

40. Jahrgang

Heft 5 - 2009

AfP

Zeitschrift für
Medien- und
Kommunikationsrecht

Seite 433–536

ottoschmidt

Presse

Aufsätze

MÜLLER
Partei-TV? – Zur Vergewisserung der
Dogmatik der Rundfunkfreiheit

MENSCHING / WASCHATZ
Grenzen der Verbreiterhaftung

LADEUR
Mediengerechte Spezifizierung des Schutzes von
Persönlichkeitsrechten gegen Beeinträchtigung durch
Tatsachenbehauptungen und Schmähkritik

RATH-GLAWITZ
Zur Veröffentlichung von Kontakt- und Telefonsexanzeigen
in Anzeigenblättern

EULER
Recht am Bild der eigenen Sache? –
Wie frei sind gemeinfreie Kulturgüter?

NEUMEYER
Schmerz, Kommerz, Frau mit Herz

Entscheidungen

BVerfG
Zur Haftung für die Verbreitung fremder Artikel in einer
Presseschau

BGH
Zur Verwendung des Fotos eines Prominenten auf dem
Titel einer Rätselzeitschrift

OLG Hamburg
Zur Höhe eines Geldentschädigungsanspruchs bei vielfach
wiederholter Persönlichkeitsrechtsverletzung

LG Düsseldorf
Zur Zulässigkeit heimlicher Fernsehaufnahmen in
einer Arztpraxis

Buch

Hörfunk

Fernsehen

Multimedia

G 7759

Recht am Bild der eigenen Sache? – Wie frei sind gemeinfreie Kulturgüter?¹

Rechtsreferendarin Ellen Euler LL.M., Karlsruhe

Gibt es ein dem „Recht am Bild der eigenen Person“ nachgebildetes „Recht am Bild der eigenen Sache“? Relevant ist die Beantwortung dieser Frage insbesondere im Zusammenhang mit der kommerziellen Verwertung der Abbildungen kultureller Güter durch Gedächtnisinstitutionen (Museen, Bibliotheken und Archive). Müssen diese sich im Hinblick auf die kommerzielle Verwertung (digital- oder analogfotografischer) Abbildungen gemeinfreien Kulturgutes Konkurrenz durch Dritte gefallen lassen, oder haben sie nicht nur die tatsächliche, sondern auch die rechtliche Möglichkeit, Abbildungen und deren (zumindest kommerzielle) Verwertung durch Dritte zu verhindern? Anders gefragt: Lassen sich gemeinfreie Kulturgüter (Bilder in Museen, Archivalien in Archiven, Schriftgut in Bibliotheken, Parkanlagen oder Schlösser) ohne Zustimmung der verwahrenden (bzw. im Fall von Anlagen bewahrenden) Institutionen bedingungslos abbilden und lassen sich die (widerrechtlich oder legal) angefertigten Abbildungen kommerziell verwerten? Wie frei gemeinfreie Kulturgüter im Hinblick auf die Anfertigung von Abbildungen einerseits und deren Verwendung andererseits tatsächlich sind, wird in Rechtsprechung² und Literatur³ kontrovers diskutiert. Der folgende Beitrag gibt in Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand eine Antwort auf die Ausgangsfrage.

I. Gemeinfreie Kulturgüter

Kulturgüter sind körperliche Gegenstände, beweglich oder unbeweglich, Einzelstücke oder Sammlungen/Ensembles, vom Menschen geschaffen, verändert, geprägt oder seine kulturelle Entwicklung widerspiegelnd, denen ein historischer, künstlerischer, wissenschaftlicher, architektonischer, archäologischer oder sonstiger kultureller Wert unterschiedlicher Dimension zukommt⁴. Was alles im öffentlichen Interesse für künftige Generationen bewahrt wird, ist das Resultat eines gesellschaftlichen Bewertungsprozesses (Kanonisierung). Über körperliche Kulturgüter kommuniziert die Vergangenheit mit der Zukunft. Diese interaktionslose Kommunikation kennzeichnet das „Kulturelle Gedächtnis“ einer Gemeinschaft⁵. Kulturgüter erfüllen regelmäßig alle Voraussetzungen für einen urheberrechtlichen Werksschutz. Der Urheberrechtsschutz besteht in eine eigentumsähnliche Rechtsposition vermittelnden Ausschließlichkeitsrechten (Verbotsrechten) in Bezug auf bestimmte Verwertungshandlungen im Hinblick auf die konkrete geschützte Ausdrucksform eines geistigen Inhalts. Wenn die zeitlich beschränkten Urheberrechte nicht mehr bestehen, gilt das vormalig urheberrechtlich geschützte Werk als „gemeinfrei“.

Es bestehen keine eigentumsähnlichen Rechtspositionen und Verbotsrechte mehr an dem Werk (Kulturgut), welches nunmehr von der Allgemeinheit „frei“, dass heißt ohne Zustimmung des vormaligen Urheberrechtshabers genutzt (also durch Abbildung oder Nachbildung vervielfältigt und als solche verbreitet) werden kann.

Die derzeit in (bzw. von) den Gedächtnisinstitutionen (Museen, Archiven und Bibliotheken) verwahrten (bzw. bewahrten) Kulturgüter sind zum Großteil urheberrechtlich nicht mehr geschützt und mithin gemeinfrei. Während an den materiellen Körpern weiterhin sachenrechtliche Befugnisse bestehen, die eine absolute Eigentumsposition vermitteln, lässt sich der verkörperte Inhalt beliebig nachbilden, vervielfältigen und verbreiten. Nach- und Abbildungen bedürfen ebenso wie ihre Verbreitung nicht mehr der Genehmigung des ehemaligen Inhabers der Urheberrechte am verkörperten geistigen Inhalt.

II. Rechte am Bildnis kultureller Güter

Fraglich ist, ob in gewissen Konstellationen ein Rechtsschutz in Bezug auf den verkörperten Inhalt wiederaufleben kann. Mit anderen Worten ist fraglich, ob es ein dem „Recht am Bild der eigenen Person“ nachgebildetes „Recht am Bild der eigenen Sache“ geben kann. Das Recht am Bild der eigenen Sache soll dem Rechtsinhaber das Recht vermitteln, *Abbildungen* der eigenen Sache und ihre *Verwertung* durch Dritte zu verhindern und würde damit ähnlich wie das urheberrechtliche Verbotsrecht im Hinblick auf abbildende Vervielfältigungen und deren Verwertung wirken, wäre aber anders als das urheberrechtliche Verbotsrecht zeitlich nicht befristet.

Woraus sich ein Verbotsrecht im Hinblick auf Abbildungen ergeben kann, die das im Kulturgut als Sache verkörperte Immaterialgut vervielfältigen (hierzu I.), und woraus sich ein Verbotsrecht im Hinblick auf die Verwertung von das verkörperte Immaterialgut vervielfältigenden Abbildungen ergeben kann (hierzu II.), wird im Folgenden getrennt untersucht.

1. Abbildungsverbote im Hinblick auf gemeinfreie Kulturgüter

Fraglich ist, ob sich ein Abbildungsrecht, sprich ein Recht im Hinblick auf die abbildende Vervielfältigung entsprechend § 16 UrhG, nach Ablauf urheberrechtlicher Befugnisse auch auf andere Rechtsbefugnisse stützen lässt.

a) *Abbildungsverbot aus Eigentum gem. §§ 1004, 903 BGB?*

Gegebenenfalls kommt ein dem sich aus Persönlichkeitsrechten ergebendes Abbildungsrecht an der eigenen Person nachgebildetes Abbildungsrecht an der eigenen Sache aus Eigentumsrechten gem. §§ 1004, 903 BGB in Betracht. Dann stünde den Gedächtnisinstitutionen als Eigentümer (bzw. analog als Besitzer) der jeweiligen Kulturgüter, die rechtlich betrachtet eine Sache darstellen, aus Sachenrecht gem. §§ 1004, 903 BGB die rechtliche Möglichkeit zu, das Abfotografieren mit der Begründung zu untersagen, dass dieses eine unberechtigte Einwirkung auf ihr Eigentum (bzw. das Eigentum, welches sie besitzen) darstellt.

Der BGH hat die Frage, ob das Abbilden bzw. Fotografieren einer in fremdem Eigentum stehenden (beweglichen oder unbeweglichen) Sache ohne Zustimmung des Eigentümers eine zur Abwehr nach §§ 903, 1004 BGB berechtigende Einwirkung auf das Eigentum dar-

1. *Ellen Euler* LL.M., Rechtsreferendarin LG Karlsruhe in Elternzeit, Mitarbeiterin und Doktorandin bei Prof. Dr. jur. *Thomas Dreier* M.C.J., Institut für Informationsrecht am Zentrum für angewandte Rechtswissenschaften der Universität Karlsruhe.
2. BGH, GRUR, 1975 S. 500 – Schloss Teigel; BGH, NJW 1989 S. 2251 = AfP 1989 S. 660 – Friesenhaus; BGH, GRUR 1990 S. 669 – Bibelreproduktion; Hanseatisches OLG, AfP 1999 S. 181 = GRUR 1999 S. 717 – Wagner Familienfotos; OLG Köln, AfP 2003 S. 447 = GRUR 2003 S. 1066 – Wayang Figuren; LG Potsdam – 1 O 175/08 – Sanssouci.
3. *Stang*, Zeitschrift für geistiges Eigentum 2009 S. 167 ff.; *Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, Universitätsdissertation Göttingen 2008 S. 111; <http://www.Claßen>, Ein Bild sagt mehr als tausend Worte...? Bildreproduktion und Bildredaktion im Verlag: Probleme, Chancen, Ziele, in: Archive im gesellschaftlichen Reformprozess, 2004, S. 371; *Klaus Graf*, Kulturgut muss frei sein!, in: Kunstchronik 60 (2007), S. 507 ff. siehe: <http://archiv.twoday.net/stories/4477176/> [letzter Abruf: 28.07.2009]; *Seiler*, Erwiderung auf *Graf* unter: <http://www.fotorecht.de/publikationen/ReproFotos.html> [letzter Abruf: 28.07.2009].
4. *Odendahl*, Kulturgüterschutz, 2005, S. 387.
5. Zum Begriff siehe die Beiträge von *Jan* und *Aleida Assmann* u.a. *Jan Assmann*, Das kulturelle Gedächtnis, 1999.

stellt, jedenfalls in den Fällen verneint, in denen die Abbildung von einer öffentlichen Stelle (im Fall Straße) aus vorgenommen wird⁶. Für alle anderen denkbaren Konstellationen hat der BGH die Frage bislang offengelassen⁷.

Bei der Frage, ob eine (fotografische) Abbildung, bei der das in der Sache verkörperte Immaterialgut vervielfältigt wird, als Beeinträchtigung i.S. des § 1004 BGB anzusehen ist, ist auf Begriff und Inhalt des Eigentums zurückzugehen.

Der Eigentumsbegriff wird (mittelbar) durch § 903 BGB dahin umschrieben, dass der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Diese Zuordnung positiver und negativer Befugnisse bringt zum Ausdruck, dass das Eigentum als das umfassendste Herrschaftsrecht zu begreifen ist, das die Rechtsordnung an einer Sache zulässt⁸. Dieses Herrschaftsrecht schließt die rechtliche Verfügungsmacht und die sich insbesondere im Besitzen und Benutzen äußernde tatsächliche Herrschaft ein⁹.

Eine Untersagung der abbildenden Vervielfältigung (etwa durch Fotografie) der eigenen Sache aus Sachenrecht kommt mithin nur dort in Betracht, wo diese (die abbildende Vervielfältigung) mit einer Substanzverletzung verbunden ist oder Auswirkungen auf die tatsächlichen Nutzungsmöglichkeiten hat.

Eine Substanzeinwirkung können aus konservatorischen Gesichtspunkten etwa mit Blitzlicht angefertigte (digitalfotografische) Aufnahmen haben und stellen dann eine gem. §§ 1004, 903 BGB zur Abwehr berechtigende Eigentumsbeeinträchtigung dar.

Die Beeinträchtigung der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeiten ist bei der Vornahme (fotografischer) Abbildungen insgesamt zu verneinen. Der Abbildungsvorgang selbst hat keinerlei Auswirkungen auf die Nutzung der Sache selbst. Er hindert den Eigentümer nicht daran, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und stört ihn auch nicht in seinem Besitz¹⁰.

Richtigerweise kann es, wenn der Abbildungsakt als solcher nicht als Eigentumsverletzung angesehen wird, auf die Begleitumstände bei der Anfertigung für die Frage der Eigentumsverletzung nicht ankommen. Der Abbildungsakt stellt nicht nur (wie vom BGH in der Friesenhaus-Entscheidung festgestellt) im Falle, dass er von einer öffentlich zugänglichen Stelle aus vorgenommen wird, keine Eigentumsbeeinträchtigung dar, sondern auch in allen anderen, vom BGH nicht entschiedenen Fallkonstellationen¹¹.

Insoweit hat der Eigentümer (bzw. Besitzer) von Kulturgütern, haben die Gedächtnisinstitutionen fernab von konservatorischen Gesichtspunkten keine (sachen-) rechtliche Handhabe aus den §§ 1004, 903 BGB, Abbildungen zu untersagen¹².

Ließe sich ein Abbildungsverbot auf Eigentums- bzw. Besitzrecht stützen, würde das in seiner Wirkung einem Urheberrechtsschutz in Bezug auf abbildende Vervielfältigungen entsprechen. Durch die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts an dem in der Sache verkörperten immateriellen Gut würde der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Eigentum an einer körperlichen Sache und dem Urheberrecht als Immaterialgüterrecht verkannt. Urheberrecht und Eigentumsrecht haben eine unterschiedliche Schutzrichtung und einen verschiedenen Inhalt. Die bürgerlich-rechtliche Besitz- und

Eigentumsordnung dient dem Schutz der Sachherrschaft über die körperliche Sache, während Gegenstand des Urheberrechts das unkörperliche, geistige Werk ist¹³. Dementsprechend ist die (tatsächliche und rechtliche) Sachherrschaft des Eigentümers über die konkrete Sache von der dem Urheber vorbehaltenen Werkverwertung in den Verwertungsformen der §§ 15 ff. UrhG zu trennen. Was durch den Anblick des körperlichen Gegenstandes und durch sein Abbild vermittelt wird, wird vom Eigentumsrecht nicht erfasst. Die Abbildung einer Sache stellt sich als eine Vervielfältigung des immateriellen, geistigen Werkes dar; sie unterfällt dem urheberrechtlichen Verwertungsrecht. Die Zubilligung eines entsprechenden Ausschließlichkeitsrechts zugunsten des Sacheigentümers würde dem Wesen des Urheberrechts und seiner Abgrenzung gegenüber der sachenrechtlichen Eigentumsordnung zuwiderlaufen.

Zudem würde bei Bejahung eines Rechts am Bild der eigenen Sache im Hinblick auf Abbildungs- und Verwertungsverbote abbildender Vervielfältigungen des Sacheigentums die zeitliche Befristung des Urheberrechtsschutzes unterlaufen. Dieser würde nur noch für Nachbildungen Wirkung entfalten. Es wäre Dritten auch nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes nicht möglich, „gemeinfrei“ gewordenes Kulturgut abbildend zu vervielfältigen und die Abbildungen zu verwerten. Einzig möglich wäre die (nur theoretisch mögliche) Nachbildung urheberrechtsfreien Kulturguts. Dies käme einer Remonopolisierung der Verwertungsmöglichkeiten in Bezug auf das im Kulturgut verkörperte Immaterialgut gleich¹⁴.

b) Abbildungsverbot aus Hausrecht

Voraussetzung für die (fotografische) Abbildung von Kulturgut ist der rechtmäßige Zugang zum Kulturgut. Der Zugang lässt sich in gewissem Umfang über Hausrecht von Bedingungen abhängig machen. Gegebenenfalls kann auch ein Abbildungsverbot auf Hausrecht gestützt werden. Ein auf Hausrecht gestütztes Abbildungsverbot gilt natürlich nur im Wirkungsbereich des Hausrechts. Dort wo das Hausrecht keine Wirkung entfaltet, lässt sich auch kein Abbildungsverbot darauf stützen.

Den Zugang i.S. der Rezeption zu den verwahrten kulturellen Äußerungen zu gewähren gehört zu den Kernaufgaben der traditionellen Gedächtnisinstitutionen Museen, Archive und Bibliotheken.

Während ein Privateigentümer den Zugang zu einer kulturgeschichtlich bedeutsamen kulturellen Äußerung aufgrund seines Hausrechts gänzlich verwehren kann¹⁵, insoweit er der Sozialbindung des Eigentums kulturgeschichtlich bedeutsamer kultureller Äußerungen durch die Veröffentlichung derselben etwa auf Postkarten, in Büchern oder in Ausstellungskatalogen genügt, sodass dann kein weitergehendes Zugangsrecht besteht¹⁶, können die traditionellen Gedächtnisinstitutionen den Zugang zwar nicht gänzlich verwehren, möglicherweise aber insoweit einschränken, als sie diesen von bestimmten Bedingungen (Fotografie- und Kopierverbote etc.) abhängig machen.

Den Gedächtnisinstitutionen steht es frei, den allgemein gewährten Zugang von Bedingungen abhängig zu machen, soweit diese Bedingungen ihrem Tätigkeitszweck nicht entgegenstehen und auch nicht in die Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 GG eingreifen. Gedächtnisinstitutionen können in Bezug auf solche kulturellen Güter, die nur durch Zugang rezipierbar sind, gestützt auf das jedem Grundstückseigentümer nach §§ 858 ff., 1004 BGB zustehende und auch durch §§ 823 Abs. 2, 123 StGB geschützte Hausrecht, den grundsätzlich

6. BGH, NJW 1989 S. 2251 ff. – Friesenhaus.

7. Vgl. BGHZ 44 S. 289 (293) – Apfel-Madonna; BGH, GRUR 1975 S. 500 (501) – Schloß Tegel; BGHZ 81 S. 75 (77) – Rennsportgemeinschaft.

8. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 14. Aufl. 1987, § 24 I 1.

9. Vgl. BGH, GRUR 1975 S. 500 (501) – Schloß Tegel.

10. BGH, NJW 1989 S. 2251.

11. Vgl. Bullinger, FS Raue, 2006, S. 379 (392).

12. Vgl. BGHZ 44 S. 289 (295) – Apfel-Madonna.

13. Vgl. BGHZ 44 S. 288 (293 f.) – Apfel-Madonna.

14. Die Remonopolisierung des Immaterialguts nach Ablauf des Urheberrechts wird auch im Zusammenhang mit dem Markenrecht diskutiert. Vgl. Gudermann, Die Zeit vom 08.01.2004 Nr. 3, siehe: <http://www.zeit.de/2004/03/Bildrechte-digital> [letzter Abruf: 28.07.2009].

15. Siehe: Gerstenberg, in: FS Klaka (SGRUM Bd. 16), S. 120 (126).

16. BGH, GRUR 1975 S. 500 (503) – Schloß Tegel.

gem. Art. 5 Abs. 1 GG frei zu gewährenden Zugang zum Kulturgut nur zu bestimmten Zwecken erlauben (so können etwa Archive den Zugang davon abhängig machen, dass ein nachweisbares wissenschaftliches Interesse besteht), oder rechtswirksam von Bedingungen (wie etwa der Zahlung eines Entgelts oder etwa eines Abbildungsverbot) abhängig machen¹⁷.

Über Hausrecht lässt sich kontrollieren, ob und wenn zu welchen Zwecken Abbildungen des verwahrten Kulturgutes angefertigt werden. Die Gewährung von Zugang kann unter die Bedingung gestellt werden, dass nicht fotografiert wird bzw. Abbildungen nur zu privaten, nicht kommerziellen Zwecken getätigt werden. Diese Zugangsbedingung bedeutet, da die Rezeption und allgemeine freie Zugänglichkeit des verwahrten Kulturguts gewährleistet ist, keinen Eingriff in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 GG¹⁸.

Die abbildende Vervielfältigung lässt sich wohlgermerkt rechtswirksam nur insoweit kontrollieren, als der Zugang zum Kulturgut hierfür erforderlich ist und Hausrecht gilt. Kulturgüter, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, können von dort aus abbildend vervielfältigt werden, ohne dass hierbei gegen hausrechtliche oder sonstige ordnungsrechtliche Benutzungsregeln des Sacheigentümers verstoßen wird, weil diese hier keine Wirkung entfalten¹⁹.

c) *Abbildungsverbot aus Vertrag*

Wer Zugang zu Kulturgut bekommt, schließt mit dem den Zugang Gewährenden regelmäßig zumindest konkludent einen Zugangsvertrag ab. Die hausrechtlich vorgegebenen Bedingungen sind, insoweit sie nicht gegen die §§ 242, 305 BGB verstoßen, rechtswirksamer Teil dieses Zugangsvertrages, sozusagen seine AGB. Insoweit das Hausrecht Abbildungen verbietet bzw. nur zu privaten (nicht kommerziellen) Zwecken gestattet, bedeutet jede Art der Abbildung (bzw. Abbildung zu kommerziellen Zwecken) einen Verstoß gegen den Zugangsvertrag und lässt sich schuldrechtlich sanktionieren.

d) *Abbildungsverbot aus Urheberrecht gem. § 72 i.V. mit § 16 UrhG*

Gedächtnisinstitutionen sind nicht und waren nie Inhaber von Urheberrechten ver- bzw. bewahrten Kulturgutes. Eine Untersagung (digitalfotografischer) Abbildungen urheberrechtlich nicht mehr geschützten, mithin gemeinfreien Kulturguts aus Urheberrecht kommt daher nicht in Betracht.

2. Verwertungsverbote im Hinblick auf (digitalfotografische) Abbildungen des gemeinfreien Werkoriginals

Wie dargestellt, lassen sich Abbildungsverbote rechtswirksam nur gestützt auf Hausrecht (welches nur einen eingeschränkten Wirkungsbereich hat) installieren. Fraglich ist, inwieweit die Gedächtnisinstitutionen, wenn sie keine rechtswirksamen Abbildungsverbote aussprechen können, zumindest die kommerzielle Weiterverwertung (digitalfotografischer) Abbildungen körperlich verwahrter gemeinfreier Werkoriginals untersagen können.

Fraglich ist außerdem, ob und inwieweit die Gedächtnisinstitutionen, wenn sie rechtswirksam Abbildungsverbote ausgesprochen haben, die Verwertung der entgegen dieser Verbote angefertigten Abbildungen untersagen können. Also etwa inwieweit sie, wenn sie eine Abbildung für den privaten Gebrauch gestattet haben, darüber hinausgehende Nutzungen (kommerzielle Bildverwertungen) untersagen, bzw. von vorhergehender Gestattung und Zahlung einer entsprechenden Nutzungsgebühr abhängig machen können.

a) *Verwertungsverbot aus §§ 1004, 903 BGB „Recht am Bild der eigenen Sache“*

Gegebenenfalls steht den Gedächtnisinstitutionen unabhängig von der Setzung eines rechtswirksamen Abbildungsverbotes ein direktes Verbotungsrecht im Hinblick auf die Verwertung von (digitalfotografischen) Abbildungen der eine Sache ausmachenden Kulturgüter gem. §§ 1004, 903 BGB zu. Für Gedächtnisinstitutionen kommt ein Verwertungsverbot gem. §§ 1004, 903 BGB nur insoweit in Betracht, insoweit sie Eigentümer und nicht nur sonstige Berechtigte an den kulturellen Äußerungen in ihrem Bestand sind. Ansonsten ist es vom Eigentümer geltend zu machen bzw. den Gedächtnisinstitutionen einzuräumen.

Der Eigentümer kann nur dann die Verwertung von (Abbildungen seines Eigentums untersagen, wenn diese (die weitere Verwertung der Abbildungen) vom Eigentumsrecht an der Sache selbst umfasst wird. Fraglich ist, ob das sachenrechtliche Eigentumsrecht auch das Recht der Verwertung von Abbildungen der zu Eigentum gehörenden Sache erfasst.

Man könnte argumentieren, dass – weil es das natürliche Vorrecht des Eigentümers ist, den gewerblichen Nutzen, der aus seinem Eigentum gezogen werden kann für sich zu beanspruchen²⁰ – dann, wenn sich (digitalfotografische) Abbildungen des Eigentums gewerblich nutzen lassen, weil etwa das Eigentum nur mit Erlaubnis zugänglich ist, diese Art der Nutzung ebenfalls dem (Sach-) Eigentümer vorbehalten ist²¹. Diese Argumentation verkennt jedoch den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Eigentum an einer körperlichen Sache und dem Urheberrecht als Immaterialgüterrecht. Beide haben (wie schon unter Punkt II.1.a) dargestellt) eine unterschiedliche Schutzrichtung und einen unterschiedlichen Inhalt.

Auch für die Beantwortung der Frage, ob ein Verwertungsverbot aus Eigentum in Betracht kommt, ist (wie für die Beantwortung der Frage, ob ein Abbildungsverbot aus Eigentumsrecht in Betracht kommt s.o.) auf Begriff und Inhalt des Eigentums zurückzugehen. Die (tatsächliche und rechtliche) Sachherrschaft des Eigentümers über die konkrete Sache ist von der dem Urheber vorbehaltenen Werkverwertung in den Verwertungsformen der §§ 15 ff. UrhG zu trennen. Die in der Materie zum Ausdruck gekommene Sachgestaltung, die nicht nur durch den Anblick des körperlichen Originals, sondern auch durch ein Abbild desselben vermittelbar und rezipierbar ist, wird vom Eigentumsrecht nicht erfasst. Die Abbildung einer Sache stellt sich als eine Vervielfältigung des immateriellen, geistigen Werkes dar; sie unterfällt dem urheberrechtlichen Verwertungsrecht. Dieses ist nicht dem Sacheigentümer, sondern dem Eigentümer am in der Sache verkörperten Immaterialgut, dem Urheberrechtsinhaber, vorbehalten und zeitlich beschränkt. Die Zubilligung eines entsprechenden Ausschließlichkeitsrechts zugunsten des Sacheigentümers würde dem Wesen des Urheberrechts und seiner Abgrenzung gegenüber der sachenrechtlichen Eigentumsordnung zuwiderlaufen. Die Verwertung von Abbildungen einer Sache greift in keiner Weise in das Recht des Eigentümers zum Besitz und zur Benutzung seiner Sache aus §§ 1004, 903 BGB ein. Die gewerbliche Nutzung seines Sacheigentums erfasst nicht die gewerbliche Nutzung des vom Sacheigentum nicht erfassten Eigentums am Immaterialgut, welches in der Sache verkörpert wird und sich durch Abbildung vervielfältigen lässt. Dieses unterfällt dem Urheberrechtseigentum und ist nach Ablauf des befristeten Rechtsschutzes dergestalt gemeinfrei, dass nicht nur die Nachbildung, sondern auch die Abbildung ebenso wenig einer Genehmigung bedarf wie deren Verwertung. Der Sacheigentümer kann die Verwertung der Abbildung seines Eigentums nicht aus Eigentumsrechten untersagen. Er kann sie ggf. nur faktisch verhindern bzw. kann rechtlich schon

17. Vgl. BGH, AfP 2006 S. 56 = GRUR 2006 S. 249 (250).

18. A.A. wohl Göddan, Bibliotheksdienst 28. (1994), S. 1638.

19. Für urheberrechtlich geschützte Werke gilt dasselbe. Insoweit macht § 59 UrhG (Werke an öffentlichen Plätzen) eine Ausnahme vom weitgehenden Urheberrechtsschutz.

20. BGH, NJW 1975 S. 778 – Schloss Tegel.

21. So LG Potsdam – 1 O 175/08 – Sanssouci gestützt auf die Schloss Tegel Entscheidung des BGH a.A. Fn. 15.

eine Abbildung seines Sacheigentums gestützt auf Hausrecht untersagen²². Ein Recht am Bild der eigenen Sache aus §§ 1004, 903 BGB (also des Sacheigentümers) ist mithin auch in Bezug auf die Verwertungsmöglichkeit von Abbildungen der eigenen Sache abzulehnen. Besteht weder rechtlich noch faktisch eine Möglichkeit, Abbildungen zu verhindern, dann lässt sich die weitergehende Verwertung jederzeit möglicher Abbildungen jedenfalls nicht gem. §§ 1004, 903 BGB untersagen.

b) Verwertungsverbot aus Hausrecht

Möglicherweise kommt jedoch ein Verwertungsverbot aus Hausrecht in Betracht. Ein Verwertungsverbot aus Hausrecht kommt nur dort in Betracht, wo das Kulturgut zur Rezeption zugänglich gemacht werden muss und Hausrecht überhaupt Wirkung entfaltet.

Ggf. hausrechtlich lässt sich nur der Zugang von Bedingungen abhängig machen. Etwa lässt sich hausrechtlich ein Abbildungsverbot setzen, oder erklären, dass Abbildungen nur zu bestimmten (nichtkommerziellen) Zwecken erlaubt sind und ansonsten einer ausdrücklichen Zustimmung und Genehmigung (einem ausdrücklichen Vertragsschluss) bedürfen. Ein Verbot im Hinblick auf die (kommerzielle) Verwertung von entgegen eines Abbildungsverbotes gefertigten Abbildungen des zugänglich Gemachten lässt sich dahingegen nicht unmittelbar auf Hausrecht stützen.

Wird entgegen hausrechtlicher Bestimmungen eine Abbildung angefertigt, bedeutet diese Abbildung einen Verstoß gegen (auch strafrechtlich) geschütztes Hausrecht und lässt sich sanktionieren. Die weitere Verwertung der unrechtmäßig gefertigten Abbildungen hingegen stellt keinen direkten Verstoß gegen hausrechtliche Bestimmungen dar.

c) Verwertungsverbot aus Vertrag

Vielmehr stellt sie einen Verstoß gegen den beim Zugang zumindest konkludent abgeschlossenen Zugangsvertrag dar. Durchsetzbar und einklagbar wird ein Verwertungsverbot im Hinblick auf Abbildungen der eigenen Sache erst aufgrund des beim Zugang zumindest konkludent geschlossenen Vertrages.

Denn die Verwertung von im Rahmen hausrechtlicher Bestimmungen angefertigter Abbildungen lässt sich nur vertraglich festlegen. Diesen Verwertungsvertrag bereitet das Hausrecht vor, indem es etwa festsetzt, dass Abbildungen zwar erlaubt sind, jedoch nur zu privaten, nicht kommerziellen Zwecken, während Abbildungen zu kommerziellen Zwecken der Genehmigung bedürfen. Gleichzeitig ist das Hausrecht Teil des beim Zugang konkludent abgeschlossenen Zugangsvertrages.

Wer Zugang zu einer in einer Sache verkörperten kulturellen Äußerung bekommt, die in fremden Eigentum steht, schließt mit dem den Zugang gewährenden, an der Sache Berechtigten ausdrücklich oder konkludent einen Zugangsvertrag (§§ 305 ff. BGB) ab. Der Zugang kann dabei gestützt auf Hausrecht von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden²³. Das Anfertigen von Abbildungen kann (etwa durch das Anbringen von Tafeln, die das Fotografieren und sonstige Abbilden verbieten) gestützt auf Hausrecht untersagt werden. Ebenso ist es möglich, die Anfertigung von Abbildungen zuzulassen, jedoch auf nichtkommerzielle Zwecke zu beschränken oder auch zu kommerziellen Zwecken zuzulassen, jedoch insoweit von einer vorherigen Zustimmung abhängig zu machen. Die Einzelheiten lassen sich z.B. in Richtlinien über den Zugang, durch Aushang oder Schilder kundtun. Es ist dabei nicht Sache des den Zugang gewährenden Berechtigten, den Besucher über die Zugangsbedingungen im Detail aufzuklären, sondern Sache

des Besuchers, sich zu informieren. Die Zugangsbedingungen werden, insoweit sie rechtswirksam gesetzt werden können und einer Kontrolle nach den §§ 242, 305 ff. BGB standhalten, Bestandteil des durch den bei Zugang zumindest konkludent (durch den Zugang) abgeschlossenen Zugangsvertrages.

Zugangsbedingungen sind nur dann Bestandteil des Zugangsvertrages, wenn sie auch tatsächlich gesetzt werden. Ansonsten gilt das, was im Rahmen der sonstigen Gesetze zulässig ist. Abbildungen, die das im Kulturgut verkörperte Immaterialgut vervielfältigen, sind nach Ablauf von Urheberrechten ebenso zulässig wie deren Verwertung.

Im Falle, dass kein (hausrechtlich gestütztes) Abbildungsverbot ausgesprochen wurde bzw. die Abbildung zwar zugelassen wird, aber nur soweit sie privaten Zwecken dient und nicht der kommerziellen Verwertung getätigter (digitalfotografischer) Abbildungen erblickt werden, doch ist diese indessen auch gar nicht notwendig, weil das natürliche Vorrecht des Sacheigentümers, den gewerblichen Nutzen aus seinem Sacheigentum zu ziehen, nicht beeinträchtigt wird²⁴. Die Verwertung von Abbildungen einer Sache greift in keiner Weise in das Recht des Eigentümers zum Besitz und zur Benutzung seiner Sache aus §§ 1004, 903 BGB ein. Die gewerbliche Nutzung seines Sacheigentums erfasst nicht die gewerbliche Nutzung des vom Sacheigentum nicht erfassten Eigentums am Immaterialgut, welches in der Sache verkörpert wird und sich durch Abbildung vervielfältigen lässt. Dieses unterfällt dem Urheberrechtseigentum und ist nach Ablauf des befristeten Rechtsschutzes dergestalt gemeinfrei, dass nicht nur die Nachbildung, sondern auch die Abbildung ebenso wenig einer Genehmigung bedarf wie deren Verwertung.

Wenn das Hausrecht eine Abbildung verbietet oder nur eingeschränkt zulässt, bedeutet jede gegen diese Bestimmungen angefertigte Abbildung nicht nur einen Verstoß gegen hausrechtliche Bestimmungen, sondern zugleich auch einen Bruch des beim Zugang (zumindest konkludent) abgeschlossenen Vertrages, dessen Bestandteil das Hausrecht ist. Dieser bereits in der widerrechtlichen Abbildung liegende Vertragsbruch wird durch die weitergehende Verwertung der widerrechtlich angefertigten Abbildungen perpetuiert. Ein aus dem Vertragsbruch entstandener Schaden lässt sich schuldrechtlich geltend machen.

Der Zugangsvertrag wirkt wohlgermerkt nur zwischen den Vertragsparteien (inter partes). Ein (Unterlassungs-) Anspruch im Hinblick auf die kommerzielle Verwertung aus Vertrag besteht nur gegenüber dem Vertragspartner. Wenn ein Dritter (beispielsweise eine Bildagentur) den Vertragsbruch nicht initiiert (verleitet) hat, sondern durch die Verwertung der zu kommerziellen Zwecken gefertigten Abbildungen nur ausnutzt (und dadurch den Vertragsbruch perpetuiert), dann hat die Gedächtnisinstitution gegen den die Abbildungen verwertenden Dritten keine direkten Ansprüche. Jedoch kann sie auch den durch die weitergehende kommerzielle Verwendung der zu kommerziellen Zwecken gefertigten Fotografien durch einen Dritten entstandenen Schaden vom vertragsbrüchig gewordenen Vertragspartner, der die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs letztlich zu verantworten hat, einfordern. Dieser wird es somit wohlweislich unterlassen, vertragsbrüchig zu werden.

d) Verwertungsverbot aus §§ 1, 3 UWG

Der Ausnutzung fremden Vertragsbruchs lässt sich ebenso wie einer Verleitung zum Vertragsbruch nur wettbewerbsrechtlich begegnen²⁵. Voraussetzung für einen Anspruch auf Unterlassung der

22. Hierzu siehe Punkt II.1.b).

23. Siehe Fn. 12.

24. A.A. LG Potsdam – 1 O 175/08 – Sanssouci.

25. Vgl. Keine Verleitung zum Vertragsbruch ohne Wettbewerbsverhältnis – OLG Brandenburg, Urteil vom 15.11.2005 – 6 U 138/04.

kommerziellen Verwertung aus Wettbewerbsrecht (etwa bei Verleitung oder Ausnutzung fremden Vertragsbruches) gem. §§ 1, 3, 8 UWG ist unter anderem das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses gem. § 1 UWG und einer unlauteren geschäftlichen Handlung gem. § 3 UWG²⁶.

e) Verwertungsverbot aus §§ 823, 826 BGB

Gegebenenfalls lässt sich ein Verbot, (digitalfotografische) Abbildungen urheberrechtlich nicht mehr geschützter Werke zu verwerten, auch als Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gem. § 823 BGB durchsetzen. Voraussetzung ist, dass der Anspruchsteller selbst Abbildungen des infrage stehenden Kulturguts gewerblich verwertet (beispielsweise Museen in Form von Postkarten, Bildbänden etc.) und dass diese Verwertung gezielt behindert wird²⁷.

f) Verwertungsverbot aus §§ 15 ff. UrhG

In Bezug auf urheberrechtlich nicht (mehr) geschützte Werke besteht keine (urheber-) rechtliche Möglichkeit, die gewerbliche wie nicht-gewerbliche Verwertung von Vervielfältigungen (Abbildungen oder Nachbildungen) zu untersagen. Erlaubterweise angefertigte Abbildungen oder Nachbildungen eines gemeinfreien Werkes lassen sich beliebig weiterverwerten. Eine Verwertung in den Formen von §§ 15 ff. UrhG setzt voraus, dass sie ihrerseits Urheberrechtsschutz gem. § 72 UrhG genießen²⁸.

III. Einschränkung der Gemeinfreiheit?

Die Gemeinfreiheit (Abbildungs- und Verwertungsfreiheit) des im Kulturgut (einer Sache) verkörperten Immaterialgutes lässt sich im Hinblick auf Kulturgüter, zu denen sich der Zugang hausrechtlich bzw. vertraglich von Bedingungen abhängig machen lässt, einschränken²⁹. Die grundsätzlich bestehende Abbildungs- und Verwertungsfreiheit lässt sich im Hinblick auf diejenigen Kulturgüter, zu denen Zugang erforderlich ist, um eine Abbildung anzufertigen zu können, nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich beschränken und unter Umständen sogar gänzlich untersagen³⁰.

Die daraus resultierende Einschränkung der Abbildungs- und Verwertungsfreiheit ist eine Folge der sachherrschaftlich möglichen Einschränkung des Zugangs. Sie ist hingegen nicht eine Folge der umstrittenen Frage, ob Reproduktionsabbildungen gemeinfreier Kulturgüter Urheberrechtsschutz nach § 72 UrhG zukommen kann³¹. Wenn originalgetreuen (digitalfotografischen) Abbildungen von 2D sowie 3D (Kulturgut-) Vorlagen ein Leistungsschutz gem. § 72 UrhG zukommt, dann handelt es sich hierbei um einen vom Urheberrechtsschutz der Vorlage abzugrenzenden Schutz an einem neuen Schutzgegenstand³². Nicht durch die Zuerkennung von

Urheberrechtsschutz gem. § 72 UrhG für Abbildungen wird die Remonopolisierung des ursprünglichen Schutzgegenstandes (des im Kulturgut verkörperten Immaterialgutes) bewirkt, sondern einzig und allein durch eine auf der Sachherrschaft basierende Beschränkungsmöglichkeit des Zugangs zum Kulturgut³³. Wer den Zugang zum Kulturgut beschränken kann, kann hierdurch ausschließen, dass Dritte eine nach Ablauf des Urheberrechts an sich zulässige Vervielfältigung (etwa durch Abbildung oder Nachbildung) anfertigen können. Hierdurch wird eine Monopolstellung geschaffen, die in ihrer Wirkung der aus Urheberrechten resultierenden Monopolstellung gleichkommt, die aber nicht mit dieser verwechselt werden darf.

Vor diesem Hintergrund lässt sich Gemeinfreiheit im Sinne der (zumindest) Abbildungsfreiheit von Kulturgütern, deren Urheberrechtsschutz abgelaufen ist, nicht dadurch garantieren, dass man den urheberrechtlichen Leistungsschutz gem. § 72 UrhG für Reproduktionsabbildungen von 2D-Vorlagen generell ausschließt.

Dadurch würde nur verhindert, dass eine Monopolstellung an einem neuen Schutzgegenstand entsteht und damit zugleich die Verwertungsfreiheit von Abbildungen des ursprünglichen Schutzgegenstandes faktisch ausgehebelt.

Die Negierung des Urheberrechtsschutzes für Abbildungen etwa in Form von Reproduktionsfotos zweidimensionaler Vorlagen (z.B. durch teleologische Reduktion des § 72 UrhG)³⁴ würde Abbildungsfreiheit nur in den Fällen garantieren, in denen bei Beschränkung des Zugangs zum „gemeinfreien“ Kulturgut schon eine Abbildung existiert, die öffentlich verbreitet wird. Nur in diesem Fall kann das in der Abbildung vervielfältigte Immaterialgut durch Vervielfältigung und weitere Verwertung der Abbildung frei (also ohne Verstoß gegen Rechte aus § 72 UrhG) genutzt werden. Jedoch ist zu bezweifeln, dass bei Negierung des urheberrechtlichen Leistungsschutzes von Reproduktionsabbildungen aus § 72 UrhG diese, insoweit sie technisch aufwendig und kostenintensiv sind, überhaupt angefertigt werden, wenn jedermann die Leistung übernehmen kann³⁵! Zudem ist nicht einleuchtend, wieso die (im Bestehen von Leistungsschutz nach § 72 UrhG gesehene)

26. Zu möglichen wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen *Beater*, JZ 1998 S. 1101 (1102 f.).

27. Zu Ansprüchen aus vorsätzlich sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB vgl. *Bullinger*, a.A., a.a.O. (Fn. 11), S. 393; *Schack*, Kunst und Recht, 2004, Rdn. 206.

28. Zu den Voraussetzungen vgl. die Darstellung bei *Stang*, a.A. a.a.O. (Fn. 3), S. 175 f.

29. Hingegen ist die Anfertigung von (digitalfotografischen) Abbildungen gemeinfreier Kulturgüter und deren Verwertung dann, wenn die Kulturgüter frei zugänglich sind und die Anfertigung der Abbildungen somit ohne Eingriff in das Hausrecht oder die Privatsphäre möglich ist, grundsätzlich zulässig. Wenn der Zugang zu einer Sache i.S. der Betrachtung und damit die Möglichkeit der Abbildung jedem frei steht, ohne dass es eine rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit gibt diesen Zugang i.S. der freien Betrachtungsmöglichkeit zu unterbinden, ist es zulässig (digitalfotografische) Abbildungen anzufertigen und ebenso zulässig diese (ihren urheberrechtlichen Schutz vorausgesetzt) in den Formen der §§ 15 ff. UrhG zu verwerten.

30. Auch als Werke zu qualifizierende Kulturgüter, die noch Urheberrechtsschutz genießen, können gem. § 59 UrhG, insofern sie sich „bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen befinden“ zustimmungsfrei abgebildet und die Abbildungen zustimmungsfrei (auch gewerblich!) verwertet werden.

31. So aber *Stang*, a.A. a.a.O. (Fn. 3), 3 S. 207 ff., sowie die Diskussion im Internet ausgehend von *Klaus Graf*, Schutz der Reproduktionsfotografie, siehe: <http://archiv.twoday.net/stories/4850312/> [letzter Abruf: 28.07.2009].

32. Das bemerkt richtigerweise auch *Stang*, a.A. a.a.O. (Fn. 3), S. 208.

33. Der Urheberrechtsschutz betrifft das verkörperte Immaterialgut. Dieser lebt nach Ablauf weder im Falle der Reproduktionsabbildung einer 3D noch im Falle einer 2D Vorlage wieder auf. Das Schutzrecht aus § 72 UrhG im Hinblick auf (Reproduktions-) Abbildungen gibt immer nur eine zusätzliche Verwertungsmöglichkeit. Die (Reproduktions-) Abbildungen sind nicht von einem möglicherweise am Original noch bestehendem Urheberrechtsschutz umfasst (so aber *Leistner* S. 209), sondern bedürfen als Vervielfältigung oder Bearbeitung der Zustimmung des Urhebers des Originals gem. § 16 UrhG. Die Zuerkennung von Leistungsschutz gem. § 72 umgeht nicht den Ablauf des Urheberrechtsschutzes in Bezug auf das abgebildete Immaterialgut. Die Umgehung liegt in einer nach Ablauf des Urheberrechtsschutzes eigentlich möglichen Anfertigung von Reproduktionen verhindernden Sachherrschaft begründet und nicht in der Gewährung von Lichtbildschutz! Auch dieser Schutz ist gem. § 72 Abs. 3 UrhG auf fünfzig Jahre zeitlich befristet. Eine Umgehung dieser Schutzfrist liegt auch hier nicht in der Zuerkennung weitergehenden Lichtbildschutzes für weitere Reproduktionen begründet, sondern in der faktischen Möglichkeit die Anfertigung von abbildenden Reproduktionen verhindern zu können. So aber der BGH, GRUR 1990 S. 669 [673] Bibelreproduktion, der irrig feststellt, der Lichtbildschutz würde ewig laufen, wenn man auch der Abbildung von der Abbildung einen Schutz gem. § 72 UrhG zuerkennen würde, und daher den Schutz auf fotografische „Urbilder“ beschränken möchte. Eine neue Abbildung verlängert jedoch nicht einen bestehenden Schutz, sondern schafft einen neuen (wenn auch mit dem Original identischen) Schutzgegenstand. Eine faktische Schutzrechtsverlängerung besteht nur dann wenn abbildende Reproduktionen sich aufgrund Sachherrschaft verhindern lassen und liegt in dieser Verhinderungsmöglichkeit begründet!

34. So *Leistner* a.A. a.a.O. (Fn. 3).

35. Anderer Ansicht *Leistner* a.A. a.a.O. (Fn. 3), der davon ausgeht, dass die Gedächtnisinstitutionen auf Einnahmen aus Lizenzierung für Abbildungen ihrer Kunstwerke nicht verzichten können. Jedoch ist offen, wie bei einem generellen Ausschluss der Schutzfähigkeit von Reproduktionsfotos mit der Lizenzierung solcher Abbildungen noch großartig Einnahmen generiert werden sollen, da die vertraglichen Abmachungen nur die Vertragspartner binden, aber Dritte im Falle der Verwertung der lizenzierten Abbildungen diese einfach übernehmen können, ohne, dass hiergegen ein Rechtsschutz besteht (der im Falle dass die Abbilder gem. § 72 UrhG geschützt wären, bestehen würde).

Einschränkung der Gemeinfreiheit im Fall von dreidimensionalen Kulturgütern hinzunehmen ist³⁶.

Nur eine offene Zugangspolitik der Gedächtnisinstitutionen in Bezug auf Abbildungen von ihnen ver- und bewahrter Kulturgüter kann den bestehenden Wertungswiderspruch von nach Ablauf von Urheberrechtsschutz grundsätzlich bestehender Gemeinfreiheit und tatsächlich eingeschränkter Abbildungs- und Verwertungsmöglichkeiten der in den Kulturgütern verkörperten Immaterialgüter wiederherstellen. Der generelle Ausschluss der Schutzfähigkeit von abbildenden Reproduktionen zweidimensionaler Vorlagen lässt sich hingegen nicht mit der Gemeinfreiheit begründen³⁷!

IV. Fazit

Es gibt kein Recht am Bild der eigenen Sache (aus §§ 1004, 903 BGB). Eine Beschränkung der Abbildungs- und Verwertungsfreiheit aus Eigentumsrechten gem. §§ 1004, 903 BGB ist im Hinblick auf Abbildungen nur aus konservatorischen Gesichtspunkten zulässig und im Hinblick auf die Verwertung von Abbildungen gänzlich abzulehnen. Eine Beschränkung der Abbildungs- und Verwertungsfreiheit lässt sich umfassend jedoch über das Hausrecht und einen dieses beinhaltenden Zugangsvertrag (insoweit [schuld-] rechtlich) vornehmen. Hausrechtlich können öffentlich-rechtlich getragene Gedächtnisinstitutionen die Abbildungs- und Verwertungsfreiheit nur insoweit einschränken, als die Einschränkung nicht ihren Aufgaben widerspricht und auch keinen Eingriff in die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 GG bedeutet. Eine Beschränkung der Abbildungs- und Verwertungsfreiheit auf nicht kommerzielle Zwecke, gestützt auf Haus- und Vertragsrecht, verstößt nicht gegen die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 GG, denn das Kulturgut bleibt als Informationsquelle frei zugänglich.

Die Gedächtnisinstitutionen haben dann, wenn sie faktisch den Zugang zu von ihnen verwahrten Kulturgütern beschränken können, die Möglichkeit, den Zugang auch rechtlich zu beschränken und von Bedingungen abhängig zu machen³⁸. Sie können in diesen Fällen die nach Ablauf von Urheberrechtsschutz grundsätzlich bestehende Gemeinfreiheit in Form von Abbildungsfreiheit hausrechtlich auf nicht kommerzielle Zwecke beschränken und einer kommerziellen Verwertung der (zu nicht kommerziellen Zwecken angefertigten) Abbildungen aus Zugangsvertrag begegnen und haben dann ein dem Recht am Bild der eigenen Sache entsprechendes kommerzielles Verwertungsmonopol im Hinblick auf Abbildungen der von ihnen verwahrten Kulturgüter inne. Nur sie selbst können bei Beschränkung

des Zugangs (digitalfotografische) Abbildungen der von ihnen verwahrten Kulturgüter zu kommerziellen Zwecken anfertigen (lassen) und diese (Urheberrechtsschutz gem. § 72 UrhG vorausgesetzt) in den Formen von §§ 15 ff. UrhG verwerten.

Ob die nach dem gefundenen Ergebnis zulässige gängige Praxis der Gedächtnisinstitutionen, nach dem Muster urheberrechtlicher Lizenzen Entgelte für die Verwendung der Abbilder von ihnen verwahrter gemeinfreier Kulturgüter zu verlangen, gesellschaftspolitisch wünschenswert ist, oder ob nicht vielmehr den Gedächtnisinstitutionen anzuraten ist, ihre strengen Zugangsregeln gegen eine offene „Open Access“-Politik einzutauschen, ist eine andere Frage. Längst ist es kein Geheimnis mehr, dass eine offene Vermittlungspolitik sich nicht zulasten eigener kommerzieller Verwertungsformen auswirkt, sondern im Gegenteil diese sogar fördert. So hat es sich etwa im Verlagswesen gezeigt, dass die Vermittlung von Schriftgut über das Internet die Absatzzahlen von gedruckten Werken sogar erhöht hat!

Müssen sich die Gedächtnisinstitutionen davor schützen, dass Dritte (digitale od. analoge) Abbildungen der von ihnen verwahrten gemeinfreien Kulturgüter (sei es auch kommerziell) verwerten? Insoweit sie selbst dies nicht tun, wirkt die Vermittlung von Abbildungen gemeinfreier Kulturgüter (auch die kommerzielle!) als kostenlose werbende Multiplikation, weckt Interesse und kann helfen, Besucherzahlen zu erhöhen. Wo gemeinfreie Kulturgüter im Depot schlummern, würde das (sei es auch kommerzielle) Angebot Dritter helfen, die Zugänglichkeit zumindest durch abbildende Rezeption zu ermöglichen. Wenn (weil die Gedächtnisinstitutionen selbst Abbildungen der verwahrten gemeinfreien Kulturgüter verwerten) dann eine Konkurrenzsituation entsteht, führt diese Konkurrenzsituation nicht zwangsweise zu einer Verschlechterung in Bezug auf die eigenen Verwertungsmöglichkeiten. Der Verbraucher bzw. Rezipient kann dann selbst entscheiden, ob er bei den Gedächtnisinstitutionen (bzw. ihren Vertretungen wie z.B. dem Bildarchiv Stiftung Preußischer Kulturbesitz) selbst die Abbildungen (für die weitere Verwendung oder bloße Rezeption) erwerben möchte, oder bei einem Konkurrenten, der unter Wahrung von Haus- und Vertragsrechtlichen Bindungen in Absprache mit den Gedächtnisinstitutionen Abbildungen für die kommerzielle Verwertung angefertigt hat. Der Markt regelt über die Nachfrage und das (und die Qualität des) Angebot (es) den Preis für die Abbildungen. Auch andere Marktmodelle kommen infrage. Eine Öffnung der strengen Zugangsregeln könnte etwa so aussehen, dass die Gedächtnisinstitutionen die Anfertigung von Abbildungen im Allgemeinen (d.h. wenn nicht etwa konservatorische Gesichtspunkte dagegen sprechen) erlauben, allerdings unter der Einschränkung, dass ihnen, sofern Rechte gem. § 72 UrhG an den Abbildungen entstehen, diese als einfache Rechte zur eigenen Verwertung eingeräumt werden. Besteht trotz bei Übertragung einfacher Rechte indizierter Konkurrenzsituation ein Anreiz zur Anfertigung von Abbildungen, sparen sich die Gedächtnisinstitutionen Kosten und Aufwand für diese. Gerade für kleine Gedächtnisinstitutionen, die keine Mittel für die Anfertigung hochwertiger und gegen Entgelt lizenzierbarer Reproduktionsfotos haben, eine lohnenswerte Überlegung.

Für die Gedächtnisinstitutionen kann es ein Gewinn sein, die faktische Monopolstellung in Bezug auf die Abbildungsmöglichkeit und ergo Verwertungsmöglichkeit der Abbildungen von ihnen verwahrter kultureller Güter aufzugeben, jedenfalls aber wäre es ein Gewinn für die Allgemeinheit. Die Gedächtnisinstitutionen sind dem Allgemeinwohl verpflichtet, und das Interesse der Allgemeinheit ist bei der Abwägung für und wider die Öffnung der Zugangsregeln besonders zu berücksichtigen!

36. So *Leistner* a.A. a.a.O. (Fn. 3), S. 213 Fn. 258 mit der nicht ganz schlüssigen Begründung, dass Abbildungen dreidimensionaler Kunstwerke das Original nicht in der Weise zu substituieren vermögen, wie dies bei Reproduktionen zweidimensionaler Kunstwerke der Fall sei und gemessen am eigentlichen Verwertungsgegenstand auch keine echte Umgehung der urheberrechtlichen Schutzfrist drohen würde. Diese droht m.E. auch nicht bei Reproduktionsabbildungen von 2D Vorlagen! Denn der eigentliche Verwertungsgegenstand ist auch bei 2D Originalen nicht immer eine Reproduktion (so aber *Leistner* S. 209). Schon gedanklich trifft diese Annahme nur zu, wenn es sich bei der 2D Vorlage um ein Werk handelt, das erst durch Verkörperung auf einem Wiedergabemedium rezipierbar wird. Also etwa die digitale Aufnahme als Ausdruck auf Fotopapier, der eine Reproduktion darstellt. Eine alte Handschrift hingegen lässt sich sowohl als Original, als auch als davon zu unterscheidende Abbildung bzw. Reproduktion verwerten. Verwertungsgegenstand ist in beiden Fällen nicht die Reproduktion, sondern das im Werk steckende (im jeweiligen Medium rezipierbar gemachte) Immaterialgut. Während hieran der Urheberrechtsschutz nach siebenzig Jahren abläuft, kann einem es abbildendem Lichtbild unabhängig von einem bestehenden Urheberrechtsschutz (der durch erstmalige Verkörperung überhaupt erst zu laufen beginnt) ein fünfzigjähriger Leistungsschutz gem. § 72 UrhG zukommen. Abbildungen können das Original außer im Falle sie sind mit diesem identisch (dann Nachbildung und nicht nur in andere Medien übertragende Abbildung) nicht substituieren.

37. Auch nicht der bereichsspezifische Ausschluss des durch § 72 UrhG generell gewährten Schutzes in Bezug auf gemeinfreie Vorlagen siehe zur Problematik *Leistner*, a.A. a.a.O. (Fn. 3), S. 215.

38. Kulturgüter, die sich schon tatsächlich nicht vor Abbildungen schützen lassen, lassen sich auch nicht rechtswirksam vor Abbildungen und vor der Verwertung von Abbildungen schützen!