hinzutreten müssen, lässt sich der EU-Folgerechtsrichtlinie nichts entnehmen.

Es bleibt somit die Notwendigkeit einer Definition des Originalbegriffs, welche sich (natürlich) an den Marktgebräuchen zu orientieren hat, gleichzeitig aber für die Gesetzesanwendung tauglich ist und dabei die europarechtlichen Vorgaben berücksichtigt.

## 6. Lösungsversuch aus der Praxis I: Der Begriff der „Sammelwürdigkeit“

Die gesetzgeberische Unzulänglichkeit des bloßen Verweises auf die Kunstmarktpraxis unterstreicht die Tatsache, dass eben diese Kunstmarktpraxis mit der zunehmenden Unschärfe des Originalbegriffs zu kämpfen hat und sich mit einer klaren Definition schwer tut. Ein „Lösungsvorschlag“ für dieses Problem stammt vom „Bundesverband des deutschen Kunst- und Antiquitätenhandels e. V.“ (BDKA). „Angesichts der Fragwürdigkeit aller Definitionsversuche des ‚Original-Kunstwerks‘“<sup>527</sup> hat der BDKA versucht, den

522 Vgl. zur Umsetzung von EU-Richtlinien *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 385 ff.; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 2 Rn. 44 ff.

523 Vgl. auch *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 91.

524 Vgl. zu weiteren Umsetzungsspielräumen der Richtlinie *Weller*, ZEuP 2008, 252 (254 f.).

525 *Weller*, ZEuP 2008, 252 (255).

526 So auch *Maaßen*, in: Wandtke – Medienrecht, 2. Teil/Kapitel 4/Rn. 123; *Walter*, in: *Walter, Folgerecht-RL* Art. 2 Rn. 5; wohl auch *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 114 ;vgl. dazu auch *Weller*, ZEuP 2008, 252 (257 f.).

527 *Bundesverband des Deutschen Kunst- und Antiquitätenhandels e.V.*, Der Begriff des „Originals“ und die „Sammelwürdigkeit“ (Internetquelle).

Begriff der „Sammelwürdigkeit“ zu prägen.<sup>528</sup> Obwohl in der Begründung beispielhaft auch angeführt wird, ab wann man bei Möbeln (z. B. nach einer Restaurierung) noch von einem Original sprechen könne, scheint sich die Umschreibung des Begriffs der Sammelwürdigkeit doch in erster Linie auf den Bereich der seriellen Künste zu beziehen. So heißt es beim BDKA in den Ausführungen zur Sammelwürdigkeit:<sup>529</sup>

*Sammelwürdig sind hiernach nur Kunstwerke, deren nummerierte Gesamtauflage bei*

- a) Grafik 300 (einschließlich Probedrucken)*
- b) Plastik 25 (einschließlich Gieß-Exemplaren)*
- c) Keramik 100*

*Exemplare nicht übersteigt.*

*Posthume Auflagen sind, auch wenn sie vorstehende Auflagenhöhen nicht übersteigen, nur dann sammelwürdig, wenn sie*

- a) als solche gekennzeichnet und datiert sind sowie*
- b) nachweisbar in Ausführung, Größe und Auflagenhöhe dem Willen des Künstlers entsprechen.*

*Nicht sammelwürdig sind unabhängig von der Höhe der Auflage Arbeiten aus zweiter Hand und Reproduktionen selbst dann, wenn sie vom Künstler autorisiert und/oder von diesem signiert sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Arbeiten in anderen Medien ausgeführt sind als in der Originalvorlage des Künstlers (z. B. Bronze-Nachguss nach einem Original aus Holz, Lithografie nach einem Gemälde etc.).*

An dem Begriff der Sammelwürdigkeit kann man kritisieren, dass allein durch den Austausch von Begriffen das zugrunde liegende materielle Problem nicht hinreichend gelöst werden kann. So hätte der BDKA auch seinen „Originalbegriff“ entsprechend definieren können. Die Einführung eines neuen Begriffs ist daher höchstens eine Scheinlösung,<sup>530</sup> eher aber eine Strategie, die Schwierigkeiten einer konkreten Festlegung des Originalbegriffs zu umgehen.

Interessant für die vorliegende Untersuchung ist jedoch an diesem Vorschlag aus der Handelspraxis dreierlei: Erstens scheinen Fotografien bei der Formulierung des Sammelwürdigkeitsbegriffs noch nicht auf der Agenda

<sup>528</sup> Vgl. auch *Behrens/de Lazzer*, Kunstmarkt, 239 ff. sowie *Schlütter*, Original, 194 f.

<sup>529</sup> Auf der Internetseite des Verbandes unter: [http://www.bdka.de/de/sachgebiete\\_bdka.htm](http://www.bdka.de/de/sachgebiete_bdka.htm), abgerufen am 03.07.2015.

<sup>530</sup> Sinngemäß auch *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 34.

des BDKA gestanden zu haben, obwohl sich das Problem des Originalbegriffs hier ja evident genauso wie bei den vom BDKA aufgeführten Medien stellt. Zweitens ist es interessant zu sehen, dass der BDKA die Sammelwürdigkeit maßgeblich über den Exklusivitätsgrad und somit die Auflagenlimitierung sowie die Autorisation durch den Künstler bestimmen möchte. Unlimitierte Werke serieller Medien scheinen nach Ansicht des BDKA genauso wenig sammelwürdig zu sein wie (zumindest grundsätzlich) postum hergestellte Werkstücke. Einmal mehr zeigt sich an dieser Stimme aus der Praxis, dass die Exklusivität des Werkstücks in Verbindung mit einer Autorisation durch den Künstler als entscheidende Einflussgröße für die Wertschätzung und Anerkennung (bzw. dadurch auch mittelbar für die Frage des Originals) gilt. Drittens belegen die Aussagen des BDKA, dass die juristische Forschung aufgrund dessen, dass das Recht den Originalbegriff verwendet, aufgerufen ist, einen konkreten juristischen Originalbegriff zu erarbeiten. Der vom Gesetzgeber wie auch von vereinzelt Literaturmeinungen bemühte, bloße Verweis auf die Kunstmarktpraxis läuft nämlich offensichtlich ins Leere, wenn sich dort sogar eine maßgebliche Standesvertretung nicht in der Lage sieht, den Begriff nachhaltig zu konkretisieren.

## 7. Lösungsversuch aus der Praxis II: Der Standpunkt der VG Bild-Kunst<sup>531</sup>

Die VG (Verwertungsgesellschaft<sup>532</sup>) Bild-Kunst ist ein rechtsfähiger Verein kraft staatlicher Verleihung. Sie wurde 1969 gegründet und soll Urheber aus den Bereichen der bildenden Kunst, der Fotografie sowie des Films gebündelt gegenüber den Verwertern ihrer Werke vertreten. Hierzu schließt die

531 Bis Ende 2014 erfolgte die Wahrnehmung der Folgeansprüche über die – von der VG Bild-Kunst seit 1980 unterhaltene – „Ausgleichsvereinigung Kunst“. Diese wurde durch die VG Bild-Kunst zum 31.12.2014 gekündigt. Die „Ausgleichsvereinigung Kunst“ diente der Abgeltung der Künstlersozialabgabe sowie der Folgeansprüche durch den Kunsthandel in Form einer auf alle Verkäufe von nach dem 01.01.1900 entstandenen Werkstücken erhobenen Pauschale (häufig als „Folgeanspruchsabgabe“ bezeichnet). Auf Basis des nun von der VG Bild-Kunst angebotenen Vertragswerks zieht die VG Bild-Kunst die aus dem Folgeanspruch erwachsenden Ansprüche nicht mehr über eine Pauschale sondern einzelfallbezogen ein, wenn die Anspruchsvoraussetzungen des § 26 Abs. 1 UrhG durch einen Verkauf erfüllt werden. Eine Folgeanspruchsabgabe für urheberrechtlich nicht mehr geschützte Werke wird somit nicht mehr erhoben. Die vorliegenden Darstellungen beruhen notwendigerweise noch auf der alten Rechtslage. Im Hinblick auf den Originalbegriff stellen sich jedoch auch unter der neuen Vorgehensweise ähnliche Fragen.

532 Die anderen großen Verwertungsgesellschaften sind die GEMA und die VG Wort. Vgl. *Melchiar*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 46 Rn. 4 ff.

VG Bild-Kunst sogenannte Wahrnehmungsverträge mit den Urhebern ab und lizenziert dann stellvertretend für die Urheber z. B. die Abdruckrechte für die Abbildung eines Gemäldes an einen Verlag.<sup>533</sup> Ein Vorteil für den Urheber ist die professionelle Vertretung seiner Ansprüche. Die Verwerter profitieren ebenfalls, da sie sich mit der VG Bild-Kunst für alle Ansprüche nur einem Ansprechpartner gegenüber sehen.

Zu den Aufgaben der VG Bild-Kunst gehört auch die Erhebung des Folgerechtsanspruchs gemäß § 26 UrhG<sup>534</sup> für die von ihr vertretenen Urheber. Grundsätzlich kann ein Anspruchsberechtigter seinen Folgerechtsanspruch auch ohne einen Wahrnehmungsvertrag mit der VG Bild-Kunst eigenständig geltend machen. Jedoch können die Auskunftsansprüche gegenüber dem Handel nach § 26 Abs. 4 und 5 UrhG, die eine Bezifferung des Anspruchs häufig überhaupt erst möglich machen, gemäß § 26 Abs. 6 UrhG nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. *Sinnvoll* bzw. effektiv kann das Folgerecht daher nur über die VG Bild-Kunst wahrgenommen werden.<sup>535</sup>

Der Begriff des Originals in der Fotografie hat für die VG Bild-Kunst also insofern praktische Bedeutung, als er gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 UrhG Voraussetzung für den Folgerechtsanspruch ist. Zudem ist auch die Unterscheidung von Lichtbildwerken und Lichtbildern<sup>536</sup> für die VG Bild-Kunst von Bedeutung, da ein Folgerechtsanspruch nur für die Lichtbildwerke besteht.<sup>537</sup>

Die Lösung, welche die VG Bild-Kunst zur Beantwortung dieser offenen Fragen gewählt hat, ist die folgende: Nach der VG Bild-Kunst sind grundsätzlich *alle* von Kunsthändlern angebotenen Fotografien als Werkoriginale von Lichtbildwerken folgerechtspflichtig. Man könne nämlich davon ausgehen, dass der seriöse Kunsthandel *nur* Originale und Lichtbildwerke anbiete und darauf hinweisen würde (oder sogar *müsste*), wenn es sich um Nicht-Originale oder bloße Lichtbilder handelte.<sup>538</sup> Nicht-Originale würden im Übrigen kaum die Schwelle von 400 Euro (§ 26 Abs. 1 a.E. UrhG) zur Entstehung des Folgerechtsanspruchs überschreiten.<sup>539</sup> Postume Werkstücke will auch die VG Bild-Kunst grundsätzlich nicht als Original anerkennen.<sup>540</sup>

533 Vgl. *Melchiar*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 46 Rn. 8 f. sowie die Selbstdarstellung der VG Bild-Kunst unter <http://www.bildkunst.de/vg-bild-kunst/ueber-die-vg-bild-kunst/wer-wir-sind.html>, abgerufen am 01.06.2016.

534 Vgl. zum Folgerechtsanspruch oben Fn. 392.

535 *Pfennig*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 88 Rn. 26.

536 Vgl. oben C.II.1.a), S. 106.

537 *Pfennig*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 88 Rn. 13.

538 *Pfennig*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 88 Rn. 14 f.

539 *Pfennig*, in: Handbuch des Urheberrechts, § 88 Rn. 14 f.

540 *Pfennig*, in: Posthume Güsse, 18.

Einem Folgerechtsanspruch auf die von ihm gehandelten Fotografien kann sich der Handel nach der Argumentation der VG Bild-Kunst also nur dadurch entziehen, dass er sie ausdrücklich als „Nicht-Originale“, bloße „Lichtbilder“ oder „postume Abzüge“ anbietet.

So pragmatisch diese Herangehensweise aus Sicht der VG Bild-Kunst sein mag, so unbefriedigend ist sie wohl für die Kunsthändler. Es drängt sich der Eindruck auf, dass hier lediglich die Verantwortung, eine Originaldefinition zu finden, weitergeschoben wurde. Selbstverständlich ist es die Aufgabe der VG Bild-Kunst die Rechte ihrer Mitglieder möglichst umfangreich und erfolgreich wahrzunehmen. Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel daran, ob nach den gesetzgeberischen Vorgaben wirklich für alle Fotografien, die aktuell von der VG Bild-Kunst in die Folgerechtsabgabe einbezogen werden, tatsächlich auch ein Folgerechtsanspruch besteht (denkbar z. B. beim Verkauf von Pressefotos, aber auch bei unlimitierten<sup>541</sup> Werken der historischen Fotografie<sup>542</sup>). Vor einer pauschalen Wahrnehmung von Interessen sollte daher die Frage stehen, ob diese Interessen überhaupt eine rechtliche Fundierung haben.<sup>543</sup> Allerdings fehlt es in der Praxis an einer Lobby,<sup>544</sup> um dieser Frage nachzugehen. Der unmittelbar von der durch die VG Bild-Kunst erhobenen Folgerechtsabgabe betroffene Handel ist im Ergebnis desinteressiert, weil er die Abgabe an die Endkunden durchreicht.<sup>545</sup>

---

541 Vgl. unten C.II.9.d), S. 150.

542 Eine Benachteiligung dieser Fotografien ist jedoch nicht gegeben, da diese – mangels des Versprechens einer Limitierung – auch weiterhin Abzüge herstellen und auf diese Weise Einkommen generieren dürfen. Nachteile ergeben sich höchstens für die Erben dieser Künstler.

543 Diese Problematik wird sich aufgrund der seit 2015 erfolgenden, einzelfallbezogenen Abrechnung wahrscheinlich deutlich entschärfen.

544 Vgl. *Jayme*, in: FS Krämer, 285.

545 Kritisch aus Sammlersicht zu dieser Praxis am Beispiel der Folgerechtsumlage für Gemälde gemeinfreier Künstler: *Jayme*, in: FS Krämer, 277 ff. *Jayme* hält die Klauseln in den Versteigerungsbedingungen, welche dem Verbraucher Folgerechtsabgaben für Werke aufbürden, die gar nicht mehr urheberrechtlich geschützt sind, für unwirksam aus Sicht des AGB-Rechts (§§ 307 Abs. 1 S. 2, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) sowie wettbewerbswidrig im Sinne der §§ 5 und 5a UWG. Der EuGH entschied mittlerweile, dass eine Vereinbarung darüber, wer im Ergebnis die Folgerechtsabgabe trägt, jedenfalls solange nicht europarechtswidrig ist, wie der Anspruch des Urhebers hierdurch nicht beeinträchtigt wird; EuGH, Urteil vom 26.2.2015 (Rechtssache C-41/14, *Christie's France SNC / Syndicat national des antiquaires*) = GRUR Int. 2015, 492-494. Durch die Aufkündigung der „Ausgleichsvereinigung Kunst“ (vgl. oben Fn. 531) hat sich mit Eintritt in das Jahr 2015 zumindest ein Teil dieser Problematik erledigt, da nun nur noch von urheberrechtlich geschützten Werken die Folgerechtsansprüche eingezogen werden.

Leider bringt die Verfahrensweise der VG Bild-Kunst für die im Rahmen dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen keine neuen Hinweise, wie der urheberrechtliche Originalbegriff zu fassen ist. Sie bestätigt allerdings die Analyse, dass es nach wie vor an einem allgemein akzeptierten und somit für die praktische Anwendung geeigneten Originalbegriff mangelt und dass die Wissenschaft, aber vielleicht auch der Gesetzgeber, gefordert ist.

## 8. Vorschläge für einen urheberrechtlichen Originalbegriff der Fotokunst aus der Rechtswissenschaft

Während eine höchstrichterliche Entscheidung bislang fehlt, existieren verschiedene, sich teilweise widersprechende Meinungen in der Literatur, was die Konkretisierung des Originalbegriffs für den Bereich der Fotokunst betrifft. Im Folgenden werden diejenigen Stimmen zusammengefasst, die sich explizit zum Original in der Fotokunst äußern. Fast alle Autoren nehmen dabei mehr oder weniger stark Bezug auf die „Verkehrsauffassung“ oder „Marktanschauungen“. Im Einzelnen lassen sich folgende Auffassungen unterscheiden:

- *Pierredon-Fawcett* vertritt in ihrer Studie zum Folgerecht noch die Auffassung, dass die Fotografie aufgrund ihrer spezifischen technischen Eigenheiten (keine Eigenhändigkeit der Formherstellung, da das Negativ durch chemische Reaktionen entsteht) überhaupt nicht in der Lage sei, ein Original bzw. Originale hervorzubringen.<sup>546</sup> Da *Pierredon-Fawcett* jedoch gleichzeitig die Möglichkeit, Originale zu schaffen, für die Druckgrafik durchaus anerkennt,<sup>547</sup> muss man ihre Auffassung auch im Hinblick auf den inzwischen stattgefundenen Siegeszug der Fotografie als Kunstform als zu technizistisch und kaum mehr zeitgemäß ablehnen. Dies erst recht, seit die EU-Folgerechtslinie die Anwendbarkeit des Folgerechts auf Fotografie ausdrücklich statuiert, somit die Originaleigenschaft von Lichtbildwerken voraussetzt und dies auch für das Urheberrecht in § 26 Abs. 1 S. 1 UrhG kodifiziert worden ist.
- *Goepfert* scheint ebenfalls noch grundlegende Zweifel daran zu haben, ob Fotografien überhaupt Originale sein können oder ob nicht ein Begriff wie „Original-Fotografie“ eine „*contradictio in adiecto*“ sei.<sup>548</sup> Die

<sup>546</sup> *Pierredon-Fawcett*, Droit de Suite, 60 f.

<sup>547</sup> *Pierredon-Fawcett*, Droit de Suite, 59 f.

<sup>548</sup> *Goepfert*, Haftungsprobleme, 73; jedoch nicht explizit auch für einen urheberrechtlichen Originalbegriff, sondern hauptsächlich für einen gewährleistungsrechtlichen; vgl. *Goepfert*, Haftungsprobleme, 64 ff.

- Tatsache, dass dem Kunsthandel solche Bedenken eher fremd sind, spricht aber auch nach *Goepfert* für die Anerkennung eines fotografischen Originals; jedenfalls solange, als es sich um „künstlerische Fotografie“ handele.<sup>549</sup> Für solche Originale seien deren „Eigenhändigkeit“ und „Ursprünglichkeit“ entscheidend, sodass nur vom Künstler selbst – ohne Delegation von anderen als „rein mechanischen Hilfsarbeiten“ – hergestellte Abzüge als Originale gelten könnten.<sup>550</sup> Signierung, Billigung<sup>551</sup> und wohl auch Limitierung<sup>552</sup> hält *Goepfert* ausdrücklich für keine geeigneten Kriterien zur Bestimmung der Originaleigenschaft. Postume Originale schließt er aus.<sup>553</sup>
- Für *Hamann* ist die Qualität des Negativs (bzw. heute wohl der Datei) als „Vororiginal“ entscheidend. Wird von diesem „Vororiginal“ ein exakter Abzug reproduziert, so soll nach *Hamann* immer ein Original vorliegen.<sup>554</sup> So z. B. auch dann noch, wenn der Abzug postum, d. h. ohne Autorisation geschweige denn Beisein des Künstlers, hergestellt wird.<sup>555</sup> Explizit keine konstitutive Bedeutung für die Originaleigenschaft einer Fotografie sollen Auflagenhöhe, Auflagenbegrenzung, Nummerierung und Signatur haben.<sup>556</sup>
  - *Ehrler* scheint diesen Überlegungen grundsätzlich zu folgen, verlangt jedoch, dass der Fotograf zudem die Herstellung des Abzugs persönlich vornimmt bzw. wenigstens überwacht.<sup>557</sup> Postume Originale wären demnach ausgeschlossen. Die gleichen Anforderungen stellt *Heitland* an das fotografische Original.<sup>558</sup>
  - *Platena* widerspricht den Feststellungen *Hamanns*. Das nach *Platenas* Ansicht für die Originaleigenschaft notwendige Merkmal der *Erstverkörperung* sei bei der Fotografie bereits im Negativ bzw. der Datei erfüllt.<sup>559</sup> Der Papierabzug von einem Negativ sei genauso wie die Projektion eines Dias bereits eine (auf die Erstverkörperung folgende) Vielfältigungshandlung und könne damit kein Original mehr sein.<sup>560</sup>

---

549 *Goepfert*, Haftungsprobleme, 73.

550 *Goepfert*, Haftungsprobleme, 74 f.

551 *Goepfert*, Haftungsprobleme, 74.

552 Vgl. *Goepfert*, Haftungsprobleme, 69.

553 *Goepfert*, Haftungsprobleme, 74.

554 *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (52 f.).

555 *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (51, 55).

556 *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (56 f.).

557 *Ehrler*, Folgerecht, 184 f.

558 *Heitland*, Fotografie, 90 f.

559 *Platena*, Lichtbild, 248, 250; in diesem Sinne wohl auch *Schlütter*, Original, 250, 290.

560 *Platena*, Lichtbild, 248.

Genauso lautete die ursprüngliche Einschätzung von *Picker*.<sup>561</sup> Für den Fotografen ergäbe sich hieraus die missliche Lage, ohne ein Folgerecht auf seine Abzüge leben zu müssen.<sup>562</sup> Dies will *Platena* dadurch ausgleichen, dass er mithilfe einer Analogie zum Originalbegriff das Folgerecht dann doch auch auf die Papierabzüge anwendet. Als Argument für die Analogie führt er ins Feld, dass im Bereich der Fotografie regelmäßig nur die Abzüge Gegenstand des Kunsthandels seien und das Folgerecht daher nach Sinn und Zweck auch auf sie Anwendung finden müsse.<sup>563</sup>

- Nach *Mosimann* ist zwischen analoger und digitaler Fotografie zu unterscheiden. Im analogen Bereich sollen sowohl das Negativ als auch der Abzug urheberrechtliche Originale sein können.<sup>564</sup> Während das Negativ immer ein Original sein soll, solange es sich bei der Fotografie um ein schutzfähiges Lichtbildwerk handelt, soll dies für den Abzug jedoch nur dann gelten, wenn er in zeitlicher Nähe zum Negativ hergestellt wird (also im Bereich der historischen Fotografie als Vintage Print<sup>565</sup> bezeichnet würde).<sup>566</sup> Ansonsten sei der Abzug nur dann ein Original, wenn er wiederum (z. B. durch Manipulation bei der Herstellung des Abzugs) ein eigenständiges, vom Negativ verschiedenes Werk mit eigenem urheberrechtlichem Schutz bilde.<sup>567</sup> Für die digitale Fotografie wählt *Mosimann* eine völlig neue Herangehensweise. So geht er davon aus, dass bei der digitalen Fotografie ein zweiteiliges Original vorliege, das aus der auf einem Datenträger übergebenen Datei des Fotos („scan data CD“) und dem durch den Künstler selbst oder unter seiner Aufsicht ausgeführten Abzug besteht.<sup>568</sup> Diese Ansicht bezieht sich jedoch offensichtlich nur auf den Sonderfall, dass dem Sammler neben dem Papierabzug tatsächlich auch ein Datenträger mit der Datei der Fotografie übergeben wird.<sup>569</sup> Da dies jedoch wohl nicht die überwiegende Marktpraxis darstellt,<sup>570</sup> bleibt unklar, was nach *Mosimann* das Original sein soll, wenn keine „scan data CD“ übergeben wird.

---

561 *Picker*, Kunstrecht, 65. *Picker* hat diese Einschätzung inzwischen offenbar revidiert und vertritt nunmehr, dass der Abzug und nicht das Negativ das Original sei: *Picker*, Antiquitäten<sup>3</sup>, 62 f.; *Picker*, Antiquitäten<sup>4</sup>, 97.

562 *Platena*, Lichtbild, 249 f.

563 *Platena*, Lichtbild, 250, 254.

564 *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 18.

565 Zu diesem Begriff ausführlich oben bei B.I.1.b)(2)(aa), S. 44.

566 *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 18.

567 *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 18.

568 *Mosimann*, in: Kunst & Recht, 20.

569 Vgl. zu dieser Vorgehensweise oben B.I.6.e), S. 75.

570 Vgl. insoweit unten C.II.9.c), S. 149.

- *Bullinger* stellt (sowohl für den analogen<sup>571</sup> wie digitalen<sup>572</sup> Bereich) vornehmlich auf die subjektiven Vorstellungen des Urhebers und seine Autorisation von Werkstücken als Originale ab.<sup>573</sup> Dieser Ansicht scheint sich auch *Schlütter*<sup>574</sup> weitgehend anzuschließen. Aufgrund dessen, dass insbesondere das digitale Bild ohne Qualitätsverlust vervielfältigt und theoretisch in unbegrenzten Auflagen verbreitet werden kann, soll die Vorstellung des Urhebers, bestimmten Werkstücken eine hervorgehobene Stellung einzuräumen, entscheidend sein.<sup>575</sup> Indizien für diese subjektiven Vorstellungen soll insbesondere das Vermarktungskonzept des Künstlers liefern.<sup>576</sup> Die Zugehörigkeit zu einer limitierten Auflage, der hohe technische Standard der Abzüge oder die Auswahl bevorzugter Materialien sollen für die Originaleigenschaft des Werkstückes streiten.<sup>577</sup> Notwendige Voraussetzung sollen diese Kriterien aber (wohl) nicht sein. Die Eigenhändigkeit ist für *Bullinger* ausdrücklich kein Kriterium mehr, sodass nicht nur Handabzüge, sondern auch massenhafte Laborabzüge Originale sein können, wenn der Künstler sie entsprechend autorisiert hat, das heißt insbesondere, wenn die Abzüge auf seine Weisung hergestellt wurden.<sup>578</sup> Auch für *Bullinger* scheidet ein postumes Original denklogisch aus.<sup>579</sup>
- Eine mit der Ansicht von *Bullinger* weitgehend übereinstimmende Definition des Originals verwendet auch *Jacobs* – wengleich ausdrücklich nur für den Bereich der digitalen Fotografie.<sup>580</sup> Auch für *Jacobs* kommt nur der Ausdruck als Original in Betracht. Dieser muss vom Künstler in einem Willensakt („Ritterschlag“<sup>581</sup>) zum Original erhoben werden. Exhibition Prints sind erklärtermaßen keine Originale.<sup>582</sup> Ist beim Verkauf eines Werks zugleich ein zweites Exemplar als „Sicherheitsdruck“ übergeben worden, so soll dieses Exemplar nach *Jacobs* zunächst kein Original sein. Zum Original wird es erst durch Zerstörung bzw. Rückgabe des

---

571 Hierzu insbesondere *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 10.

572 Hierzu insbesondere *Bullinger*, KUR 2006, 106.

573 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (111); *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 10.

574 *Schlütter*, Original, 236 ff.

575 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (110 f.); *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 10.

576 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (111).

577 Letzteres wird bei *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 10 wieder etwas relativiert.

578 *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 10.

579 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (111).

580 *Jacobs*, in: FS Samwer, 146 ff.

581 *Jacobs*, in: FS Samwer, 147.

582 *Jacobs*, in: FS Samwer, 148 f.

„Erstexemplars“.<sup>583</sup> Letztlich wird damit konstruktiv die Willenserklärung des Künstlers bezüglich der Originaleigenschaft des „Sicherheitsdrucks“ zusätzlich unter eine Bedingung (die Vernichtung des anderen Abzugs) gestellt.

- Dem vergleichsweise großzügigen und vor allem primär aus Sicht des Künstlers definierten Originalbegriff von *Bullinger* sowie *Jacobs* widerspricht in bestimmten Punkten *Maaßen*<sup>584</sup>. *Maaßen* sieht zwar ebenfalls eine Grundvoraussetzung der Originaleigenschaft in der Autorisation durch den Urheber. Sei es, dass er den Abzug eigenhändig angefertigt hat, sei es, dass die Produktion des Abzugs „mit seinem Wissen und unter seiner künstlerischen Verantwortung“<sup>585</sup> erfolgte. Zudem soll aber nach *Maaßen* auch die Limitierung konstitutiv für die Originaleigenschaft sein, da – so *Maaßen* – eine Beschränkung der Auflage unabdingbare Voraussetzung für die Wertschätzung und Anerkennung eines Abzugs durch den Kunstmarkt sei.<sup>586</sup> *Maaßen* lässt dabei aber auch nicht jede beliebige Auflage ausreichen, sondern meint, eine Orientierung solle an den Vorgaben der „großen Namen“ der Fotokunst erfolgen.<sup>587</sup> In diesem Zusammenhang verweist er beispielhaft auf den deutschen Fotokünstler Andreas Gursky, dessen Auflagenhöhen bei maximal sechs Exemplaren lägen.<sup>588</sup> Im Endeffekt geht *Maaßen* daher wohl von einstelligen Auflagenhöhen als Voraussetzung für die Originaleigenschaft aus.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass der Originalbegriff in der Fotografie – wenngleich in einigen Punkten Einigkeit zu bestehen scheint – *de facto* ungeklärt ist. Als mittlerweile geklärt gelten kann lediglich, dass

1. Fotografien durchaus Originale sein können. Es kommt in der Folge – wie schon bei der Druckgrafik – dazu, dass es nicht mehr nur ein (unkales) Original, sondern mehrere Originale desselben Werks geben kann;
2. eine wortwörtliche „Eigenhändigkeit“ durch den Urheber bei der Herstellung der Abzüge schon deswegen nicht zu verlangen ist, weil es sich bei der Fotografie um einen technischen Prozess handelt, der zu einem gewis-

583 *Jacobs*, in: FS Samwer, 149.

584 *Maaßen*, PROFIFOTO 5/2007, 69; *Maaßen*, in: Wandtke – Medienrecht, Kapitel 4 Rn. 122 f.

585 *Maaßen*, PROFIFOTO 5/2007, 69.

586 *Maaßen*, PROFIFOTO 5/2007, 69; *Maaßen*, in: Wandtke – Medienrecht, Kapitel 4 Rn. 123. *Maaßen*, in: Wandtke/Ohst, Kapitel 5 Rn. 131 verweist in diesem Zusammenhang außerdem auf die Vorgaben der EU-Folgerechtsrichtlinie.

587 *Maaßen*, PROFIFOTO 5/2007, 69; *Maaßen*, in: Wandtke – Medienrecht, 2. Teil/Kapitel 4/Rn. 123; *Maaßen*, in: Wandtke/Ohst, Kapitel 5 Rn. 131.

588 *Maaßen*, in: Wandtke – Medienrecht, 2. Teil/Kapitel 4/Rn. 123; *Maaßen*, in: Wandtke/Ohst, Kapitel 5 Rn. 131.

sen Grad die Inanspruchnahme von Fachpersonal unabdingbar macht (dies ist vergleichbar mit der Inanspruchnahme einer Gießerei im Fall der Gussplastik). Eine tatsächliche „Eigenhändigkeit“ zu verlangen hieße, eine realitätsferne Anforderung zu stellen.<sup>589</sup> Es muss ausreichen, dass der Künstler die Herstellung der Abzüge insoweit „überwacht“, als dass die dem Kunstmarkt übergebenen Werke von ihm für gut, d. h. seiner künstlerischen Intention entsprechend befunden und somit *autorisiert* wurden.

Offen geblieben sind hingegen folgende Fragen:

1. Ist eine Unterscheidung zwischen analoger und digitaler Fotografie in Bezug auf den urheberrechtlichen Originalbegriff geboten oder sogar notwendig?
2. Können postume Abzüge überhaupt als Originale angesehen werden? Wenn ja, unter welchen (zusätzlichen) Bedingungen?
3. Wie wirkt sich eine limitierte Auflage aus? Ist sie lediglich ein Indiz für die Originaleigenschaft oder (zumindest im Bereich der zeitgenössischen Fotografie) sogar konstitutives Merkmal?

## 9. Eigener Vorschlag: der europarechtskonforme Originalbegriff in der Fotokunst

Die dargestellte Meinungsvielfalt zum Originalbegriff spiegelt nicht nur unterschiedliche Ansichten, sondern auch eine zeitliche Entwicklung wider. Zwischen dem von *Hamann* entwickelten Originalbegriff in der Fotokunst und *Mosimanns* Überlegungen liegen ziemlich exakt 30 Jahre. In diesen Jahren hat sich nicht nur die Wahrnehmung der Fotokunst in der Öffentlichkeit von einem neuen, noch erheblichen Zweifeln ausgesetzten Medium hin zu einer *der* künstlerischen Ausdrucksformen unserer Zeit gewandelt. Auch technische Neuerungen haben Einzug gehalten, wobei insbesondere der Wechsel von der analogen zur digitalen Aufnahmetechnik einen epochalen Schritt darstellt. Der französische Publizist *Jean Prouvost* hat diese Entwicklung treffend zusammengefasst als er sagte: „In unserem Zeitalter ist die Fotografie Königin. Wir wollen nicht mehr nur wissen, wir müssen sehen.“<sup>590</sup>

<sup>589</sup> *Ehrler*, Folgerecht, 166 f.

<sup>590</sup> Zitiert nach *Wombell*, Photonews November 2008, 4; zu diesem „iconic turn“ und seinen möglichen Auswirkungen auch auf die Rechtswissenschaften vgl. *Boehme-Nefler*, Bilderrecht. Zu den möglichen Beiträgen des Rechts zu den Bildwissenschaften vgl. auch *Jayme*, in: Original und Fälschung, 23 ff.

Es ist daher an der Zeit, einen urheberrechtlichen Originalbegriff für den Bereich der zeitgenössischen Fotografie zu entwickeln, der insbesondere dazu imstande ist, auch die nach den bisherigen Definitionsversuchen offen gebliebenen Fragen zu klären. Ein besonderes Augenmerk erhält dabei vor allem das Kriterium der Auflagenlimitierung, wie es auch das EU-Recht fordert.

Hierbei steht ein Erkenntnis im Vordergrund: Der eigentlich selbstverständliche Begriff des Originals ist durch die Entwicklung und Anerkennung serieller künstlerischer Medien unscharf geworden. Das („eine“ bzw. „unikale“) Original im herkömmlichen Sinne und wie es von der ursprünglichen Regelungssystematik des UrhG vorausgesetzt wurde, existiert in dieser eindeutigen Form nicht mehr. Das Original in der zeitgenössischen Fotokunst ist ein „Konstrukt“<sup>591</sup>. Dies spricht aber keineswegs dagegen, dass es von der Rechtsordnung als solches auch anerkannt und dass das von den Marktteilnehmern entgegengebrachte Vertrauen in die Beständigkeit des Konstrukts von der Rechtsordnung geschützt werden kann.

Im Einzelnen sind die Voraussetzungen für einen zeitgemäßen Originalbegriff in der zeitgenössischen Fotografie:

#### a) Rezipierbare Erstverkörperung

Der urheberrechtliche Begriff des Originals bezieht sich stets auf das *Werkstück*,<sup>592</sup> also die real existierende Verkörperung und den menschlichen Sinnen unmittelbar zugängliche Manifestation des *immateriellen* urheberrechtlichen Werks. Grundbestandteil der Definition des Originals muss daher sein, dass es sich bei dem fraglichen Objekt um eine rezipierbare, d. h. den menschlichen Sinnen zugängliche Verkörperung handeln muss.

Weiterhin entspricht es der allgemeinen Vorstellung sowie dem natürlichen Sprachverständnis<sup>593</sup> und eigentlichen Wortsinn<sup>594</sup>, dass es sich bei einem „Original“ nicht um irgendein beliebiges Werkstück, sondern die *Erstverkörperung* des Werks handelt.<sup>595</sup> Hierunter ist allgemein das „Urstück

591 Mercker, in: Original und Fälschung, 70; Mercker, in: Was kostet Kunst?, 34; ebenso Ehrler, Folgerecht, 153.

592 Für alle Bullinger, KUR 2006, 106 (106 f.).

593 Vgl. hierzu auch eine erste Auseinandersetzung mit dem Begriff bei Fackler, Begriff des Originals, 12 ff.

594 Aus dem Lateinischen: *originalis* = ursprünglich bzw. *origo* = Abstammung, Ursprung, Quelle, Stamm.

595 Vgl. für die ganz herrschende Ansicht und m. w. N. Katzenberger, in: Schrickler/Loewenheim, § 26 Rn. 26 sowie im Detail Hamann, Originalbegriff, 42 ff., 112 ff., 157 f. Anders

eines Werks zu verstehen, d. h. diejenige reproduktionsfähige Werkverkörperung, die das Werk erstmals in vollendeter Weise wiedergibt und nicht nur ihrerseits Reproduktion, Kopie oder Nachbildung ist.<sup>596</sup> Auch das Kriterium der *Erstverkörperung* ist daher Bestandteil der Originaldefinition und gilt im Übrigen sowohl im Bereich der Unikate als auch in dem der seriellen Medien.<sup>597</sup> Die *Erstverkörperung* ist auch stets auf ein bestimmtes Medium bezogen, nämlich dasjenige, das der Künstler für das konkrete Werk bestimmt hat. So ist der Abdruck eines Gemäldes oder einer Fotografie in einem Katalog ersichtlich nur eine Reproduktion, nicht jedoch das Original.<sup>598</sup> Dies lässt sich auch damit begründen, dass bei der Übertragung eines Werks in ein anderes Medium stets ein Teil des Kunstgenusses verloren geht bzw. sich verändert. Das Werk wird in einer Reproduktion niemals in „vollendeter Weise“ wiedergegeben.

Bei den seriellen Medien stellt sich jedoch dann immer noch die problematische Frage, ob alle oder nur bestimmte Werkstücke (von demselben Negativ bzw. derselben Platte; d. h. in *demselben* Medium) als *Erstverkörperung* angesehen werden können.<sup>599</sup> Diesem Problem kann durch weitere Kriterien<sup>600</sup> Rechnung getragen werden, sodass die Voraussetzung, dass es sich bei dem fraglichen Werkstück um eine *Erstverkörperung* handelt, auch für die seriellen Medien und insbesondere die Fotografie Bestand haben kann.

Für die Frage, was unter einer *rezipierbaren* Erstverkörperung verstanden werden kann, ist erneut streng zwischen dem *immateriellen* Werk und dem materiellen *Werkstück* zu unterscheiden.

Das *immaterielle* Werk entsteht unabhängig von der Entstehung des ersten *Werkstücks* im Zeitpunkt seiner erstmaligen Fixierung. Diese Erstfixierung des immateriellen Werks fällt z. B. bei einer Federzeichnung zeitlich und physisch mit der Schöpfung des (unikalen) *Werkstücks* zusammen.<sup>601</sup> Bei analoger Fotografie ist die erstmalige Fixierung bereits das belichtete Negativ, bei der digitalen Fotografie ist es die gespeicherte Datei.<sup>602</sup> Diese Fixierungen ermöglichen zwar noch nicht unmittelbar den vom Künstler angestrebten Werkgenuss, genügen aber als unzweideutiger Nachweis der

---

wohl für Serienwerke: von *Gruben*, Entstellungsverbot, 17. Ebenfalls für eine „lockere“ Handhabung des Kriteriums der Erstverkörperung bei der Fotografie: *Schlütter*, Original, 241.

596 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 26 Rn. 13.

597 Vgl. *Ehrler*, *Folgerecht*, 157 ff.

598 Vgl. *Pfennig*, *Museen*, 41 sowie *Schlütter*, *Original*, 211 f.

599 Zur Diskussion *Katzenberger*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 26 Rn. 27.

600 Dazu unten C.II.9.d), S. 150.

601 Vgl. *Maaßen*, *PROFIFOTO* 5/2007, 69.

602 Siehe oben C.II.1.b), S. 108.

Manifestation der persönlichen geistigen Schöpfung des Urhebers und somit der Beweisführung gegenüber Dritten. Fraglich und umstritten ist, ab wann von einer *rezipierbaren* Erstverkörperung als Voraussetzung für ein fotografisches Original gesprochen werden kann.

Teilweise wird in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, dass auch die Druckform oder das Negativ bzw. die Datei Erstverkörperungen seien und daher als „Vororiginal“<sup>603</sup> analog den urheberrechtlichen Vorschriften über das Original unterfallen. Dem ist jedenfalls für den Bereich der Fotografie zu widersprechen. Der Begriff des Vororiginals beinhaltet bereits sprachlich die Gründe für die Ablehnung einer analogen Anwendung der Vorschriften für das Original. Ein Vororiginal ist eben kein Original. Die Normen des UrhG, die den Originalbegriff verwenden, zielen auf die Regelung von Rechtsverhältnissen in Bezug auf ein rezeptionsfähiges Werkstück ab. Weder eine Druckplatte, noch das Negativ oder die Datei stellen ein solches, rezeptionsfähiges Werkstück dar. Sie sind technische Hilfsmittel bzw. Zwischenstufen *auf dem Weg zum Original*.<sup>604</sup> Dass auch der Entwurf urheberrechtlich geschützt sein kann, spricht nicht für eine andere Betrachtung.<sup>605</sup> Nicht alles, was urheberrechtlichen Schutz genießt, ist ein Original.<sup>606</sup> Sonst müsste das Gesetz auch nicht die Originale einer Sonderbehandlung unterstellen. Das Gesetz gibt Originalen jedoch zu Recht einen besonderen Status. Druckplatten und Negative sind jedoch genauso wenig ein mit dem Original vergleichbares „Vororiginal“ wie z. B. eine grundierte Leinwand für die Malerei in Öl.<sup>607</sup>

Zudem verfangen die von *Hamann* ins Feld geführten Argumente nicht, die er für die Ausweitung des Originalbegriffs auf produktionstechnische Vorstufen anführt. Zunächst kann der dogmatische Vergleich *Hamanns* mit dem Anwartschaftsrecht nicht überzeugen. Nach *Hamann* sollen Negative als „Vororiginale“ auch deshalb analog den Originalen geschützt werden,

603 *Hamann*, Originalbegriff, 152; *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (50 ff.); *Ehrler*, Folgerecht, 165 f., 183 f.; *van Waasen*, Urheberrecht und Eigentum, 7. Zumindest missverständlich ist auch die Formulierung bei *Reis*, Bulletin Kunst & Recht 1/2011, 48 (49 f., 51), wonach Abzüge Vervielfältigungen ‚des Werks ‚Druckplatte‘ [bzw. bei der Fotografie dann wohl des Werks ‚Negativ‘] sein sollen. Ein urheberrechtliches Werk ist jedoch stets immateriell. Es gibt kein Werk ‚Druckplatte‘. Unentschlossen bezüglich des ‚Vororiginals‘, aber letztlich wohl auch Vorstufen als ‚Original‘ anerkennend: *Schlütter*, Original, 42 f., 207 ff., 418.

604 Vgl. *Fackler*, Begriff des Originals, 34 f.; *Katzenberger*, Folgerecht, 92.

605 So aber (für die Druckgrafik) *Schöfer*, Rechtsverhältnisse, 33 f.; für die hier vertretene Ansicht vgl. auch *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 26 Rn. 13.

606 Vgl. *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 26 Rn. 13.

607 In diesem Sinne mit einem ähnlichen Vergleich auch *Mercker*, in: *Original und Fälschung*, 67.

weil sie dem „Anwartschaftsrecht auf den Erwerb des Eigentums“ vergleichbar seien.<sup>608</sup>

Der Vergleich scheitert aber bereits an der ersten von *Hamann* gezogenen Parallele, nämlich der, dass es sich bei dem Negativ um die „Vorstufe des werdenden Vollrechts“ handle.<sup>609</sup> Weder das „Vororiginal“ noch das „Original“ sind ein *Recht*. Es handelt sich um Sachen, an deren tatsächliche Eigenschaften das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen knüpft, jedoch keineswegs um Rechte. Schon insofern erscheint es fraglich, ob man die in der Rechtssphäre durchaus handhabbaren Fiktionen z. B. eines „wesensgleichen Minus“<sup>610</sup> überhaupt auf tatsächliche Fragen übertragen kann. Letztlich liegt *Hamanns* Argumentation mit den Überlegungen zum Anwartschaftsrecht ein Kontextfehler zugrunde. Die von ihm angedachte Übertragung von Überlegungen, die für das Anwartschaftsrecht anerkannt sind, auf die Frage des urheberrechtlichen Originals verlässt die rein rechtliche Sphäre und ist daher in keiner Weise zwingend. Ein *Gegenstand* ist schlicht nicht die Vorstufe zu einem *Recht*.

Auch *Hamanns* zweite Argumentationslinie, die einmal „an einem Negativ begründeten urheberschaftlichen Verhältnisse“ könnten nicht mehr bei der späteren Herstellung des Abzugs erlöschen, sondern würden sich „akzessorisch“ am Positiv fortsetzen,<sup>611</sup> ist kein Argument für die von *Hamann* angestrebte Analogie. Es fragt sich schon, welche „urheberschaftlichen Verhältnisse“ am Negativ *Hamann* meint. Auch hier wird der oben angesprochene Kontextfehler sichtbar. Zunächst bestehen nämlich urheberrechtliche Verbindungen in erster Linie zum immateriellen *Werk*,<sup>612</sup> welches ohnehin grundsätzlich von jeder konkreten Verkörperung in *Werkstücken* unabhängig ist und beispielsweise auch bei einer Vernichtung sämtlicher Negative und Abzüge bestehen bleiben würde.<sup>613</sup> Insofern ist auch nicht klar, welche „Verhältnisse“ am Negativ (welches eben nicht das Werk an sich, sondern höchstens ein *Werkstück* ist) sich dann „akzessorisch“ am Positiv fortsetzen sollen. Selbstverständlich materialisiert sich in beiden physischen Mitteln (Negativ und Positiv) auf *irgendeine* Weise das immaterielle Werk. Dies führt jedoch keineswegs dazu, dass das Negativ zu einer Art „urheberrechtlichen Vorstufe“ für das Positiv wird. Noch we-

608 *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (50 f.).

609 *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (50).

610 Als das teilweise das Anwartschaftsrecht am Eigentum auch bezeichnet wird. Vgl. z. B. BGHZ 28, 16 (21).

611 *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (51).

612 Vgl. *Joos*, Erschöpfungslehre, 52.

613 Vgl. *Fackler*, Begriff des Originals, 37 ff.

niger lässt sich hieraus der Schluss ziehen, dass deshalb die urheberrechtlichen Regeln zum Original auf Negativ wie Positiv gleichermaßen anzuwenden seien.

Als letztes Argument führt *Hamann* an, dass der Schöpfer einer Druckplatte bzw. eines Negatives den Vollstreckungsschutz für unveröffentlichte Werke aus § 114 UrhG genießen müsse.<sup>614</sup> Dagegen spricht jedoch, dass dieser Vollstreckungsschutz bei einem „Vororiginal“ gerade nicht notwendig ist. Der Künstler soll durch § 114 UrhG vor einer zwangsweisen Veröffentlichung eines bislang unveröffentlichten Werks geschützt werden.<sup>615</sup> Die Veröffentlichung des in der Druckplatte fixierten Werks würde jedoch zunächst dessen Druck bzw. Abzug voraussetzen. Dieser wäre (vorgenommen durch einen Dritten) eine Vervielfältigungshandlung, die nach § 16 UrhG zunächst ausschließlich dem Urheber vorbehalten ist. Das bedeutet, wer eine Druckplatte oder ein Negativ pfändet, ohne auch das Vervielfältigungsrecht inne zu haben, pfändet in erster Linie ein graviertes Stück Metall bzw. ein Stück Kunststoff, also wertmäßig ausschließlich den Materialwert. Mithilfe dieser Druckplatte bzw. des Negativs einen Abzug anzufertigen, wäre eine Urheberrechtsverletzung, die dem Gläubiger ohne eine entsprechende Rechteeinräumung nicht gestattet ist.<sup>616</sup> Eben deswegen gibt es § 119 UrhG, der explizit Platten und Negative als Gegenstände seines Anwendungsbereichs nennt und diese herstellungstechnischen Zwischenstufen einem besonderen Pfändungsschutz unterstellt, um solch wirtschaftlich sinnlose Pfändungen zu verhindern.<sup>617</sup> Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 114 UrhG auf die sogenannten „Vororiginale“ ist somit gar nicht notwendig, weil diese schon umfassend vom weiten Anwendungsbereich<sup>618</sup> des § 119 UrhG geschützt werden.<sup>619</sup>

614 *Hamann*, Originalbegriff, 153; *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (51).

615 Begründung des Regierungsentwurfs zum UrhG, BT-Drucks. IV/270, S. 27-116 abgedruckt in UFITA Bd. 45 (1965), 240 (329); *Bullinger*, KUR 2006, 106 (108).

616 Vgl. *Wild*, in: Schricker/Loewenheim, § 119 Rn. 2.

617 *Wild*, in: Schricker/Loewenheim, § 114 Rn. 4; so aber auch *Hamann*, Originalbegriff, 153.

618 *Wild*, in: Schricker/Loewenheim, § 119 Rn. 4. Mit wenig überzeugenden Argumenten gegen den Gesetzeswortlaut möchte *Schlütter*, Original, 209 die Druckstöcke schon als „Originale“ über §§ 114, 116 UrhG schützen.

619 Im Übrigen stellt sich für den Anwendungsbereich des § 114 Abs. 2 Nr. 3 UrhG die Frage, ob dieser überhaupt Lichtbildwerke umfasst, da er eigentlich auf Werke der „bildenden Kunst“ beschränkt ist, und es unklar ist, ob damit nur die in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG genannten Werke gemeint sind oder auch die Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) umfasst sind. Inzwischen sprechen die Entwicklung auf dem Fotomarkt sowie der Gesetzeszweck des § 114 UrhG dafür, auch die Lichtbildwerke als von § 114 Abs. 2 Nr. 3 UrhG erfasst anzusehen. Vgl. ebenso *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 114 Rn. 16; anders wohl *Wild*, in: Schricker/Loewenheim, § 114 Rn. 7.

Eine *rezeptionsfähige Erstfixierung* als Voraussetzung für das fotografische Original kann also mangels der Möglichkeit der Rezeption des Werks in der vom Künstler intendierten Formgebung weder im Negativ noch in der Datei, sondern lediglich in einem ausgeführten, verkehrsfähigen<sup>620</sup> Abzug (bzw. in den ausgeführten Abzügen) gesehen werden.<sup>621</sup>

Das Kriterium der *Erstfixierung* setzt zudem voraus, dass es sich bei der körperlichen Manifestation um einen Vorgang handelt, der so vorher noch nicht durchgeführt wurde. *Hamann* weist insofern zutreffend darauf hin, dass *Erstmaligkeit* nicht mit *Einmaligkeit* verwechselt werden darf.<sup>622</sup> Die *Erstmaligkeit* ist eine Frage der Priorität.<sup>623</sup> Einer zeitlichen Erstmaligkeit steht die bei multiplen Werken fehlende Einmaligkeit nicht entgegen. Während jedoch *Hamann* davon ausgeht, dass jedes nach derselben Druckform bzw. nach demselben Negativ hergestellte Werkstück gleichermaßen *erstmalig* ist und damit ein Original sein kann,<sup>624</sup> soll im Rahmen des hier vorgeschlagenen Originalbegriffs eine zusätzliche Einschränkung über das Kriterium der Limitierung erfolgen.<sup>625</sup>

Nach dem hiesigen Verständnis kommen als rezipierbare Erstverkörperungen in der Fotografie daher nur die Abzüge, nicht jedoch die Negative oder Dateien in Betracht. Hieraus folgt jedoch noch nicht notwendig, dass *sämtliche* Abzüge, die von demselben Negativ bzw. derselben Datei hergestellt werden, ein Original sind.<sup>626</sup> Vielmehr müssen noch weitere Kriterien erfüllt sein, zu denen im Folgenden Stellung bezogen wird.

## b) Autorisation durch den Künstler/Urheber

Statt dem früher verwendeten und vor allem mit anderen Techniken der seriellen Kunst in Zusammenhang stehenden Begriff der „Eigenhändigkeit“<sup>627</sup> sollte in der zeitgenössischen Fotografie der Begriff der „Autorisation“<sup>628</sup> zur Umschreibung der Nähebeziehung zwischen Künstler (Urheber) und

620 Vgl. *Katzenberger*, Folgerecht, 92 am Beispiel der Druckgrafik.

621 Bei der Auseinandersetzung mit der Argumentation *Hamanns* zum gegenteiligen Schluss kommt *Schlütter*, Original, 208 f., 250, 278 ff.

622 *Hamann*, Originalbegriff, 157.

623 *Hamann*, Originalbegriff, 157 f.; ebenso *Schlütter*, Original, 199.

624 *Hamann*, Originalbegriff, 157 f.; *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (52 ff.).

625 Dazu sogleich unten unter C.II.9.d), S. 150.

626 So aber *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (52 ff.).

627 Vgl. hierzu die Diskussionen des Begriffs bei *Hamann*, Originalbegriff, 95 ff.; *van Waasen*, Urheberrecht und Eigentum, 9 f. sowie *Behrens/de Lazzar*, Kunstmarkt, 246 ff.

628 Vgl. *Bullinger*, KUR 2006, 106 (109, 111); auch *Walter*, in: *Walter*, Folgerechts-RL Art. 2

Originalwerkstück verwendet werden. Letztlich ist ein wesentlicher Teil dessen, was das Original ausmacht und was seine besondere ideelle wie finanzielle Wertschätzung begründet, dass ihm die „Aura“ der „meisterlichen Hand“ anhaftet.<sup>629</sup> Das Original ist *authentisch*<sup>630</sup>. Diese Eigenschaft sticht z. B. bei einem Ölgemälde evident hervor, wenn es dort Fachleuten möglich zu sein scheint, anhand einer stilkritischen Analyse teilweise aus dem Pinselstrich (Duktus) Rückschlüsse auf die Urheberschaft zu ziehen. Bei einem technischen Verfahren wie der Fotografie kann man solche Rückschlüsse nicht ziehen. In den meisten Fällen wird es möglich sein, eine Fotografie derart neu aufzunehmen, dass zur ursprünglichen Aufnahme kein Unterschied zu erkennen ist.<sup>631</sup> Auch Abzügen von einem Negativ bzw. einer Datei wird man in der Regel nicht ohne Weiteres ansehen können, wer sie angefertigt hat, woraus teilweise der Schluss gezogen wurde, dass sogar nach dem Tode des Künstlers hergestellte Abzüge noch als Originale dieses Künstlers angesehen werden können.<sup>632</sup> *Walter Benjamin* ging sogar so weit, zu schreiben, dass „die Frage nach dem echten Abzug [...] keinen Sinn [hat].“<sup>633</sup> Die Frage der „Authentizität“ und der mit ihr verbundenen „Aura“ muss daher für die Fotografie anders beantwortet werden als z. B. für die Malerei.<sup>634</sup>

Richtig verstanden bedeutet „Authentizität“ in der Fotokunst zum einen die Gewissheit, dass der Künstler den Abzug geprüft und für gut befunden hat.<sup>635</sup> Das Ergebnis des technischen Prozesses wurde von ihm für mit seinen künstlerischen Vorstellungen kongruent erklärt, d. h. autorisiert. Gerade bei einem technischen Prozess wie der Fotografie, bei der zudem einzelne Arbeitsschritte Dritten überlassen werden, können Fehler wie Farbabweichungen oder Beschneidungen auftreten, die der künstlerischen Intention

---

Rn. 5; weiterhin *Wild*, in: Schricker/Loewenheim, § 114 Rn. 2 und *Gräfin von Brühl*, in: FS Siehr, 308 f.

629 Man kann auch von einem „Fetischwert“ des Originals sprechen, *Reicher*, in: Original und Fälschung, 63. Vgl. außerdem auch *Dennis/Dennis*, *Collecting Photographs*, 102 ff., 178.

630 Vgl. zu dem Begriff *Knaller*, Wort aus der Fremde, 10 ff.

631 Vgl. insoweit bei *Ullrich*, in: Original und Fälschung, 93 ff. die Tatsache, dass es offenbar eine ganze Bewegung gibt, die es sich zum Hobby gemacht hat, Fotografien ihrer Lieblingsfotografen (wie z. B. Andreas Gursky) möglichst authentisch nachzustellen, was teilweise in beeindruckender Form gelingt.

632 Hamann, UFITA 90/1981, 45 (55).

633 Benjamin, *Kunstwerk*, 20.

634 „Gesetzesnormen, die sich diesen Entwicklungen verschließen, verlieren an Sinngehalt“; Jayme, Wiener Vorträge, 230.

635 In diesem Sinne *Badger*, *Collecting*, 64 ff., 67; wohl auch *Bullinger*, KUR 2006, 106 (109 f.); *Maaßen*, PROFIFOTO 5/2007, 69; vgl. auch *Knaller*, Wort aus der Fremde, 120, 124.

zuwiderlaufen.<sup>636</sup> Für den seriösen Fotokünstler ist eine persönliche Begleitung und Überprüfung des Herstellungsprozesses und seines Endergebnisses daher eine Selbstverständlichkeit.<sup>637</sup>

Die Autorisation umfasst zum anderen aber auch die vom Künstler vorgenommene, subjektive Bestimmung eines oder mehrerer Werkexemplare als Original, d. h. als für den Kunstmarkt geschaffenes und mit einer besonderen Exklusivität versehenes Objekt.<sup>638</sup> Sie ist damit auch Ausdruck seines Vermarktungskonzepts<sup>639</sup> und als solche wertbildender Faktor auf dem Fotomarkt.

Die Autorisation des Künstlers wird zweckmäßigerweise durch das Anbringen seiner Signatur auf dem Werkstück oder durch ein vom Künstler unterschriebenes und dem Werkstück beigefügtes „Echtheitszertifikat“ bzw. „Certificate of Authenticity“ dokumentiert.<sup>640</sup> Die Signatur der Abzüge bzw. die Ausstellung eines Zertifikats kann für den Bereich der zeitgenössischen Fotografie inzwischen als Marktstandard bezeichnet werden.<sup>641</sup>

Aus den hier vorgeschlagenen Anforderungen an die Autorisation des Werks folgt notwendig, dass eine Autorisation nach dem Ableben des Künstlers ausgeschlossen ist. Es kann somit nach der hier vertretenen Auffassung keine postumen Originale geben.<sup>642</sup>

Eventuell ist eine Autorisation durch den Künstler sogar schon früher ausgeschlossen, nämlich z. B. dann, wenn der Künstler stark erkrankt (Demenz, Bewusstlosigkeit) und bei objektiver Betrachtung schlicht nicht mehr in der Lage ist, sich über die Güte seiner eigenen Werkstücke ein Urteil zu bilden.<sup>643</sup>

636 Für ein anschauliches Beispiel dieses Vorganges ist eine Szene in Folge 6 der BBC Four-Dokumentation „The Genius of Photography“ zu empfehlen, in der gezeigt wird, wie der US-amerikanische Fotograf Alec Soth im Fotolabor die gerade hergestellten Abzüge überprüft und teilweise sofort wieder vernichten lässt, weil sie seinen künstlerischen Vorstellungen nicht entsprechen. Interessant in diesem Zusammenhang ist auch eine Meldung, in welcher berichtet wird, dass Andreas Gursky sich empört über den Verkauf einer seiner Fotografien aus der Sammlung der Deutschen Telekom AG äußerte, da der Abzug in denkbar schlechtem Zustand sei, weil er „jahrelang im helle[n] Tageslicht in der Kantine der Telekom in Leipzig hing“; Photonews 12/13-1/14, 11.

637 Vgl. auch *Jacobs*, in: FS Samwer, 143, 148.

638 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (111). Zum Beispiel in Abgrenzung zu den oben bei B.I.6.b), S. 71, erwähnten „Exhibition Copies“. Zu diesen weiterhin unten bei C.II.10.e), S. 162.

639 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (111).

640 Vgl. auch *Pierredon-Fawcett*, *Droit de Suite*, 62.

641 Vgl. auch *Heiting*, Photonews Thema 09/2009, 15 sowie oben B.II.3, S. 81.

642 So auch *Bullinger*, KUR 2006, 106 (111); *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 8; anders *Reis*, *Bulletin Kunst & Recht* 1/2011, 48 (51).

643 Die Entscheidung des OLG Düsseldorf, NJW 2014, 3455 (3456) – dazu auch oben Fn. 489 – legt nahe, dass prozessual in derartigen Konstellationen auch schon der „Anschein“ einer Autorisation des Künstlers ausreichend sein kann.

In der Autorisation ist ein Realakt<sup>644</sup> zu sehen, zu dessen Wirksamkeit zwar keine Geschäftsfähigkeit, zumindest aber ein „natürlicher Handlungswille“ vorliegen muss.<sup>645</sup> Für dessen Vorliegen genügt die tatsächliche Erkenntnis- und Willensfähigkeit des Handelnden im Hinblick auf den von ihm durch seine Handlung angestrebten Erfolg.<sup>646</sup> Mehr kann von der Autorisation übrigens auch deshalb nicht verlangt werden, da der für die Entstehung eines urheberrechtlichen Schutzes notwendige Schöpfungsakt (vgl. § 7 UrhG) ebenfalls ein Realakt ist.<sup>647</sup> Würde man an die Autorisation strengere Anforderungen als an die Schöpfung stellen, so könnte man im Einzelfall zu dem absurden Ergebnis gelangen, dass z. B. das Gemälde einer geschäftsunfähigen Person zwar urheberrechtlichen Schutz genießen, jedoch kein urheberrechtliches Original sein könnte.

Selbst wenn ein theoretisch identischer Abzug bzw. Ausdruck von einer ursprünglich vom Künstler „autorisierten“ Urform (Negativ, Datei) hergestellt wird, so kann dies allein nicht für die Schaffung eines Originals ausreichen,<sup>648</sup> da Abweichungen keineswegs vollständig ausgeschlossen sind und zudem auf diese Weise jede gelungene Reproduktion zum Original erklärt werden könnte. Insbesondere bei der Fotografie gilt, dass sich die „Anmutung“<sup>649</sup> der verschiedenen Abzüge trotz gleicher Urform stark unterscheiden kann.

Beweisfragen im Hinblick auf die Autorisation eines konkreten Werks sollten, was die für außenstehende Dritte schwer zu ermittelnden Umstände (zum Beispiel, ob der Künstler das konkrete Werkstück tatsächlich vor Augen gehabt hat) angeht, mithilfe einer Beweiserleichterung bzw. rechtlichen Vermutung der Autorisierung gelöst werden: Das Vorliegen einer dem Künstler zuzuordnenden Signatur auf der Fotografie selbst bzw. ein ihm zuzuordnendes Echtheitszertifikat sollten zunächst einmal die Vermutung der Autorisation in sich tragen.<sup>650</sup> Sodann kann die Originaleigenschaft nur noch

644 Zum Realakt grundlegend z. B. *Knothe* (2012), in: Staudinger, Vorb zu §§ 104–115 Rn. 89 ff.

645 Anderes gilt für das später zu erörternde Limitierungsversprechen. Dieses ist ein Rechtsgeschäft und setzt daher für seine Wirksamkeit die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden voraus. Ausführlich unten D.III.2, S. 215.

646 *Knothe* (2012), in: Staudinger, Vorb zu §§ 104–115 Rn. 89.

647 *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, § 7 Rn. 3 ff.

648 Wohl anders für den Bereich der Gussplastik *Raue*, in: FS Krämer, 656 f., der in der Verwendung des Begriffs des „Originals“ keine juristische, sondern eher eine „Geschmacksfrage“ sehen will. Explizit anders auch *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (52 ff.).

649 In diesem Zusammenhang stammt der Begriff von dem Fotografen Axel Hütte, der ihn auf dem oben in Fn. 286 erwähnten Symposium der DZ Bank verwendete.

650 In diesem Sinne auch *Nordemann-Schiffel*, in: Fromm/Nordemann, § 26 Rn. 11 sowie *Pierredon-Fawcett*, Droit de Suite, 62.

dadurch entfallen, dass sich z. B. herausstellt, dass die Signatur oder das Echtheitszertifikat nicht vom Künstler stammen oder das Zertifikat dem falschen Abzug zugeordnet ist. Es läge dann an demjenigen, der die Originaleigenschaft anzweifelt, die notwendigen Beweise zu erbringen, die bei einer entsprechenden Überzeugungskraft wiederum dazu führen können, dass die Autorisierung und damit die Originaleigenschaft des Werks entfallen.

Der Grundgedanke einer solchen Vermutung findet sich ähnlich bereits im geltenden Recht. § 10 Abs. 1 UrhG statuiert, dass die Urheberkennzeichnung (also z. B. die Signatur) auf einem Werkstück die Vermutung der Werkurheberschaft zugunsten desjenigen beinhaltet, dem die Urheberkennzeichnung zuzuordnen ist. Urheberschaft und Autorisierung sind zwar nicht dasselbe, weil sich die Urheberschaft auf das Werk bezieht, die Autorisierung jedoch auf das konkrete Werkstück. So genügt für die Vermutung der Urheberschaft auch, dass der Urheber z. B. eines literarischen Textes erst in der zweiten Auflage genannt wird. Da es nur ein einziges immaterielles Werk gibt, von dem alle Drucke Vervielfältigungsstücke sind, wirkt auch eine Nennung in der zweiten Auflage auf dasselbe Werk zurück und löst die rechtliche Vermutung des § 10 Abs. 1 UrhG aus.<sup>651</sup> Anders liegt der Fall bei der Autorisation. Die Autorisation des einen Exemplars besagt gerade nicht, dass ein anderes – nicht gekennzeichnetes Werkstück – ebenfalls autorisiert sein soll. Vielmehr liegt hier der gegenteilige Schluss nahe, nämlich dass der Künstler gerade zwischen autorisierten und nicht-autorisierten Werken differenzieren wollte oder dass es sich bei dem nicht unterschriebenen Werkstück um eines handelt, dass z. B. nach dem Tod des Künstlers von dritter Hand hergestellt wurde. Dennoch liegt insgesamt der Vermutung der Urheberschaft eine ähnliche Situation wie derjenigen der Autorisation zugrunde. So ist anzunehmen, dass ein Künstler, welcher ein Werk signiert, um seine Urheberschaft zu dokumentieren, mit dieser Handlung auch kundtun möchte, dass das Werkstück seinen künstlerischen Vorstellungen entspricht (er dieses für „reif“ erachtet) bzw. dass er die Signatur unterlassen würde, wenn er das Werk für misslungen hielte.

Zu „üblichen Weisen“ der Urheberkennzeichnung (wie sie auch von § 10 Abs. 1 UrhG verlangt werden) gehört nach den oben gemachten rechtstatsächlichen Feststellungen im Bereich der Fotokunst<sup>652</sup> insbesondere die Signatur des Künstlers auf der Rückseite des Abzugs (z. B. mit Faserstift). Eine weitere Möglichkeit ist die Nennung und Signatur des Künstlers auf einem beigegefügt oder aufgebrachten Echtheitszertifikat. Für die Vermu-

651 Vgl. A. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 10 Rn. 17.

652 B.II.3, S. 81.

tung der Autorisation ist jedoch – anders als bei der Vermutung der Urheberschaft des § 10 Abs. 1 UrhG – zu verlangen, dass es sich um eine persönliche Kennzeichnungsform handelt, d. h. insbesondere ein eigenhändiges Handzeichen des Künstlers, wodurch z. B. eine „postmortale Autorisation“ durch Dritte ausgeschlossen oder zumindest erschwert werden kann.

Dem zeitgenössischen Fotokünstler ist somit zu empfehlen, seine für den Markt bestimmten und von ihm als Originale geschaffenen Abzüge zu signieren oder mit entsprechenden Zertifikaten auszustatten. Eine solche Praxis kann für den Bereich der zeitgenössischen Fotografie inzwischen als etablierter Marktstandard bezeichnet werden.<sup>653</sup> Gleichsam sollte der Sammler beim Kauf von Fotokunst auf einen solchen „Autorisationsbeweis“ bestehen. Dies erkennt z. B. auch die EU-Folgerechtsrichtlinie an, wenn sie in Bezug auf die Mehrfachoriginale in Art. 2 Abs. 2 feststellt, dass diese „in der Regel“ vom Künstler nummeriert und *signiert* sind.

- c) Keine Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen analogen und digitalen Verfahren

Es gehört zu den allgemeinen Erfahrungssätzen, dass neuartige Techniken zunächst als etwas scheinbar völlig anderes wahrgenommen werden als das bisher Dagewesene. Im Laufe der Zeit, mit der häufig eine Konsolidierung der Erwartungen an die neuen Techniken und eine Gewöhnung im Umgang mit ihnen eintreten, relativiert sich zumeist dieser Ersteindruck. So sind (teilweise nach anfänglicher Unsicherheit) letztlich doch die gleichen mehr oder weniger unveränderten Regeln des BGB zum Zustandekommen eines Kaufvertrags sowohl auf den Kauf an der Theke des Krämers im Jahre 1900 als auch auf den Kauf an der Supermarktkasse des Jahres 1955 wie auch auf den Kauf im Internet im Jahre 2000 anzuwenden. Letztlich gilt das Gleiche für die Anwendung des Urheberrechts auf den Bereich der digitalen Fotografie.

Was die Herstellung von digitalen Fotografien und ihren Werkcharakter angeht, so scheint inzwischen Einigkeit dahin gehend zu bestehen, dass digitale Fotografien entweder Lichtbilder im Sinne des UrhG oder zumindest als solche zu behandeln sind.<sup>654</sup> Nichts anderes gilt für den Begriff des Originals. Das gehandelte Gut ist im Falle eines auf digitalem Wege hergestellten Fotos mit dem eines Analogabzugs dem Grunde nach identisch. Ge-

653 Oben B.II.3, S. 81; anders wohl noch *Heitland*, Fotografie, 91 f.

654 Siehe oben C.II.1.b), S. 108.

handelt wird das Werkstück (regelmäßig ein Papierabzug), dem man häufig auf den ersten Blick nicht einmal ansieht, ob es mithilfe digitaler Techniken oder auf herkömmlichem Weg (oder gar durch eine hybriden Herstellungsprozess) gewonnen wurde. Da der urheberrechtliche Originalbegriff an das Werkstück anknüpft,<sup>655</sup> das Werkstück jedoch in beiden Fällen de facto identisch ist, besteht kein Anlass, für den Originalbegriff zwischen analoger und digitaler Fotografie zu unterscheiden.<sup>656</sup> Darüber hinaus ist auch keine Marktpraxis festzustellen, nach der bei der Wertschätzung von Fotokunst zwischen digital oder analog aufgenommenen Fotografien unterschieden würde.

Die rechtstatsächlichen Umstände, die beispielsweise von *Mosimann* als Argument für einen zweiteiligen Originalbegriff bei digitaler Fotografie angeführt werden (Aushändigung einer „scan data CD“)<sup>657</sup>, sind zu hinterfragen. Die Aushändigung der Fotodatei beim Verkauf der Fotografie stellt wohl noch nicht die allgemein übliche Handelspraxis dar. Jedenfalls ist Fotografen von einer solchen Praxis nachdrücklich abzuraten, da sie auf diese Weise bei vertragswidrigem oder schlicht fahrlässigem Verhalten des Sammlers (Hochladen der Datei ins Internet, Kopieren der Datei etc.) die Kontrolle über ihre Fotografien verlieren und unzulässigen Nachdrucken („Piraterie“) Tür und Tor öffnen.

Eine Unterscheidung zwischen analoger und digitaler Fotografie ist für den Originalbegriff daher im Ergebnis nicht notwendig.<sup>658</sup> Dies ist scharf zu trennen von einer Unterscheidung zwischen Werken der historischen und der zeitgenössischen Fotografie,<sup>659</sup> die auf jeden Fall bei Ermittlung der Originaleigenschaft zu beachten ist.

d) Abzug ist Teil einer limitierten Auflage

Im Unterschied zur Mehrzahl der bislang vertretenen Ansichten ist es spätestens seit der EU-Folgerechtsrichtlinie geboten, die Limitierung der Auflage als konstitutives Merkmal der Originaleigenschaft bei seriellen Werken aufzufassen.<sup>660</sup>

655 Siehe oben C.II.2, S. 116.

656 Anders *Mosimann*, in: *Kunst & Recht*, 20 ff.

657 Vgl. oben C.II.8, S. 133.

658 So auch *Bullinger*, KUR 2006, 106 (111); *Schlütter*, *Original*, 239.

659 Zu diesen Begriffen bereits oben bei B.I, S. 36.

660 So auch *Maaßen*, in: *Wandtke – Medienrecht*, 2. Teil/Kapitel 4/Rn. 123; *Walter*, in: *Walter, Folgerecht-RL Art. 2 Rn. 5*; im Prinzip wohl auch *Schmidt-Werthern*, *Richtlinie*, 114. Vgl.

Eine Auflagenlimitierung für die Originaleigenschaft vorauszusetzen, entspricht im Übrigen auch den (bereits vor Erlass der EU-Folgerechtsrichtlinie üblichen) Gepflogenheiten auf dem nicht unbedeutenden französischen Kunstmarkt.<sup>661</sup> Eine Fotografie darf dort höchstens in einer Auflage von 30 Stück produziert werden, um *steuerrechtlich* noch als Original zu gelten.<sup>662</sup> Der Gesetzgeber im Vereinigten Königreich setzt bei Umsetzung der EU-Folgerechtsrichtlinie in Art. 4 Abs. 2 der „Artist’s Resale Right Regulations 2006“ die Limitierung (wenngleich ohne konkrete Obergrenze) für die Anwendung des Folgerechts auf „copies“<sup>663</sup> ebenfalls voraus.<sup>664</sup>

Auch der Bundesfinanzhof hat sich – jedoch zum zollrechtlichen Originalbegriff – in der Form geäußert, dass „ab einem gewissen Umfang der Gesamtauflage von in einem Reproduktionsverfahren hergestellten Skulpturen sich der Originalcharakter eines Werks verflüchtigt“.<sup>665</sup> Jedoch hat es auch der Bundesfinanzhof vermieden, konkrete Maximalzahlen für die Auflage vorzugeben. Im entschiedenen Fall, bei dem es um Gussplastik ging, sah der Bundesfinanzhof bei einer Auflage von 250 Stück diese Grenze jedenfalls noch nicht als erreicht an.<sup>666</sup> Unmissverständlich ist jedoch die Kernaussage des Bundesfinanzhofes, dass eine Auflage jedenfalls nicht

---

zu den Vorgaben der EU-Folgerechtsrichtlinie ausführlich oben C.II.5. *Schlütter*, Original, 241 f., 404 f. lehnt eine konkrete Auflagenbegrenzung ab und lässt die Tatsache einer potenziell begrenzten Auflage genügen, was jedoch das Kriterium der Auflagenbegrenzung bei ihr im Ergebnis weitgehend irrelevant macht. Gleichzeitig will sie „bei sehr hohen Auflagen“ untersuchen, „ob nicht schon Vervielfältigungsstücke“ vorliegen; *Schlütter*, Original, 203.

661 Vgl. *Ehrler*, Folgerecht, 165; *Pierredon-Fawcett*, Droit de Suite, 63.

662 Vgl. Steueranweisung des französischen Finanzministeriums (instruction fiscale) Nr. 115 vom 02.07.2003 – 3 C-3-03; auch *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 34.

663 Dem Begriff „copy“ entspricht in der deutschen Fassung der EU-Folgerechtsrichtlinie derjenige des „Exemplars“.

664 Art. 4 Abs. 2 der „Artist’s Resale Right Regulations 2006“ lautet: „However, a copy of a work is not to be regarded as a work unless the copy is one of a limited number which have been made by the author or under his authority.“ Offenbar besteht aber noch Klärungsbedarf, was unter einer „limited number“ zu verstehen ist; vgl. *Stokes*, Art Antiquity and Law Vol. XI, 2006, 109 (112).

665 BFH, Urteil v. 08.01.2003, VII R 11/02, Rn. 16 = DStRE 2003, 751 (753); zu diesem Urteil auch *Strittmatter/Lörken*, ZUM 2010, 155 (159 f.). Ähnlich dem BFH allerdings in anderem Zusammenhang auch schon *Schiefler*, UFITA 48/1966 81 (93); *Bueb*, Veröffentlichungsbegriff, 55; *vom Dorp*, Zustimmung des Urhebers, 68.

666 In dem nicht veröffentlichten Beschluss des BFH v. 09.09.2010, VII B 63/10, Rn. 8 f. scheint der BFH ebenfalls in Bezug auf Bronzeplastik diese Grenze bei Hinzuziehung von weiteren Indizien bei 1.000 Exemplaren als überschritten anzusehen.

beliebig groß, sondern begrenzt sein muss. Eine Open Edition<sup>667</sup> beispielsweise würde dieser Anforderung nicht gerecht.

Aus der Tatsache, dass die ursprünglich im Kommissionsentwurf vorgesehene absolute Auflagenbegrenzung auf eine Anzahl von maximal zwölf Exemplaren letztlich nicht umgesetzt wurde, wird teilweise auch geschlossen, dass den nationalen Gesetzgebern die Aufgabe einer zahlenmäßigen Konkretisierung der Auflagenhöhe bei der Umsetzung der Richtlinie zukomme.<sup>668</sup>

Zu Recht hat es jedoch in Deutschland bislang keine Festlegung einer konkreten Obergrenze gegeben. Dies liegt auch daran, dass der von der Kommission ursprünglich eingeschlagene Weg, eine für *alle* Kunstgattungen gültige, allgemeine Obergrenze festzulegen, schlichtweg nicht praktikabel ist.<sup>669</sup> Auch wenn inzwischen bei allen seriellen Medien eine Auflagenlimitierung ein übliches Vorgehen darstellt, so bestehen bezüglich der Auflagenhöhe in der Marktpraxis noch immer große Unterschiede. So sind Auflagen von Werken der Grafik tendenziell höher limitiert (bis zu dreistellig), während Werke der Fotokunst eher niedrig limitiert werden (meistens maximal zweistellig).<sup>670</sup>

Dennoch stellt sich die Frage, ob man bei der Auslegung des Originalbegriffs *gattungsspezifisch* eine Begrenzung der Auflage bis zu einer bestimmten Höhe voraussetzen sollte, wie es *Maaßen* für die Fotografie vorschlägt.<sup>671</sup> Hiergegen spricht jedoch, dass es auch auf dem Markt für Fotografie sehr unterschiedliche Auflagengrößen gibt. Würde man sich an den (teilweise sehr niedrigen) Limitierungen der „Großen der Kunst“ orientieren, wie *Maaßen* vorschlägt (er nennt als Beispiel die Zahl sechs unter Verweis auf Andreas Gursky),<sup>672</sup> so wäre dies eine krasse Benachteiligung der vielen (finanziell) weniger erfolgreichen Fotokünstler. Letzteren ist es nicht möglich, drei Exemplare für einen jeweils sechsstelligen Betrag zu verkaufen. Vielmehr können sie sich glücklich schätzen, wenn es ihnen gelingt, mit einer mittleren zweistelligen Limitierung ihre Werke zu Preisen anbieten zu können, mit denen es ihnen möglich ist, sich eine Existenzgrundlage zu sichern. Diesen Künstlern über eine strenge Limitierung (die sie notgedrungen überschreiten müssten, um sich ihren Lebensunterhalt zu verdienen) im Ergeb-

667 Oben B.II.4.d), S. 89.

668 *Schmidt-Werthern*, Richtlinie, 114.

669 Im Ergebnis so auch *Schlütter*, Original, 201 f.

670 In diesem Sinne auch *Schlütter*, Original, 202.

671 *Maaßen*, PROFIFOTO 5/2007, 69; *Maaßen*, in: Wandtke – Medienrecht, 2. Teil/Kapitel 4/Rn. 122 f., wobei er als Richtschnur auf die Auflagen der „Großen“ der Fotokunst verweist; vgl. auch oben C.II.8, S. 133.

672 *Maaßen*, in: Wandtke – Medienrecht, 2. Teil/Kapitel 4/Rn. 123.

nis die Originaleigenschaft ihrer Werke und somit z. B. auch noch das Folgerecht an ihren Werken zu entreißen, widerspräche den Grundintentionen des Folgerechts wie des Urheberrechts überhaupt.

Grundsätzlich wäre es zwar möglich, eine sehr hohe absolute Zahl (wohl mindestens im dreistelligen Bereich) anzusetzen. Dann würde sich jedoch die Frage stellen, ob eine solche Zahl, die wohl über den Maximalzahlen der meisten Auflagen liegen wird, überhaupt noch einen regulatorischen Zweck haben kann und somit nicht auch wieder entbehrlich ist.

Letztendlich ist eine *konkrete* Auflagenbegrenzung abzulehnen.<sup>673</sup> Entscheidend für die Originaleigenschaft ist lediglich, *dass* es sich um eine begrenzte, also limitierte Auflage handelt. Insofern greift auch die von *Ehrler* geäußerte Kritik an der Auflagenbegrenzung zu kurz. *Ehrler* zählt nämlich nur Argumente gegen eine absolute Begrenzung der Auflage (d. h. einer konkret bezeichneten Höchstzahl wie in Frankreich) auf.<sup>674</sup> So führt er insbesondere an, dass sich die einzelnen Exemplare einer Auflage in ihrer Güte nicht wesentlich unterscheiden<sup>675</sup> (was insbesondere bei der Fotografie richtig ist) und zudem regelmäßig auch gar nicht in der Produktionsreihenfolge nummeriert würden.<sup>676</sup> Letzteres Argument zeigt jedoch schon, dass es bei der Nummerierung von zeitgenössischen Auflagen (im Gegensatz zur frühen Druckgrafik<sup>677</sup>) auch schon lange nicht mehr darum geht, die Entstehungsreihenfolge festzuhalten, sondern lediglich die Zugehörigkeit zu einer (exklusiven) Auflage zu dokumentieren.

*Ehrler* setzt sich jedoch nicht mit der Idee auseinander, die an dieser Stelle vertreten werden soll. Nämlich der, dass eine *Begrenzung* der Auflage auch ohne Vorgabe einer konkreten Höchstzahl eine sinnvolle und im Interesse des Rechtsverkehrs liegende gesetzgeberische Anforderung sein kann.<sup>678</sup> Durch eine gesetzlich vorgeschriebene *Begrenzung* der Auflage ohne Vorgabe einer Höchstzahl wird die „limitierte Auflage“ *als solche* zum entscheidenden Kriterium, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung im Einzelfall. Ruft man sich erneut die im rechtstatsächlichen Teil zur Er-

673 So auch *Schlütter*, Original, 202 f., 230.

674 *Ehrler*, Folgerecht, 169 ff. Ebenso *Schlütter*, Original, 202 f.

675 *Ehrler*, Folgerecht, 169 f.

676 *Ehrler*, Folgerecht, 170 unter Verweis auf *Pierredon-Fawcett*, Droit de Suite, 63.

677 Oben A.III, S. 25.

678 Zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie von *Ehrler* stand allerdings auch noch nicht der endgültige Wortlaut der EU-Folgerechtsrichtlinie zur Verfügung. Ebenso wie *Ehrler*, aber zum endgültigen Wortlaut *Schlütter*, Original, 202 ff. *Schlütter* möchte die Festlegung einer Limitierung letztlich bei der Autorisierung des Kunstwerks durch den Künstler verorten; *Schlütter*, Original, 204. Im Ergebnis hat die Auflage aber bei ihr nur noch eine kaufrechtliche Bedeutung; *Schlütter*, Original, 202 f.

wartungshaltung des Kunstmarkts geäußerten Beobachtungen<sup>679</sup> ins Gedächtnis, so zeigt sich, dass die (urheber-)rechtliche Anerkennung der Auflagenbegrenzung auch eine rechtspolitische Begründung hat. Aufgrund der hohen Bedeutung der Auflagenlimitierung, insbesondere im Bereich der zeitgenössischen Fotokunst, entstehen Verkehrserwartungen, die von der Rechtsordnung als schützenswert anerkannt werden sollten.<sup>680</sup> Zudem ist es von Vorteil, keine *konkrete* Auflagenhöchstzahl zu verlangen, da es dem Künstler bzw. seinen Intermediären vorbehalten bleibt, die Limitierung der Auflage an den erwarteten Markterfolg bzw. ihre wirtschaftlichen Interessen anzupassen. Insofern ist es auch unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten richtig, diese Entscheidung den eigentlichen Marktteilnehmern zu überlassen und keinesfalls staatlich zu oktroyieren. Letztlich muss jeder Künstler in der Entscheidung frei sein, ob er sein „Produkt“ z. B. bei LUMAS einer großen Zahl von Menschen zugänglich machen will oder ob er es bei einer kleinen, „intimen“ Auflage belassen möchte (jeweils auch mit den entsprechenden finanziellen Konsequenzen). Will der Künstler dabei ein urheberrechtliches Original schaffen, so muss er im Zeitpunkt der Produktion der rezipierbaren Erstverkörperung eine Auflage definieren, das heißt festlegen, wie viele Werkstücke maximal produziert werden dürfen.

Ein letztes Argument, welches häufig gegen die Bedeutung einer Auflagenlimitierung für die Originaleigenschaft genannt wird, ist, dass eine Limitierung allein eine „künstliche Rarität“<sup>681</sup> herbeiführe. Alle Abzüge stammten dennoch von derselben Form (Druckstock, Negativ, Datei) und ließen sich in nichts voneinander unterscheiden, was sie alle zu Originalen mache.<sup>682</sup> Dies ist jedoch eine *petitio principii*. Gerade die Limitierung der Auflage bzw. das auf eine bestimmte Quantität von Werkexemplaren bezogene Exklusivitätsversprechen des Künstlers hebt diese Werkstücke schon ganz offensichtlich von anderen Abzügen derselben Form ab. Dass diese Entscheidung des Künstlers vielleicht willkürlich erscheint und die Motive zur Limitierung rein psychologischer Natur<sup>683</sup> sind, ist jedoch keineswegs ein Grund, sie für unbedeutend zu erachten. Vielmehr zeigen die weite Ver-

679 Oben B.I.2.b), S. 53.

680 Anders noch *Ehrler*, Folgerecht, 170 u. a. unter Verweis auf *Walter*, in: Neues Recht, 113. *Walter* widerspricht jedoch nur der niedrigen konkreten Begrenzung des RL-Vorschlags, macht aber die Begrenztheit der Auflage grundsätzlich ebenfalls zum Kriterium des Originalbegriffs; vgl. *Walter*, in: Neues Recht, 100.

681 *Goepfert*, Haftungsprobleme, 69.

682 *Goepfert*, Haftungsprobleme, 69; *Hamann*, Originalbegriff, 192 ff.

683 *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (56).

breitung dieser Praxis und ihre Anerkennung durch die Marktteilnehmer, dass eine limitierte Auflage (jedenfalls für die zeitgenössische Fotografie) viel entscheidender ist als z. B. das Kriterium der „Eigenhändigkeit“.

Im Übrigen kann das Kriterium der Auflagenbegrenzung auch aus dem Zweck des Folgerechts geschlossen werden, welches in besonderem Maße mit dem Originalbegriff verbunden ist.<sup>684</sup> Das Folgerecht dient dazu, dem Künstler bei Weiterverkäufen des von ihm „aus der Hand gegebenen“ Werkexemplars einen Anteil zu sichern. Dieselbe Überlegung trifft auf diejenigen zu, der eine limitierte Auflage verkauft und sich damit der Möglichkeit künftiger Einkünfte aus dem Werk begibt. Derjenige jedoch, der sein Werk nicht als Auflagenwerk definiert, hat noch nichts „aus der Hand gegeben“. Er kann weiterhin Werkexemplare herstellen und verkaufen und sich hierdurch ein Einkommen sichern. Ihm zusätzlich auch ein Folgerecht einzuräumen, würde ihn letztlich doppelt begünstigen.

Statt die Limitierung als Voraussetzung für den Originalbegriff grundsätzlich abzulehnen, ist es erfolgversprechender, ihre Bedeutung anzuerkennen und die Möglichkeiten zu nutzen, die diese Anerkennung im Hinblick auf die Formulierung eines präziseren Originalbegriffs möglich macht. Voraussetzung für ein Original der zeitgenössischen Fotokunst ist daher, dass der fragliche Abzug Teil einer limitierten Auflage ist.

## 10. Konsequenzen für die Originaleigenschaft einzelner Abzüge nach dem hier vorgeschlagenen Originalbegriff

Nach der hier vertretenen Auffassung setzt ein urheberrechtliches Original der zeitgenössischen Fotokunst voraus:

1. Es muss sich um eine *rezipierbare Erstverkörperung* des Werks handeln.
2. Der konkrete Abzug muss vom Künstler *autorisiert* worden sein.
3. Es muss sich um eine *limitierte Auflage* handeln.

Eine Unterscheidung zwischen Werken der analogen und digitalen Fotografie ist im Übrigen grundsätzlich nicht geboten.

Die praktischen Konsequenzen des hier vorgeschlagenen Originalbegriffs sollen im Folgenden exemplarisch dargestellt werden.

---

<sup>684</sup> Vgl. auch *Freudenberg*, in: BeckOK UrhR, § 26 Rn. 22 f.

a) Ausgangssituation: erstmalige Produktion eines Werks in limitierter Auflage

Unproblematisch sind nach dem hier vorgeschlagenen Originalbegriff solche Abzüge urheberrechtliche Originale, die erstmalig vom Künstler selbst oder unter seiner Aufsicht (also mit seiner Autorisation) hergestellt wurden und limitiert worden sind. Allen Abzügen einer solchen Auflage kommt im Hinblick auf die Originaleigenschaft derselbe Stellenwert zu. Dabei ist es auch möglich, eine Auflage sozusagen „auf Vorrat“ zu definieren, selbst wenn sie nicht sofort vollständig produziert wird. Auf diese Weise kann der Künstler die Herstellungsgeschwindigkeit an die Nachfrage anpassen und kapitalintensive Vorleistungen vermeiden. Dabei handelt es sich um eine auf dem Kunstmarkt übliche und bekannte Praxis.<sup>685</sup> Entscheidend ist lediglich, dass dem Käufer des ersten Werkstücks bereits klar ist, mit wie vielen „konkurrierenden“ Werkstücken er maximal zu rechnen hat.

Verzichtet der Künstler auf die Festlegung einer Auflagenlimitierung, so handelt es sich *de facto* um eine Open Edition. Eine Open Edition erfüllt jedoch nicht die Anforderung einer Begrenzung der Auflage.<sup>686</sup> Nach dem hier vertretenen Originalbegriff handelt es sich bei den Abzügen dann auch nicht um (urheberrechtliche) Originale.

b) Folgen einer nachträglichen Auflagenerweiterung

Es stellt sich jedoch die Frage, welche Folgen die nachträgliche Herstellung von Werkexemplaren – insbesondere nach dem Ausverkauf der ursprünglichen Auflage – haben kann.

Letztlich führt eine Neuauflage immer dazu, dass die Begrenztheit der ursprünglichen Auflage in Frage gestellt wird. Durch die Anfertigung von weiteren, über die Zahl der ursprünglichen Auflage hinausgehenden Abzügen wird die bestehende Auflage „verletzt“. Werden die zusätzlichen Werkstücke in einer Ausstattung angeboten, die derjenigen der ursprünglichen Auflage weitestgehend entspricht (also nicht z. B. ein bloßer Abdruck der Fotografie in einem Ausstellungskatalog), so kann man die neuen Exemplare mit Recht als „inflationierende Reprints“<sup>687</sup> bezeichnen. Nur weil beispielsweise die Nummerierung erneut bei „1“ beginnt, kann nicht der Werk-

685 Vgl. z. B. *AIPAD* (Hrsg.), *Collecting Photographs*, 24.

686 Siehe hierzu oben B.II.4.d), S. 89.

687 So *Florian Mercker*, Rechtsanwalt in München, in einem Gespräch mit dem Verfasser.

kontext aufgelöst werden, innerhalb dessen die neue Auflage erscheint. Solange sich die neue Auflage auf dasselbe urheberrechtliche (immaterielle) *Werk* bezieht und mithin keine Bearbeitung oder Neuschöpfung ist, kann einer solchen „kommerziellen Nachauflage“ nicht die gleiche Bedeutung zukommen wie der ursprünglichen. Anderenfalls würde die obligatorische Bedingung der Limitierung für die Originaleigenschaft eine reine Makulatur.<sup>688</sup> Durch „kommerzielle Nachauflagen“ ändert der Künstler einseitig die vorher durch die Limitierungsangabe vereinbarten „Spielregeln“.<sup>689</sup>

Angesichts dieser Betrachtung zeigt sich eine Besonderheit der Auflagenlimitierung, welche sie von anderen Merkmalen, die von Originalen verlangt werden (wie z. B. der Autorisierung), unterscheidet: die Höhe der Auflage kann nachträglich verändert werden. So ist es *technisch* regelmäßig nicht ausgeschlossen,<sup>690</sup> dass der Künstler auch noch nach Abschluss der eigentlichen Auflage und Herstellung aller vorgesehenen Abzüge weitere Exemplare oder sogar weitere Auflagen desselben Werks herausgibt.<sup>691</sup>

Es ist daher zunächst zu prüfen, wie sich eine nachträgliche Erhöhung der Auflage bzw. der Druck einer „Nachauflage“ auf die schon bestehende Auflage im Hinblick auf den urheberrechtlichen Originalbegriff auswirken kann.

- (1) Möglichkeit 1: Eine Nachauflage zerstört insgesamt das „Konstrukt“ der Limitierung

Man könnte der Ansicht sein, dass bei Herstellung einer Nachauflage die schon bestehende Limitierung zerstört wird. Mit Wirkung *ex nunc* oder sogar *ex tunc* könnte die urheberrechtliche Originaleigenschaft aller bisherigen Werkstücke entfallen.

Der Grund für diese „Radikallösung“ wäre darin zu sehen, dass durch die Erweiterung der Auflage das Vertrauen in die *Begrenztheit* der ursprünglichen Auflage grundlegend erschüttert wird. Wie kann noch von einer Begrenzung die Rede sein, wenn offenbar nach Belieben weitere Werkexemplare geschaffen werden? Wer garantiert, dass die zweite Auflage tatsächlich

688 Vgl. insoweit auch unten D.II.2.c)(2), S. 190 sowie D.II.2.c)(3), S. 191.

689 Überdies setzt er sich nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht einer vertraglichen Haftung aus. Ausführlich unten D, S. 175 und E, S. 265.

690 Da (siehe oben unter B.I.6, S. 69) die Negative bzw. Dateien regelmäßig und mit gutem Grund nicht vernichtet werden.

691 Vgl. dazu auch den oben unter B.III.2, S. 92, geschilderten, realen Fall.

die letzte gewesen ist und nicht vielmehr der *Unbegrenztheit* der Auflage Tür und Tor geöffnet wurde?

Würde die urheberrechtliche Originaleigenschaft der Abzüge durch eine nachträgliche Verletzung der Auflage zerstört, so müsste auch der Folgerechtsanspruch (§ 26 UrhG) des Künstlers in Bezug auf diese Werke entfallen, da es sich nicht mehr um Originale im Sinne des § 26 Abs. 1 UrhG bzw. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der EU-Folgerechtsrichtlinie handeln würde. Diese Einbuße nicht nur einer rechtlichen, sondern auch einer vermögenswerten Position könnte einen wesentlichen Anreiz für den Urheber bilden, Limitierungen gerade nicht zu verletzen. Die vorgestellte „Radikallösung“ könnte sich daher mittelbar positiv auf die tatsächliche Verbindlichkeit, d. h. Achtung von Auflagenlimitierungen auswirken.

Gegen eine solche „Radikallösung“ sprechen jedoch die schutzwürdigen Interessen der Eigentümer von Werkexemplaren aus der ursprünglichen Edition. Würde man ihnen im Nachhinein die urheberrechtliche Originaleigenschaft ihrer Werke nehmen, so wären sie durch das unseriöse Verhalten des Künstlers (dem sie zuvor vertraut hatten) doppelt geschädigt: Sie müssten die sehr wahrscheinlich wertverringende Wirkung der neuen Abzüge auf ihre eigenen Abzüge hinnehmen und hätten zudem keine urheberrechtlichen Originale mehr.

Es ist anzunehmen, dass diejenigen, die das Merkmal der Limitierung nicht als konstitutiv für den Originalbegriff erachten wollen,<sup>692</sup> ihn gerade aufgrund der hier angedachten, nachträglichen Veränderbarkeit und damit latenten Unsicherheit ablehnen.<sup>693</sup> Die eigentlich als definitiv und unwandelbar verstandene Eigenschaft, ein Original zu sein, könnte durch eine Erweiterung der Auflage nachträglich wegfallen. Hierdurch käme es außerdem zur „Enttarnung“ des Originalbegriffs als „Konstrukt“<sup>694</sup>. Aus gutem Grund ließe sich daher aus der oben angedachten „Radikallösung“ auch der Schluss ziehen, dass die Begrenzung der Auflage kein notwendiges Kriterium zur Definition des Originalbegriffs sein dürfe, da die Limitierung aufgehoben werden könne und somit nicht geeignet sei, dauerhaft und somit rechtssicher das Original auszuzeichnen. Diese berechtigte Kritik spricht jedoch nur gegen die Annahme, dass die Originaleigenschaft durch eine Verletzung der Auflagenlimitierung *nachträglich* zerstört werden kann. Sie spricht nicht grundsätzlich gegen die Auflagenlimitierung als Voraussetzung für die urheberrechtliche Originaleigenschaft.

692 Wie z. B. Ehrler, Folgerecht, 169 f.; Hamann, UFITA 90/1981, 45 (56 f.).

693 Auch wenn dies – soweit ersichtlich – bislang von keinem der Autoren direkt ausgesprochen wurde.

694 Mercker, in: Original und Fälschung, 70; Mercker, in: Was kostet Kunst?, 34.

- (2) Möglichkeit 2: lediglich Werkstücke der Nachauflage sind keine urheberrechtlichen Originale mehr

Die bessere und richtige Lösung besteht darin, aufgrund des oben formulierten Originalbegriffs Folgeauflagen, die über die erste Auflage hinausgehen, schlicht nicht als „Originale“ im Sinne des Urheberrechts anzuerkennen, da es sich bei ihnen nicht mehr um eine Erstverkörperung handelt. Ihnen fehlt die Eigenschaft, eine Erstverkörperung zu sein, da ja schon eine abgeschlossene Auflage mit rezipierbaren Erstverkörperungen vorliegt. Mit Abschluss der ersten Auflage ist somit die Möglichkeit des Urhebers, urheberrechtliche Originale des konkreten Werks herzustellen, erschöpft. Diese Form der Erschöpfung passt insofern zu urheberrechtlichen Grundgedanken, als im UrhG auch in anderem Zusammenhang eine besondere Befugnis des Urhebers (insbesondere das Verbreitungsrecht nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 17 UrhG<sup>695</sup>) einmalig bzw. begrenzt sein kann und nach ihrer Nutzung dem „Erschöpfungsgrundsatz“ zum Opfer fällt.<sup>696</sup>

Demnach sind Abzüge, die nach Abschluss der ersten, begrenzten Auflage hergestellt werden, lediglich „Werkstücke ohne Originalcharakter“<sup>697</sup> und keine urheberrechtlichen Originale mehr.<sup>698</sup>

Würde der Künstler diese Werkstücke wie Originale signiert und nummeriert anbieten, so kann man an die Strafandrohung des § 107 Abs. 1 Nr. 2 UrhG denken, dessen Tatbestand durch eine solche Handlung wohl auch durch den Urheber selbst zu erfüllen wäre.<sup>699</sup> Aufgrund seiner Beschränkung auf Werke der „bildenden Kunst“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG scheidet eine Anwendung des § 107 UrhG auf Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) jedoch an der strafrechtlichen Wortlautgrenze.<sup>700</sup> Gleichsam wie im

695 Vgl. hierzu Joos, Erschöpfungslehre, 37 ff.

696 Vgl. beispielhaft Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 456 ff. zum Erschöpfungsgrundsatz beim Verbreitungsrecht des § 15 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 17 UrhG sowie generell zur „Erschöpfungslehre“ Joos, Erschöpfungslehre, 23 ff.; Dustmann, in: Fromm/Nordemann, § 17 Rn. 24 ff.

697 Diese Terminologie stammt von Bullinger, KUR 2006, 106 (111).

698 Unschärf bei Schlütter, Original, 203 ff., die als „Zweitauflagen“ wohl sowohl das „Fertigdrucken“ einer bereits teilweise hergestellten Auflage, als auch die Herstellung einer weiteren Auflage nach Abschluss der ursprünglichen Auflage zu verstehen scheint.

699 Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, § 107 Rn. 1; anders Hildebrandt, Strafvorschriften, 195, der argumentiert, im UrhG müsse der Urheber keine gegen ihn gerichteten Strafvorschriften erwarten.

700 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 107 Rn. 2; Haß, in: Schrickler/Loewenheim, § 107 Rn. 3; anders wohl Hildebrandt, Strafvorschriften, 180. Im Übrigen wird die Vorschrift von Hildebrandt für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar gehalten, weil die Beschränkung der Strafandrohung auf Werke der „bildenden Kunst“ eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung sei,

Bereich des Folgerechts wäre es auch hier dem fortschreitenden Siegeszug der Fotografie in der Kunstwelt geschuldet, die Norm nicht mehr lediglich auf die „bildenden Künste“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG zu begrenzen, sondern auch auf die Lichtbildwerke zu erweitern. Anders als beim Folgerecht des § 26 UrhG, bei dem man sich temporär mit einer Analogiebildung behelfen konnte,<sup>701</sup> muss aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbotes (§ 1 StGB)<sup>702</sup> bei § 107 UrhG der Gesetzgeber tätig werden.<sup>703</sup> Eine solche gesetzgeberische Initiative sähe sich Forderungen der Literatur entgegengesetzt, § 107 UrhG solle abgeschafft werden, da er keinen nennenswerten praktischen Anwendungsbereich habe.<sup>704</sup> Zu beachten ist jedoch, dass gerade der Fall der Herstellung von unredlichen Auflagenwerken durch den Urheber selbst (sei es in Druckgrafik<sup>705</sup> oder Fotografie) ein Anwendungsbereich des § 107 Abs. 1 Nr. 2 UrhG sein könnte, welcher als Vorteil gegenüber dem § 263 StGB weder Täuschungs- noch Bereicherungsabsicht verlangt,<sup>706</sup> wengleich diese Tatsache von vielen Autoren marginalisiert wird.<sup>707</sup>

Ebenfalls keine urheberrechtlichen Originale sind nachträglich hergestellte Portfolios und andere „Neuausgaben“, solange es sich um das *dasselbe urheberrechtliche Werk* handelt. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn eine Sammlung von Motiven eines bestimmten Fotografen als günstigerer Druck in einer hohen Auflage nachträglich noch einmal hergestellt würde. Als Kontrollüberlegung mag dienen, dass auch niemand daran zweifelt, dass es sich bei den Abbildungen in einem Ausstellungskatalog nicht um Originale des Künstlers handelt. Wird das Portfolio in *hochwertigerer* Ausstattung

---

*Hildebrandt*, Strafvorschriften, 202. Dieses Argument verfängt jedenfalls solange, wie die Norm nicht auch die (ebenfalls urheberrechtliche Originale hervorbringende) Fotografie ausdrücklich erfasst.

701 Vgl. für die damalige Ansicht *Heitland*, Fotografie, 90 f.

702 Zum Analogieverbot umfassend *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 1 Rn. 70 ff.

703 Anders wohl nur *Hildebrandt*, Strafvorschriften, 178 ff., der zur Ausfüllung des Begriffes „bildende Kunst“ nicht notwendig auf § 2 Abs. 1 UrhG zurückgreifen möchte, die Norm jedoch sowie für verfassungswidrig hält; *Hildebrandt*, Strafvorschriften, 179.

704 So schon *Sieg*, Urheberbezeichnung, 194; weiterhin *Hildebrandt*, Strafvorschriften, 526 f. m. w. N.; *Hildebrandt*, in: Wandtke/Bullinger, § 107 Rn. 1.

705 Man denke nur an den Skandal im Rahmen von Dalí-Grafik; vgl. *Merryman/Elsen/Urice*, Law, Ethics and the Visual Arts, 1039 ff., wobei die Motive bei diesen teilweise nicht einmal von Dalí stammten.

706 *Locher*, Recht des bildenden Künstlers, 196; *Katzenberger*, GRUR 1982, 715 (719); *Löffler*, NJW 1993, 1421 (1429); auch *Haß*, in: Schricker/Loewenheim, § 107 Rn. 9.

707 In diesem Sinne auch *Locher*, Recht des bildenden Künstlers, 196, der davon spricht, dass die „praktische Bedeutung [der Norm] für die Bekämpfung des Kunstschwindsels zu wenig erkannt“ sei. Vgl. als Bestätigung dieser Analyse z. B. *Hildebrandt*, in: Wandtke/Bullinger, § 107 Rn. 1; *Ruttke/Scharringhausen*, in: Fromm/Nordemann, § 107 Rn. 2.

angeboten (wie z. B. als Lithografie) so kann grundsätzlich nichts anderes gelten, es sei denn, die dafür unter Umständen notwendigen Bearbeitungen an den Ausgangsmotiven hätten den Gehalt einer eigenen geistigen Schöpfung, sodass es sich um eine Bearbeitung im Sinne von §§ 3, 23 UrhG handeln würde. Würde ein Fotokünstler z. B. eine eigene Fotografie durch Ölmalerei neu umsetzen, so müsste man in diesem Gemälde wohl mindestens eine Bearbeitung (§ 3 UrhG), wenn nicht sogar ein neues urheberrechtliches Werk sehen. Von diesem neuen Werk bzw. von der Bearbeitung<sup>708</sup> wäre das Ölgemälde das (in diesem Fall unikale) Original, welches jedoch losgelöst von dem Original des ursprünglichen Werks ist, das als Vorlage diente.

c) „Auflagenerweiterungen“ bei formatbezogenen Limitierungen

Wie ist die Situation zu lösen, in der vom Künstler mehrere Teilauflagen in verschiedenen Formaten (formatbezogene Limitierung<sup>709</sup>) angeboten werden? Auch hier hat grundsätzlich das Gleiche zu gelten. Wer von einem Werk, das bereits in einer abgeschlossenen Auflage vorliegt, weitere Abzüge anfertigt, kann dies nicht machen, ohne dass das Merkmal der Begrenztheit der Auflage hierdurch berührt würde. Solange sich die Nachauflage daher auf dasselbe urheberrechtliche Werk bezieht, kann sie – auch wenn sie in einem anderen Format erscheint – kein urheberrechtliches Original mehr sein.

Etwas nur scheinbar anderes gilt jedoch in dem Fall, in dem ein Urheber von Anfang an<sup>710</sup> zwei Teilauflagen herstellt. Ein typisches Beispiel ist die gleichzeitige, erstmalige Herstellung bzw. Veröffentlichung von zwei Teilaufgaben in unterschiedlichen Formaten. Hier handelt es sich bei beiden Auflagen um eine rezipierbare Erstverkörperung. Eine „juristische Sekunde“ zwischen den Auflagen gibt es nicht und muss es auch nicht geben. Entscheidend ist, dass auch die Käufererwartung den Tatbestand der Doppelaufgabe materiell wie ideell „einpreisen“ kann. Da es für den Originalcharakter keinen Unterschied macht, ob ein Werk in einer Auflage von zehn oder zwanzig Exemplaren hergestellt wird (solange es nur limitiert ist), ist es auch un-

708 Auch eine Bearbeitung (§ 3 UrhG) kann ihr eigenes Original haben, vgl. Spautz, in: Möhring/Nicolini, § 26 Rn. 7; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 26 Rn. 13.

709 Oben B.II.4.b), S. 86.

710 In dieser Unterscheidung muss wohl auch der wesentliche Unterschied zu der von Schlütter, Original, 203 ff., 240 ff. vertretenen Ansicht gesehen werden. Während Schlütter denselben technischen Ursprung der Neuauflage betont und deshalb ihr den Originalcharakter nicht absprechen kann, soll hier der entscheidende Schwerpunkt auf die willentliche Festlegung der Auflage durch den Künstler bei der erstmaligen Fixierung des Werkes gelegt werden.

erheblich, ob von zwanzig Exemplaren drei in einem Großformat und sieben in einem Kleinformat angeboten werden. Entscheidend ist, dass im Moment der Erstverkörperung die Gesamtzahl aller (Teil-)Auflagen, d. h. die Gesamtauflage auf eine absolute Zahl begrenzt ist. Nach Ausschöpfung dieser Zahl erlischt die Möglichkeit, Originale dieses konkreten Werks zu schaffen.

d) Ersatzabzüge für beschädigte Originalabzüge

Auch als Ersatz für beschädigte Abzüge geschaffene Nachabzüge sind urheberrechtliche Originale, solange die oben<sup>711</sup> formulierten Voraussetzungen für Originale eingehalten sind. Eine zusätzliche Voraussetzung ist, dass der alte Abzug restlos zerstört wird.<sup>712</sup> Hierdurch wird ein Platz innerhalb der limitierten Auflage frei (die Situation ist derjenigen vergleichbar, wo eine bereits festgelegte Auflage noch nicht vollständig produziert und somit unausgeschöpft ist).<sup>713</sup> Der neue Abzug muss die Nummerierung des alten Abzugs übernehmen.<sup>714</sup> Ein Hinweis darauf, dass es sich um einen Neuabzug handelt, ist aus konservatorischen Interessen sinnvoll,<sup>715</sup> sollte jedoch nicht als zwingend erachtet werden.

e) „Artist’s Prints“ und „Exhibition Prints“

Grundsätzlich möglich ist auch die Herstellung von Artist’s Prints und Exhibition Prints. Für die Artist’s Prints<sup>716</sup> gilt, dass sie sich eigentlich nicht

711 C.II.9, S. 138.

712 Den alten Abzug lediglich dem Kunstmarkt zu entziehen, ohne ihn zu vernichten, indem er zum „Exhibition Print“ umgewidmet wird (wie in einem dem Autor bekannten Fall), ist grundsätzlich ebenfalls denkbar. Die zukünftige Marktentwicklung wird zeigen, ob eine derartige Praxis vom Markt akzeptiert wird. In dem erwähnten Fall handelte es sich jedoch um einen speziell gelagerten Einzelfall. Insbesondere ist dort weiterhin vereinbart worden, dass (alter) „Exhibition Print“ und neuer Ersatzabzug nicht getrennt verkauft bzw. weitergegeben werden dürfen.

713 Vgl. oben C.II.10.a), S. 156.

714 Hierzu aus rechtstatsächlicher Sicht oben B.I.6.c), S. 73. Zuletzt *Bauschke*, FAZ v. 22.08.2015, 15.

715 Da der Herstellungszeitpunkt auch Rückschlüsse auf verwendete Materialien oder Chemikalien zulässt, kann die Kenntnis um den genauen Produktionszeitpunkt bei einer späteren Restaurierung (z. B. nach dem Tod des Künstlers) wichtig werden. Diesen Aspekt vernachlässigt *Jacobs*, in: FS Samwer, 149. Vgl. allgemein zur Praxis der Kennzeichnung von Ersatzabzügen auch *Bauschke*, FAZ v. 22.08.2015, 15.

716 Vgl. zu dem Begriff oben B.II.2, S. 79.

wesentlich von den anderen Exemplaren einer Auflage unterscheiden. Auch ihre Zahl muss daher von Anfang festgelegt und eindeutig mitgeteilt werden bzw. ihre Zahl darf zumindest nicht den durch die Marktconventionen gesetzten Rahmen sprengen.<sup>717</sup> Auch die Artist's Prints haben dann den gleichen Originalstatus wie die anderen Abzüge der Edition. Genauso gilt aber, dass nachträglich hergestellte Artist's Prints nicht mehr als urheberrechtliche Originale angesehen werden können, wenn sie über die ursprünglich kommunizierte Auflagenhöhe hinausgehen.

Exhibition Prints<sup>718</sup> sind eine Möglichkeit, Fotografien in Ausstellungen zugänglich zu machen, ohne dass hierfür die dauerhafte Zerstörung des künstlerischen Œuvres hingenommen werden müsste. Die bei Exhibition Prints in Kauf genommene Zerstörung bzw. Beschädigung der Abzüge durch eigentlich „unsachgemäße“ (aber für den Kunstgenuss vorteilhafte) Präsentation, ist ein Grund, warum Exhibition Prints teilweise nach Ende der Ausstellung vernichtet werden. Aufgrund der bei einer Ausstellung erlittenen Qualitätseinbußen sind Exhibition Prints eigentlich keine für den Kunsthandel interessanten Objekte mehr.<sup>719</sup> Der Künstler sollte aber zur Sicherheit auch auf die Anbringung einer Signatur verzichten bzw. sicherstellen, dass die Abzüge als Exhibition Prints eindeutig erkennbar sind. Nach all dem sind die Exhibition Prints niemals Originale im urheberrechtlichen Sinn.<sup>720</sup>

#### f) Schlussfolgerungen für die Kunstmarktpraxis

Eine wichtige Voraussetzung für das weitere Gedeihen des internationalen Markts für Fotokunst ist das transparente und seriöse Verhalten der Marktteilnehmer. Dies kann unter Umständen auch durch eine gesetzgeberische Initiative gefördert werden.<sup>721</sup> Ein „Einpreisen“ der Gesamtauflage durch

717 Hierzu oben bei B.II.2, S. 79.

718 Vgl. zu dem Begriff oben B.I.6.b), S. 71.

719 Vielleicht beruht auf diesem Aspekt die ansonsten wohl nicht ohne Weiteres gültige Aussage *Jacobs*, „Exhibition Prints“ hätten auf dem Kunstmarkt „keinerlei Wert“; *Jacobs*, in: FS Samwer, 149.

720 In diesem Sinne wohl auch *Maßßen*, in: Wandtke – Medienrecht, 2. Teil/Kapitel 4/Rn. 123.

721 In den USA haben verschiedene Staaten Gesetze erlassen, die für die notwendige Transparenz beim Verkauf von Auflagenwerken sorgen sollen. Regelmäßig werden hier dem Verkäufer Informationspflichten z. B. über die Auflagenhöhe des verkauften Kunstwerks auferlegt, deren Erfüllung er dokumentieren muss, wenn er sich vor Rückabwicklungs- bzw. Schadensersatzansprüchen schützen möchte. Vgl. hierzu *Merryman/Elsen/Urice*,

den Markt ist nämlich nur möglich, wenn die Gesamtauflage durch den Anbietenden, d. h. den Künstler kommuniziert wird. Eine wünschenswerte und seriöse Marktpraxis wäre es daher, wenn auf Auflagenwerken zukünftig die Anzahl der Gesamtauflage (d. h. einschließlich aller Formate und Ausstattungen) genannt würde.<sup>722</sup>

Durch das Erfordernis der Auflagenlimitierung erhält der Originalbegriff im Bereich der seriellen Medien wieder diejenige Verlässlichkeit, die er im Bereich der unikatlen Künste stets hatte. Im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Werks steht für alle Beteiligten fest, wie viele und welche Originale es geben wird, selbst wenn sie erst zeitlich versetzt auf den Markt gelangen. Auch ein „Portfolio“ kann dann ein Original sein, wenn es im Hinblick auf seine Auflage die besagten Anforderungen erfüllt und somit insbesondere sein Umfang, Inhalt und die Limitierung zeitgleich mit dem Herausgeben der ersten Abzüge festgelegt werden.

Jederzeit möglich ist die Produktion eines (z. B. im Offsetverfahren gedruckten) Fotobuchs mit einer Werkschau des Künstlers, da hier eine deutliche qualitative Abgrenzung zu den eigentlichen Werken vorliegt und ein Fotobuch daher schon grundsätzlich weder ein urheberrechtliches Original der Fotografie noch eine echte Konkurrenz zu den Abzügen der Auflage sein kann.

Es zeigt sich an dieser Stelle, dass der vorgeschlagene Originalbegriff nicht nur systematischen Erwägungen des Urheberrechts genügt, sondern auch als Beitrag zu einer verantwortungsvollen und seriösen Auflagepraxis begriffen werden kann. Letztlich ist es sowohl eine künstlerische wie unternehmerische Entscheidung, auf wie viele Exemplare ein Werk der Fotokunst limitiert werden soll. Die Freiheit, diese Entscheidung zu treffen, soll und muss beim Urheber, d. h. beim Künstler verbleiben.<sup>723</sup> Ihm obliegt, ob es sich bei den Verkörperungen seines Werks um ein preiswertes Massenprodukt, ein exklusives Sammlerstück oder etwas in dem weiten Bereich zwischen diesen möglichen Polen handelt. Da diese Entscheidung jedoch eine unbestrittene Auswirkung auf die Wertschätzung hat, die dem Kunstwerk von Sammler- und d. h. eben auch *Käuferseite* entgegengebracht wird, entspricht es der Fairness, wenn die Kaufentscheidung auf Basis eines Informa-

---

Law, Ethics and the Visual Arts, 1040, 1049 ff. sowie *Hobart*, Art & The Law, Vol. 7 No. 3, 1983, 261 ff.

722 Diese Forderung erhebt im Prinzip bereits *Badger*, Collecting, 74 f.; vgl. auch *Finkel*, Fotogeschichte 105/2007, 59 (60).

723 So auch schon *Behrens/de Lazzer*, Kunstmarkt, 239, wenngleich dort ebenfalls noch nicht die Möglichkeit erkannt wird, die Auflagenbegrenzung an sich und nicht eine konkrete, zahlenmäßige Begrenzung zum entscheidenden Kriterium zu erheben.

tionsstandes getroffen wird, der vom Urheber bzw. Rechteinhaber später nicht mehr einseitig zu Ungunsten des ursprünglichen Käufers manipuliert werden kann.<sup>724</sup>

Letztlich wäre zu überlegen, ob ein derartig gefasster Originalbegriff nicht auch für das Steuer- und Zollrecht eine sinnvolle Lösung darstellen könnte,<sup>725</sup> wenngleich das Bedürfnis für einen solchen Begriff nicht mehr in gleichem Maße wie früher besteht.<sup>726</sup>

### III. Exkurs: Das Verhältnis der Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“

Es wurde bereits erwähnt, dass das UrhG den Begriff des „Originals“ häufig in Verbindung mit dem Begriff des „Vervielfältigungsstücks“ verwendet.<sup>727</sup> Hierbei ist in einigen Fällen eine konkrete Zuordnung des Werkstücks zu einer der beiden Kategorien entbehrlich, da sich die jeweilige Regelung auf Originale *und* Vervielfältigungsstücke bezieht (z. B. die §§ 17 Abs. 1, 18, 25 UrhG). In anderen Fällen (z. B. §§ 26, 107 Abs. 1 UrhG) ist die Unterscheidung zwischen Originalen und Vervielfältigungsstücken jedoch entscheidend für den Anwendungsbereich der jeweiligen Norm.

Wie so häufig fällt die Unterscheidung von Original und Vervielfältigungsstück in vielen Fällen leicht bzw. ist offensichtlich: Ein Ölgemälde, welches nicht nach einem anderen Kunstwerk geschaffen wurde, ist ein Original. Seine Abbildung in einem Katalog hingegen ist eine Vervielfältigung.<sup>728</sup> Im Bereich der seriellen Medien wird diese Unterscheidung jedoch zunehmend schwierig. Zwar gibt es auch eindeutige Konstellationen. So ist der Abdruck einer Druckgrafik in einem Ausstellungskatalog (wie in jedem Fall, in dem das ursprüngliche Medium verlassen wird, ohne dass eine Bearbeitung im Sinne des § 3 UrhG vorliegt) jedenfalls kein Ori-

724 Der hierdurch gewonnene Interessenausgleich im Rahmen des urheberrechtlichen Originalbegriffs macht die Definition daher auch geeignet, zur Ausfüllung diesbezüglicher vertraglicher Abreden herangezogen zu werden (beispielsweise im Kaufrecht in Zusammenhang mit dem Sachmangelbegriff im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB); vgl. dazu auch unten E.III.1.a)(5), S. 282.

725 Für einen ähnlichen Begriff des Originals im Steuerrecht (jedoch mit Begrenzung der Limitierung auf 30 Exemplare) werben *Strittmatter/Lörken*, ZUM 2010, 155 (164) unter Verweis auf Anhang IX Teil A der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347, 1.

726 Dazu oben Fn. 386.

727 C.II.3, S. 116.

728 *Bullinger*, Kunstwerkfälschung, 27 f.; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 26 Rn. 8.

ginal, sondern höchstens ein Vervielfältigungsstück. Wo aber hört bei Druckgrafik oder Fotografie, solange das ursprüngliche Medium nicht verlassen wird, das Original auf und beginnt das Vervielfältigungsstück? Gibt es hier überhaupt noch eine sinnvolle Unterscheidung zwischen den Begriffen?

Für die Klärung dieser Frage ist entscheidend, in welchem Verhältnis die Begriffe zueinander stehen, was sich insbesondere aus der gesetzgeberischen Zwecksetzung ergeben muss.<sup>729</sup> Über das Verhältnis der Begriffe zueinander herrscht jedoch in der Rechtswissenschaft Uneinigkeit. Gleichzeitig wirkt sich die zugrunde gelegte Definition des Originals auch auf diejenige des Vervielfältigungsstücks aus. Dies jedenfalls, solange man die Begriffe als Antipoden auffasst. Im Zusammenhang mit dem hier vorgeschlagenen europarechtskonformen Originalbegriff, der als genereller Originalbegriff für die zeitgenössische Fotografie im UrhG vorgeschlagen wird, ist daher ein kurzer Exkurs zum Verhältnis der Begriffe angebracht.

## 1. Diskussionsstand zum Verhältnis der Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“ nach dem UrhG

Mehrheitlich wird offenbar davon ausgegangen, dass das Gesetz zwischen Originalen auf der einen und Vervielfältigungsstücken auf der anderen Seite im Sinne eines Gegensatzpaares unterscheidet.<sup>730</sup> Nach *von Gamm* endet „der Begriff des Originals beim Beginn einer Vervielfältigung nach § 16 UrhG“.<sup>731</sup> Anders formuliert sind Vervielfältigungsstücke nach dieser Ansicht stets nur „Kopien“ von Originalen.<sup>732</sup>

Letztlich scheint auch dieser von vielen Autoren aus dem Gesetz übernommenen Dichotomie von Original und Vervielfältigungsstück die nicht mehr zeitgemäße Ausgangsposition zugrunde zu liegen, wonach es ein einziges Original gibt und alle weiteren Werkverkörperungen notwendig Ver-

<sup>729</sup> So auch *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 6 Rn. 21.

<sup>730</sup> So ausdrücklich *Hamann*, Originalbegriff, 3; *Hamann*, UFITA 90/1981, 45 (48); *Schack*, Urheberrecht, Rn. 34; *Schack*, Kunst und Recht, Rn. 22, 25, 28; *Schneider-Brodthmann*, Folgerecht, 78; vgl. aber auch *Katzenberger*, in: Schricker/Loewenheim, § 26 Rn. 25; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 16 Rn. 1; *Nordemann-Schiffel*, in: Fromm/Nordemann, § 26 Rn. 9. Zuletzt sich dieser Meinung anschließend: *Schlütter*, Original, 41 f.

<sup>731</sup> *von Gamm*, Urheberrechtsgesetz, § 26 Rn. 5.

<sup>732</sup> Jedenfalls dort, wo ein Original existiert. Von z. B. der erstmaligen Darbietung eines Musikstücks existiert kein Original(-werkstück). Dennoch wäre die Niederschrift in Form von Noten eine Vervielfältigung, vgl. *von Gamm*, Urheberrechtsgesetz, § 114 Rn. 4; *Rudolph*, in: BeckOK UrhR, § 114 Rn. 6.

vielfältigungen sind.<sup>733</sup> Diesem Verständnis entsprechen auch noch die älteren und inzwischen kaum noch vertretenen Ansichten, wonach in der Grafik bzw. der Fotografie der Druckstock und das Negativ das Original, sämtliche Abzüge jedoch Vervielfältigungsstücke sein sollen.<sup>734</sup> Erkennt man aber für die seriellen Medien an, dass es durchaus mehrere Originale geben kann,<sup>735</sup> so kann eine strenge Beibehaltung der Dichotomie von Original und Vervielfältigungsstücken zu Problemen führen.

So wirft *Bullinger* die Frage auf, ob der Urheber, der eine exklusive *Vervielfältigungslizenz* z. B. an einen Verlag vergeben hat, weiterhin „Originale“ herstellen darf.<sup>736</sup> Ginge man tatsächlich davon aus, dass das Vervielfältigungsrecht nur Vervielfältigungsstücke und damit ausschließlich „Nicht-Originale“ umfasst, so müsste dem Urheber die Produktion von „Originalen“ weiterhin möglich sein.

*Ahlberg* führt als Beispiel § 6 Abs. 2 S. 1 UrhG an, der das „Erscheinen“ eines Werks davon abhängig macht, dass „Vervielfältigungsstücke des Werks nach ihrer Herstellung in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind“. Es sei – so *Ahlberg* – nicht nachvollziehbar, warum die Reproduktion eines Ölgemäldes, nicht jedoch das Ölgemälde selbst in der Lage sein sollte, das „Erscheinen“ des Werks nach der Legaldefinition in § 6 Abs. 2 S. 1 UrhG auszulösen. Dies sei aber das Ergebnis, wenn man an der strengen Dichotomie von Original und Vervielfältigungsstück festhalten wolle.<sup>737</sup> *Ahlberg* will daher unter den Begriff des Vervielfältigungsstücks (jedenfalls im Rahmen von § 6 Abs. 2 UrhG) nicht nur auch Mehrfachoriginale, sondern selbst unikale Originale fassen.<sup>738</sup>

Die Definition des Vervielfältigungsstücks, wie sie die Gesetzesbegründung vorsieht und wie sie von Rechtsprechung und Literatur auch immer noch wiedergegeben wird, lässt dieses von *Bullinger* und *Ahlberg* favorisierte und von der wohl h. M. abweichende, umfassendere Verständnis des Vervielfältigungsstücks zu. Nach dieser Definition soll eine Vervielfältigung sein: „die Herstellung *jeder* [Hervorhebung durch den Verf.] Art und Zahl von Vervielfältigungsstücken des Werks, d. h. körperlichen Festlegungen [eines Werks], die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf

733 Vgl. oben C.II.3, S. 116.

734 So z. B. für die Grafik von *Gamm*, Urheberrechtsgesetz, § 26 Rn. 5 und für die Fotografie *Platena*, Lichtbild, 248; vgl. auch oben C.II.8, S. 133.

735 So die inzwischen herrschende Meinung; vgl. oben C.II.4, S. 118.

736 *Bullinger*, KUR 2006, 106 (109).

737 *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 6 Rn. 21.

738 *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, § 6 Rn. 21.

irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen“.<sup>739</sup> Diese Definition erfasst bei unbefangener Betrachtung nicht nur Kopien von Originalen, sondern insbesondere bei Mehrfachoriginalen auch die Originale selbst.

Daher wird für das Verhältnis des Vervielfältigungsstücks zum Original entgegen der oben dargestellten, wohl herrschenden Ansicht ebenfalls vertreten, dass auch Originale Vervielfältigungsstücke seien, wenngleich von einer besonderen, sie von anderen Vervielfältigungsstücken abhebenden Qualität.<sup>740</sup> Durch eine solche Auslegung ergeben sich bezüglich der „nur-Vervielfältigungsstücke“ keine Änderungen. Jedoch wird der Anwendungsbereich z. B. von § 16 UrhG auch auf die (Mehrfach-)Originale erweitert.

## 2. Konsequenzen für den Streit nach dem hier vorgeschlagenen Originalbegriff

Es stellt sich die Frage, wie sich der hier vertretene Originalbegriff für den Bereich der zeitgenössischen Fotografie auf den dargestellten Streit auswirkt.

Das Problem, dass sich durch eine strenge Beibehaltung der Dichotomie von Original und Vervielfältigungsstück im Bereich der seriellen Medien ergibt, hängt insbesondere damit zusammen, dass der Originalbegriff nach den meisten herkömmlichen Auffassungen<sup>741</sup> viel zu weit ist und in der Folge fast alle Werkstücke (solange sie in demselben Medium ausgeführt werden) als Originale angesehen werden könnten.<sup>742</sup> Nach den meisten der bisher vertretenen Ansichten gibt es kein „hartes“ Kriterium, durch welches die Mehrfachoriginale begrenzt und somit trennscharf von den Vervielfältigungsstücken unterschieden werden können.<sup>743</sup>

Dies ist jedoch anders, wenn man den in dieser Untersuchung entwickelten Originalbegriff zugrunde legt. Aufgrund des Erfordernisses der limitierten Auflage ist der Bereich der Originale von vorneherein *quantitativ* abgegrenzt. Wenn der Künstler eine neue Fotografie abzieht und die Gesamt-

739 Begründung des Regierungsentwurfs zum UrhG, BT-Drucks. IV/270, S. 27–116 abgedruckt in UFITA Bd. 45 (1965), 240 (262).

740 Ahlberg, in: Möhring/Nicolini, § 6 Rn. 21; van Waasen, Urheberrecht und Eigentum, 8 f.; Bullinger, KUR 2006, 106 (109).

741 Jedenfalls derjenigen, die für die seriellen Medien überhaupt Originale zulassen.

742 So z. B. bei Zugrundelegung der Ansichten von Hamann, UFITA 90/1981, 45 (52 ff.).

743 In diesem Sinne für den Bereich der Druckgrafik Merryman/Elsen/Urice, Law, Ethics and the Visual Arts, 1037.

auflage dabei auf 20 Stück limitiert, steht fest, dass es zwanzig Originale und darüber hinaus „nur“ Vervielfältigungsstücke (d. h. Werkexemplare ohne Originalcharakter) geben wird. Der Bereich der Originale ist in diesem Zeitpunkt bereits unveränderlich festgelegt.

Das von *Bullinger* aufgeworfene Problem löst sich nach der hier vertretenen Definition des Originals wie folgt: Eine exklusive Vervielfältigungslizenz schließt die Produktion von Originalen durch den Urheber tatsächlich nicht aus. Im Übrigen könnte der Verlag selbst niemals Originale produzieren, da diese Möglichkeit nur dem Urheber gegeben ist. Jedoch weiß nach dem hier vertretenen Originalbegriff derjenige, der die exklusive Vervielfältigungslizenz erwirbt, im Zeitpunkt des Erwerbs genau, mit wie vielen Originalen er noch zu rechnen hat, weil die Auflagenhöhe ja bereits festgelegt sein muss. Der Lizenznehmer kann diese Information beim Lizenzwerb einpreisen. Nach Ausschöpfung der Gesamtauflage wären weitere – auch die vom Urheber selbst hergestellten – Werkstücke keine Originale mehr, sondern Vervielfältigungsstücke. Diese dürfte der Urheber bei Vergabe einer *exklusiven* Lizenz dann tatsächlich nicht mehr herstellen. Dieses Ergebnis ist auch unter Berücksichtigung der Interessen des Urhebers fair.

Das von *Ahlberg* zitierte Beispiel hingegen spricht nicht zwingend für die Ausdehnung des Begriffs des Vervielfältigungsstücks. Vielmehr liegt das Problem auch hier in dem offensichtlich unvollständigen, weil nur von unikal Originalen ausgehenden Wortlaut von § 6 Abs. 2 S. 1 UrhG.<sup>744</sup> Geht man jedoch – wie das UrhG – davon aus, dass es immer nur ein einziges Original gibt, so scheidet das Inverkehrbringen einer „genügenden Anzahl“ von Originalen von vornherein aus. Diese heutzutage nicht mehr zeitgemäße Betrachtungsweise des Gesetzes muss bis zu einer Korrektur des Wortlauts<sup>745</sup> im Wege einer entsprechenden Auslegung gelöst werden, nach der auch das Inverkehrbringen von Mehrfachoriginalen in ausreichender Zahl zum Erscheinen eines Werks führen kann.<sup>746</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es unter dem in der vorliegenden Arbeit vertretenen Originalbegriff auch leichter fällt, die vom Gesetz scheinbar vorausgesetzte und von der h. M. wohl immer noch vertretene Dichotomie von Vervielfältigungsstück und Original auch bei den seriellen Medien beizubehalten. Gedanklich könnte man dann die Gesamtauflage auch als „Ge-

744 Vgl. auch oben unter C.II.3, S. 116.

745 *Bueb* schlägt insoweit die Verwendung des Begriffs „Werkstücke“ vor; *Bueb*, Veröffentlichungsbegriff, 156. Der übrigen Wortwahl des UrhG besser entsprechen würde wohl die Formulierung „Originale oder Vervielfältigungsstücke“.

746 *Katzenberger*, in: Schrickler/Loewenheim, § 6 Rn. 33; *Marquardt*, in: Wandtke/Bullinger, § 6 Rn. 26.

samtoriginal“ begreifen, auf dessen „Einzeloriginale“ das UrhG mit seinen Vorschriften, die „das Original“ betreffen, sinngemäß zu beziehen ist.

Besser wäre es allerdings, die durch den Wortlaut nur scheinbar „aufgezwungene“ Dichotomie zugunsten einer gelungeneren Systematik aufzugeben und zukünftig Originale als durch den Urheber besonders ausgezeichnete Vervielfältigungsstücke zu begreifen.

#### IV. Ausblick: Überlegungen zu einem urheberrechtlichen Originalbegriff der *historischen* Fotografie

Nach den oben zu den rechtstatsächlichen Umständen der Fotokunst gemachten Ausführungen, stellt sich die Frage, ob an dieser Stelle auch ein Originalbegriff für die *historische* Fotografie vorgeschlagen werden kann. Klar ist, dass die für die *zeitgenössische* Fotografie vorgeschlagene Definition nicht ohne Weiteres übernommen werden darf. Aufgrund dessen, dass Werke der historischen Fotografie normalerweise nicht in limitierten Auflagen produziert wurden, wäre es verfehlt, in diesem Bereich eine Auflagenlimitierung als Voraussetzung für die Originaleigenschaft zu verlangen.

Bereits oben wurde jedoch auf die strukturelle Ähnlichkeit von limitierten Auflagen mit dem im Bereich der historischen Fotografie nachträglich eingeführten Begriffs des Vintage hingewiesen.<sup>747</sup> Da auch der Begriff des Vintage das Ziel verfolgt, einen quantitativ abgegrenzten „Kernbestand“ von herausgehobenen Werkexemplaren zu definieren, liegt es nahe, bei der historischen Fotografie nur diese Vintage Prints als urheberrechtliche Originale aufzufassen.<sup>748</sup> Problematisch gestaltet sich hierbei allein die Tatsache, dass der Begriff des Vintage nicht einheitlich definiert wird. Insbesondere im Hinblick darauf, wie lange nach Herstellung des Negativs noch Vintages produziert werden können, ist nur langsam eine einheitliche Begriffsbildung am Markt zu beobachten.<sup>749</sup> Zudem setzt die korrekte Anwendung des Vintage-Begriffs stets voraus, dass das Datum der Herstellung des Negativs sowie das Datum der Herstellung des Abzugs bekannt sind. Teilweise lässt sich hier durch Werkstoffanalysen (insbesondere des Fotopapiers) ein *terminus post quem* definieren.<sup>750</sup> Dennoch bleibt der Begriff des Vintage im Gegensatz zur Auflagenlimitierung mit einer relativ hohen Unschärfe behaftet.

747 B.I.1.b), S. 43 und B.IV, S. 96.

748 So wohl prinzipiell auch *Mosimann*, in: *Kunst & Recht*, 17 ff.

749 Oben B.I.1.b), S. 43.

750 Vgl. *Messier*, *Photonews* Thema 10/2008, 5.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint die Anerkennung der Vintage Prints als urheberrechtliche Originale aber trotz der genannten Probleme als vorzugswürdige Lösung; dies insbesondere mangels eines anderen, geeigneten Unterscheidungskriteriums. Zudem ist der Begriff des Vintage (wenngleich in Teilen unscharf) am Markt etabliert. Die zukünftige Entwicklung und die hoffentlich zunehmende Konkretisierung des Begriffs sollten daher weiter beobachtet werden.

## V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse dieses Kapitels

Der Begriff des „Originals“ ist sowohl aus kunsttheoretischer wie juristischer Sicht umstritten. Im rechtlichen Bereich wird zudem noch zwischen einem *urheberrechtlichen*, einem *steuer- bzw. zollrechtlichen* sowie einem *gewährleistungsrechtlichen* (bzw. *vertraglichen*) Originalbegriff unterschieden. In der vorliegenden Arbeit wird für einen neuen *urheberrechtlichen* Originalbegriff geworben, der gleichzeitig als „überwölbender“ Originalbegriff Ausgangsbasis für die anderen Originalbegriffe sein könnte.<sup>751</sup>

Die für die vorliegende Untersuchung in Frage kommenden Fotografien sind als *Lichtbildwerke* im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG urheberrechtlich geschützt und können somit grundsätzlich Originale im Sinne des UrhG sein. Durch das Urheberrecht geschützt wird das *immaterielle* Werk. Dieses ist bereits im Negativ bzw. bei der digitalen Fotografie in der gespeicherten Datei verkörpert und somit schutzfähig. Wird für das Territorium der Bundesrepublik Deutschland in Rechtsstreitigkeiten um Lichtbildwerke vor deutschen Gerichten urheberrechtlicher Schutz begehrt, so ist das deutsche UrhG auf den Sachverhalt anwendbar.

Es fehlen gerichtliche Urteile, die sich dezidiert mit dem *urheberrechtlichen* Originalbegriff auseinandersetzen. In der Literatur wird der Originalbegriff im Bereich der seriellen Medien häufig unter Verweis auf die Anschauungen der Kunstmarktpraxis beantwortet. Die Tatsache, dass der Bundesverband des deutschen Kunst- und Antiquitätenhandels statt des umstrittenen Begriffs des Originals den Begriff der „Sammelwürdigkeit“ zu etablieren versucht, zeigt, dass allein ein Verweis auf die Kunstmarktpraxis für die Rechtsanwendung nicht ausreichend ist. Da alle bislang in der juristischen Literatur für die Fotografie vorgeschlagenen Originalbegriffe Defi-

<sup>751</sup> In diesem Sinne auch schon *Hamann*, Originalbegriff, 200 ff.

zite aufweisen, wird in der vorliegenden Untersuchung ein eigener Originalbegriff entwickelt.

Nach der hier vertretenen Ansicht muss sich die Definition des urheberrechtlichen Originals an den Mindestvoraussetzungen der EU-Folgerechtsrichtlinie ausrichten. Der infolgedessen entwickelte Originalbegriff setzt für ein Original der zeitgenössischen Fotokunst voraus, dass es sich um eine rezipierbare Erstverkörperung handelt, die vom Urheber/Künstler autorisiert und die in einer limitierten Auflage geschaffen wurde. Negative und Dateien sind noch keine urheberrechtlichen Originale, da die vom Künstler erstrebte Formgestaltung in ihnen noch nicht vollumfänglich rezipierbar ist. Mangels einer Autorisation durch den Künstler kann es auch keine „postumen“ (d. h. nach dem Ableben des Künstlers geschaffenen) Originale geben. Eine Unterscheidung zwischen analoger und digitaler Fotografie ist im Hinblick auf den Originalbegriff nicht geboten, solange das gehandelte „Produkt“ ein Papierabzug (oder einem solchen vergleichbar) ist. Der urheberrechtliche Originalbegriff knüpft an das Werkstück an. Das Werkstück ist jedoch in beiden Fällen *de facto* identisch.

Das im hier vertretenen Originalbegriff neu eingeführte Kriterium der Auflagenlimitierung erfordert, dass der Künstler bei der ersten Herstellung von Abzügen die Gesamtauflage bezogen auf das urheberrechtliche Werk festlegen muss. Er kann dabei durchaus Abzüge in verschiedenen Formaten anfertigen, soweit er sich insgesamt auf eine Höchstzahl von Abzügen festlegt. Im Gegensatz zu bisher vertretenen Ansichten und der teilweisen Praxis im Ausland wird nicht eine *konkrete* zahlenmäßige Obergrenze für Auflagen verlangt, sodass die Entscheidung über die konkrete Auflagenhöhe beim Künstler verbleibt. Fertigt der Künstler nach dem Ausschöpfen der von ihm zuvor festgelegten Gesamtauflage weitere Abzüge an, so können diese nicht mehr als urheberrechtliche Originale angesehen werden. Für diese zusätzlichen Exemplare würde somit z. B. kein Folgerechtsanspruch nach § 26 Abs. 1 UrhG bestehen.

In einem Exkurs wurden die Implikationen des hier vertretenen Originalbegriffs auf das umstrittene Verhältnis der vom UrhG verwendeten Begriffe Original und Vervielfältigungsstück beleuchtet. Durch den hier vorgeschlagenen Originalbegriff eröffnet sich eine neue Möglichkeit, den Streit zumindest teilweise zu lösen. Da durch das Kriterium der Auflagenlimitierung auch bei seriellen Medien die Originale einen quantitativ fest umrissenen Kreis ausmachen, kann die Grenze zu Vervielfältigungsstücken klarer gezogen werden. Hierdurch lässt sich die von der h. M. vertretene Dichotomie von Original und Vervielfältigungsstück weiter aufrechterhalten. Die Gesamtauflage kann bei einer solchen Betrachtung gedanklich auch als

„Gesamtoriginal“ aufgefasst werden, auf das die urheberrechtlichen Vorschriften das „Original“ betreffend sinngemäß angewendet werden können.

Im Rahmen dieser Überlegungen zum urheberrechtlichen Originalbegriff ist auch die Tatsache zutage getreten, dass der Wortlaut des UrhG im Hinblick auf das Phänomen der „Mehrfachoriginale“ sowie aufgrund der gewachsenen Bedeutung der künstlerischen Fotografie durch den Gesetzgeber behutsam angepasst werden sollte. Zum einen sollte der Begriff des Originals nicht mehr singularisch verwendet werden. In den meisten Fällen bedeutet dies, dass der Begriff mit dem unbestimmten Artikel Verwendung finden sollte, um insbesondere im Zusammenhang mit dem Begriff der Vielfältigungsstücke die Möglichkeit einer Mehrzahl von Originalen nicht schon sprachlich auszuschließen. Zudem sollte die (nebenstrafrechtliche) Norm des § 107 UrhG die gegenwärtige Rechtswirklichkeit aufgreifen und nicht auf Werke der „bildenden Künste“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG beschränkt sein, sondern ausdrücklich auch die Lichtbildwerke umfassen.

§ 6 Abs. 2 S. 1 UrhG ist ebenfalls bis zu einer Korrektur des Wortlauts durch den Gesetzgeber so auszulegen, dass auch das Inverkehrbringen von Mehrfachoriginalen in ausreichender Zahl zum Erscheinen eines Werks führen kann.

Der in diesem Kapitel entwickelte Begriff des Originals kann jedoch nur für den Bereich der *zeitgenössischen* Fotokunst Geltung beanspruchen. Die in Kapitel 2 begründete Differenzierung zwischen historischer und zeitgenössischer Fotokunst verlangt, die besonderen Umstände der beiden Bereiche zu beachten. Dies heißt unter anderem, dass die Auflagenlimitierung bei der zeitgenössischen Fotokunst höchste Bedeutung hat, während sie in der *historischen* Fotografie praktisch nicht existiert. Das Kriterium der Auflagenlimitierung kann daher von Exemplaren der historischen Fotografie nicht verlangt werden. Ebenfalls in Kapitel 2 wurde jedoch festgestellt, dass der Begriff des Vintage in der historischen Fotografie eine ähnliche Funktion wie die Auflagenlimitierung bei der zeitgenössischen Fotografie erfüllt. Es erscheint daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt sinnvoll, im Bereich der historischen Fotografie nur Vintages als urheberrechtliche Originale anzuerkennen, wenngleich die weitere Entwicklung und Konkretisierung des Begriffs durch den Kunstmarkt beobachtet werden muss.