

G. Schluss II – Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit

- 1) Der Markt für Fotokunst teilt sich in einen Markt für Fotografien, die vor ca. 1970 entstanden sind und einen Markt für Fotografien, die nach diesem Zeitpunkt entstanden sind. Das zuerst genannte Marktsegment wird gemeinhin als „historische Fotografie“ bezeichnet, während sich für das zweite genannte Segment der Sammelbegriff der „zeitgenössischen Fotografie“ etabliert hat. Aufgrund der unterschiedlichen tatsächlichen Umstände des Kunstmarkts im Entstehungszeitpunkt der Fotografien, gelten für die beiden Teilbereiche unterschiedliche Maßstäbe und Marktgepflogenheiten.
- 2) Der Wert einer Fotografie, von der theoretisch nahezu unbegrenzt viele Abzüge hergestellt werden können, bemisst sich – abgesehen von weiteren Faktoren wie der Popularität des Künstlers, des einzelnen Motivs etc. – auch in erheblichem Maß nach ihrer zahlenmäßigen Verfügbarkeit, d. h. ihrer Exklusivität.
- 3) Bei der sogenannten historischen Fotografie – in deren Bereich das Phänomen der Auflagenlimitierung praktisch unbekannt ist – hat sich die Marktgepflogenheit etabliert, sogenannten „Vintage Prints“ die höchste Wertschätzung einzuräumen. Als Vintage Prints werden dabei Abzüge bezeichnet, die möglichst kurz nach der Belichtung des Negativs hergestellt wurden. Der maximale Zeithorizont für solche Vintage Prints liegt dabei zwischen fünf und zehn Jahren nach der Herstellung des Negativs. Spätere Abzüge werden allgemein als „Later Prints“ bezeichnet. Im Bereich der zeitgenössischen Fotografie verliert das Konstrukt des „Vintage Prints“ seinen Sinn. Dafür erscheinen praktisch alle Werke der zeitgenössischen Fotokunst in limitierten Auflagen. Die Auflagenlimitierung liegt bei Werken des Spitzensegments der zeitgenössischen Fotokunst häufig im einstelligen oder niedrigen zweistelligen Bereich. Die Praxis, die Auflage durch einen Bruch auf dem jeweiligen Werkstück mitzuteilen, bei dem der „Zähler“ die Nummer des Abzugs und der „Nenner“ die Höhe der Gesamtauflage mitteilt, wurde aus dem Bereich der Druckgrafik übernommen.

- 4) Ebenfalls aus der Druckgrafik übernommen wurde die Gepflogenheit, eine niedrige Zahl sogenannter „Artist's Prints“ als Belegexemplare für den Künstler außerhalb der eigentlichen Auflage abzuziehen und diese Werkstücke mit Buchstaben oder römischen Ziffern zu nummerieren bzw. teilweise nur mit dem Hinweis „A. P.“ zu versehen. Die überkommene Marktgepflogenheit besteht darin, diese Exemplare nicht zur eigentlichen Auflage zu zählen, da sie entweder beim Künstler verbleiben oder von diesem lediglich an z. B. enge Freunde verschenkt werden und damit letztlich nicht unmittelbar auf den Markt gelangen (ein Umstand, auf den die französische Bezeichnung der Stücke als „hors de commerce“ verweist).
- 5) Fotografie – und dabei insbesondere die Farbfotografie – birgt ein Haltbarkeitsproblem. Unter Ausstellungsbedingungen (Licht, Wärme etc.) können Fotografien unter anderem ausbleichen und Farbstiche entwickeln. Es hat sich daher die Praxis entwickelt, über die Auflage und die Artist's Prints hinaus sogenannte „Exhibition Prints“ anzufertigen. Diese Exhibition Prints verbleiben in der Regel im Eigentum des Künstlers, sind als solche gekennzeichnet, unsigned und lediglich zum Materialwert versichert. Für Ausstellungen können sie neu angefertigt bzw. wenn sie Schaden genommen haben, vernichtet werden.
- 6) Im Hinblick darauf, was als „eine Auflage“ begriffen werden kann, sind verschiedene „Auflagendefinitionen“ im Markt festzustellen. Sie lassen sich generalisierend in „motivbezogene“, „formatbezogene“ und „ausstattungsbezogene“ Limitierung unterteilen. Die verschiedenen Auflagendefinitionen beinhalten die Aussage darüber, auf welche Gruppe von Werkexemplaren sich die Auflagenangabe bezieht. Bei der motivbezogenen Auflage existiert von dem konkreten urheberrechtlichen Werk insgesamt nur die genannte Anzahl von Werkexemplaren. Bei einem formatbezogenen Auflagenverständnis soll sich die angegebene Auflagenhöhe nur auf Werkexemplare in einem konkreten Format beziehen, sodass die Auflage weiteren Werkexemplaren in anderen Formaten gegenüber offen sein soll. Gleichmaßen wird im Rahmen von Auflagen mit einer ausstattungsbezogenen Limitierung die Höhe der Werkexemplare nur für Abzüge in einer bestimmten Technik angegeben, sodass Werkexemplare in anderen Herstellungstechniken möglich sein sollen, ohne in Widerspruch zur bereits kommunizierten Auflagenhöhe zu treten.
- 7) Funktionell hat die Unterscheidung von Vintage Prints und Later Prints im Bereich der historischen Fotografie große Gemeinsamkeiten mit der

Anfertigung einer limitierten Auflage in der zeitgenössischen Fotografie. Beiden Vorgehensweisen ist gemein, dass sie ein quantitativ eindeutig abgegrenztes Spektrum von Werkexemplaren definieren bzw. schaffen, die zudem außerordentlich rar sind. In unmittelbarem Zusammenhang hiermit steht die hohe finanzielle Wertschätzung von Vintage Prints sowie von (in geringer Höhe) limitierten Auflagenwerken.

- 8) Der Begriff des „Originals“ eines Kunstwerks kann im Rahmen des Urheberrechts, des Steuer- und Zollrechts sowie im Privatrecht bei der Auslegung von Willenserklärungen Bedeutung erlangen. Dem urheberrechtlichen Originalbegriff liegt eine langjährige und umfangreiche Diskussion zugrunde. Dabei besteht weitgehend Einigkeit, dass der urheberrechtliche Originalbegriff insbesondere auch unter Rückgriff auf die Verkehrsanschauungen auf dem Kunstmarkt zu bestimmen ist. Eine solchermaßen ermittelte Definition des urheberrechtlichen Originals eignet sich daher auch als Ausgangspunkt für einen die verschiedenen Rechtsgebiete überwölbenden, vereinheitlichten Originalbegriff.
- 9) Sprachlich geht das derzeit geltende Urheberrecht davon aus, dass ein Original stets ein Unikat sei. Die Existenz sogenannter „Mehrfachoriginale“ ist jedoch vielen heute anerkannten Kunstgattungen immanent (Fotografie, Druckgrafik). Die Sprache des UrhG ist insoweit unzeitgemäß. *De lege ferenda* sollte daher der Begriff des Originals im UrhG 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 „Vervielfältigungsstücke“ die Möglichkeit einer Mehrzahl von Originalen nicht schon sprachlich auszuschließen. § 6 Abs. 2 S. 1 UrhG ist daher 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.
- 10) Angesichts der mittlerweile unzweifelhaften Bedeutung der Fotografie auf dem Kunstmarkt 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. Dies gilt umso mehr, als die Norm insbesondere im Bereich der Auflagenwerke (z. B. im Hinblick auf postume Vervielfältigungsstücke, aber auch bei unzulässigen Auflagenerweiterungen) Bedeutung hat.

- 11) Aufgrund der rechtstatsächlichen Umstände des Markts für zeitgenössische Fotokunst und unterstützt durch die Vorgaben der EG-Folgerechtsrichtlinie gehört zu den Voraussetzungen des (urheberrechtlichen) Originalbegriffs für Werke der zeitgenössischen Fotokunst auch, dass sie in einer limitierten Auflage erschienen sind. Weitere Voraussetzungen sind, dass es sich um eine rezipierbare Erstverkörperung des Werks handelt und das Werkstück vom Künstler selbst oder unter seiner Aufsicht hergestellt und damit als Original autorisiert wurde. Eine Unterscheidung zwischen analoger und digitaler Fotografie ist für den urheberrechtlichen Originalbegriff nicht geboten. Mit Anerkennung der Voraussetzung der Auflagenlimitierung für den urheberrechtlichen Originalbegriff nähern sich die Mehrfachoriginale wieder dem ursprünglichen Originalbegriff des UrhG an, der Originale als herausgehobene, weil quantitativ begrenzte Werkexemplare aufgefasst hatte. Handelt es sich um eine limitierte Auflage, so steht die Zahl der Werkoriginale auch bei Mehrfachoriginalen von vorneherein fest. Über die ursprünglich definierte Auflagenhöhe hinaus hergestellte Werkexemplare sind keine Originale mehr, sondern Werkexemplare ohne Originalcharakter. Ebenfalls Originale sind Artist's Prints, solange ihre Höhe entweder ebenfalls von vorneherein festgelegt ist oder sich zumindest im marktüblichen Umfang bewegt.
- 12) Die Auflagenangabe auf einem Werk der zeitgenössischen Fotokunst ist bei Auslegung ihres Erklärungsinhalts nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) als ein Angebot auf Abschluss eines Limitierungsvertrags und damit eine Willenserklärung im Sinne des BGB zu verstehen. Der Limitierungsvertrag kommt zwischen dem Künstler und dem ersten Eigentümer der Fotografie mit Abschluss des Kaufvertrags zustande. Der Käufer nimmt das Angebot des Künstlers konkludent an, da der Vertrag ihm ausschließlich Vorteile bringt. Auf den Zugang seiner Annahmeerklärung wird gemäß § 151 S. 1 BGB verzichtet. Die Wirksamkeit des Limitierungsvertrags steht unter der Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) des Eigentumsübergangs auf den Käufer.
- 13) Der Limitierungsvertrag ist ein Unterlassungsvertrag mit dem Inhalt, über den kommunizierten Auflagenumfang hinaus keine weiteren Werkexemplare herzustellen, die zu den Werkstücken der Auflage auf dem Kunstmarkt in Konkurrenz treten können. Entscheidend für den Umfang des Limitierungsversprechens des Künstlers sind seine der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) zu-

gänglichen Limitierungserklärungen. Hat der Künstler die Auflage in der traditionellen Form eines Bruchs ohne weitere, erläuternde Zusätze kommuniziert, so verspricht er hiermit aus Sicht eines objektiven Empfängers eine motivbezogene Limitierung. Abgesehen von einer angemessenen Zahl an Artist's Prints und gegebenenfalls Exhibition Prints sind Abzüge über die genannte Auflagenhöhe hinaus (unabhängig vom Format) nicht mehr zulässig. Ein Künstler, der trotzdem weitere Abzüge herstellt, verstößt hierdurch gegen die aus dem Limitierungsvertrag geschuldete Unterlassungspflicht. Möglich bleiben allein Abzüge, die einen hinreichenden gestalterischen Abstand zur bereits existierenden limitierten Auflage aufweisen. Zur Abgrenzung kann auf urheberrechtliche Wertungen zurückgegriffen werden. Eine neue Auflage ist demnach möglich, wenn es sich bei dem dieser neuen Auflage zugrunde liegenden Werk zumindest um eine Bearbeitung des ursprünglichen Werks handelt und dem ursprünglichen Werk somit ein schöpferischer Mehrwert hinzugefügt wurde. Eine bloße Formatänderung ist zur Schaffung eines solchen schöpferischen Mehrwerts in der Regel nicht ausreichend.

- 14) Die Unterlassungspflicht des Künstlers aus dem Limitierungsvertrag ist höchstpersönlicher Natur, das heißt, sie geht im Fall seines Todes nicht auf die Erben über. Da diese jedoch Erben des Urheber- und damit des Vervielfältigungsrechts werden, können sie nur durch die Einrichtung von Maßnahmen, wie beispielsweise der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, daran gehindert werden, nach dem Tod des Urhebers weitere Abzüge anzufertigen. Diese Werkexemplare müssen jedoch auf jeden Fall als postume Werkexemplare zu erkennen sein und stellen keine urheberrechtlichen Originale dar.
- 15) Der Primäranspruch des Sammlers aus dem Limitierungsvertrag richtet sich darauf, dass es der Künstler unterlässt, zusätzliche Werkexemplare über die im Rahmen der Limitierung versprochene Höhe hinaus herzustellen. Hat der Künstler gegen die Unterlassungspflicht verstoßen, lässt sich der durch das Unterlassen geschuldete Zustand aber noch herstellen, so wandelt sich die Unterlassungspflicht in eine Beseitigungspflicht, in deren Rahmen die (Wieder-)Herstellung des geschuldeten Zustands geschuldet ist. Erst wenn die Erfüllung der Unterlassungspflicht unmöglich im Sinne des § 275 BGB geworden ist, bestehen die Sekundäransprüche des Sammlers. Diese sind insbesondere der Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB sowie der Schadensersatz neben der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Verletzt der

Künstler seine Unterlassungspflicht aus dem Limitierungsvertrag, so besteht weiterhin ein Anspruch des Sammlers aus § 285 Abs. 1 BGB auf das stellvertretende *commodum*, d. h. (in aller Regel) auf den Veräußerungserlös. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit konnte gezeigt werden, dass § 285 Abs. 1 BGB einerseits auf Unterlassungsansprüche Anwendung finden muss. Andererseits handelt es sich bei dem durch die Verletzung des Unterlassungsanspruchs erzielten Gewinns entgegen einer weit verbreiteten Auffassung um einen nach dem Gesetzeszweck von § 285 Abs. 1 BGB erfassten „Gegenstand“. Der Anspruch aus § 285 Abs. 1 BGB ist für den Sammler insbesondere deswegen interessant, weil sich mit ihm der Gewinn, der aus der Herstellung und dem Verkauf der zusätzlichen Werkexemplare entstanden ist, abschöpfen lässt. Hierdurch erübrigen sich einerseits Beweisprobleme, die bei den Schadensersatzansprüchen häufig bestehen. Dies insbesondere auch deshalb, da in Bezug auf die Höhe des erzielten Gewinns ein akzessorischer Auskunftsanspruch des Sammlers gegenüber dem Künstler aus § 242 BGB besteht. Andererseits ist die Aussicht, einen durch Verletzung der Auflagenlimitierung zu erzielenden Gewinn ohnehin wieder zu verlieren, in besonderem Maße geeignet, einen Anreiz zur Einhaltung des Limitierungsversprechens zu setzen.

- 16) Im Kaufrecht erlangt eine unrichtige Angabe zur Höhe einer limitierten Auflage dadurch Bedeutung, dass die beim Kauf mitgeteilte Auflagenlimitierung (jedenfalls im Hinblick auf ihre Höhe) Bestandteil der gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache wird und damit einen Sachmangel begründen kann. Weiterhin ist davon auszugehen, dass Angaben zur Auflagenhöhe in Katalogen oder bei Angeboten im Internet über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch dann einen Sachmangel begründen können, wenn man ihnen im Einzelfall absprechen möchte, Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB geworden zu sein. Für einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB ist jedoch auch Voraussetzung, dass der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die geschuldete Beschaffenheit fehlt. Das Kaufrecht kann das Interesse des Sammlers an der Einhaltung der Limitierung daher grundsätzlich nicht im (in der Praxis sehr viel wahrscheinlicheren) Fall der nachträglichen Auflagenerweiterung schützen.
- 17) Liegen die Voraussetzungen eines Sachmangels vor, so stehen dem Käufer die Ansprüche aus der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung (§ 437 BGB) zu. Hat der Sammler die Fotografie direkt vom Künstler erworben,

so ist der Künstler im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 1. Fall BGB zur Rückführung der Auflage auf die geschuldete Höhe verpflichtet. Häufig wird diese Art der Nacherfüllung jedoch – so wie in der Regel beim Kauf von einem bloßen Kunstmarktintermediär – unmöglich gemäß § 275 BGB sein. Der Käufer ist dann auf die Minderung, Rücktritt oder Schadensersatzansprüche (§ 437 Nr. 2, 3 BGB) verwiesen.

- 18) Eine Ausdehnung der Ansprüche aus kaufrechtlicher Gewährleistung auch für die Fälle einer Erhöhung der Auflage nach Gefahrübergang ist nur möglich, wenn der Verkäufer eine entsprechende Haltbarkeitsgarantie übernommen hat. Eine solche kann – insoweit sie nicht explizit vereinbart wurde – nur beim Kauf direkt vom Künstler (sogenannter „Atelierversauf“) angenommen werden. Beim Kauf von Kunstmarktintermediären legt deren mangelnder Einfluss auf die Auflagenhöhe in aller Regel eine konkludente (Haltbarkeits-)Garantie in Bezug auf die Auflagenhöhe nicht nahe.