# Veröffentlichung von Abbildungen gemeinfreier Kunstwerke

Eckhard Höffner

5. September 2018— CC BY-SA*

## Inhaltsverzeichnis

**1 Reproduktionsfotografien** **3**
1.1 Gegenstand des Verfahrens . . . 3
1.2 Vorschlag . . . . . 5

**2 Ungenehmigte Fotografien fremder Sachen** **7**
2.1 Hintergrund . . . . . 7
2.1.1 Schloss Tegel . . . . . 8
2.1.2 Schloss Sanssouci . . . . 10
2.1.3 U-Bahn – Graffiti . . . . 17
2.1.4 Aufgabe der Rechtsprechung? . . . . . 18
2.1.5 Hühnerställe . . . . . 19
2.1.6 Reiss-Engelhorn Museum . . . . . 20
2.2 Rechtliche Problematik . . . . . 21
2.2.1 Reichweite . . . . . 22
2.2.2 Früchte der Sache . . . 24
2.2.3 Betreten des Grundstücks . . . . . 25
2.2.4 Zuweisungsgehalt . . . 26
2.2.5 Absatzerschwerung . . 27
2.2.6 UWG . . . . . 27
2.2.7 Abschließend . . . . . 28

*https://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/de/

## Hintergrund

Die Überschrift ist etwas irreführend, denn Kunstwerke, Baudenkmäler etc. haben mit Gemeinfreiheit ihren besonderen zivilrechtlichen Status verloren und fallen unter die Sachen. Manche Kulturgüter sind sehr teuer wie Diamanten oder einzigartig, andere bedürfen einer speziellen Pflege wie Bonsaibäume oder dienen der Identifikation, Erbauung, historischen Anschauung etc. Sie werden deshalb vom Recht nicht stets gleich mit den anderen Sachen behandelt, sondern dürfen als Kulturgüter[1] unter Umständen erst nach einer Genehmigung exportiert werden, während den Eigentümern von Denkmälern die Pflicht zum Erhalt des Denkmals auferlegt werden kann. Dem können Vorteile gegenüberstehen, etwa Zuschüsse des Staates zur Denkmalpflege. Die besonderen Regeln fallen aber außerhalb des Zivilrechts.

Über die zivilrechtlichen Aspekte der Verbreitung von Abbildungen fremder Sachen ver-

[1] Das Kulturgut wird nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 Kulturgutschutzgesetz definiert als »jede bewegliche Sache oder Sachgesamtheit von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder aus anderen Bereichen des kulturellen Erbes, insbesondere von paläontologischem, ethnographischem, numismatischem oder wissenschaftlichem Wert.«

handelt am 31. Oktober 2018 der BGH den Fall Stadt Mannheim[2] wg. Veröffentlichungen bei Wikimedia Commons (Az.: I ZR 104/17). Der Sachverhalt betrifft die Veröffentlichung von diversen Ablichtungen von *gemeinfreien* im Museum ausgestellte *Bildern* und anderen *Kunstwerken* auf der Website Wikimedia Commons.[3] Die Revision betrifft ein Urteil des OLG Stuttgart gegen einen Fotografen und damit Wikimedia nur mittelbar. In dem Revisionsverfahren sind zwei zu unterscheidende Sachverhalte zu beurteilen, nämlich

1. Reproduktionsfotografien, die das Museum 1992 durch einen Mitarbeiter hat fotografieren lassen und die in einer Publikation (offenbar des Museums) veröffentlicht wurden;

2. Fotografien, die der beklagte Fotograf bei einem Museumsbesuch im Jahr 2007 selbst angefertigt und Wikimedia zur Verfügung gestellt hat.

In beiden Varianten wurden die Bilder von Wikimedia im Internet veröffentlicht.

Der 1. Senat – dessen Zuständigkeit sachlich näher an den Problemen liegt als die des für Grundstücksrecht zuständigen 5. Senats – hat hat in dem Museum-Fall die Möglichkeit, die nicht überzeugende Sanssouci-Rechtsprechung zu beenden.[4] Der BGH kann die Revision auch zurückweisen, ohne die eigentumsrechtliche Frage zu klären, wenn der Anspruch des Museums sich bereits aus dem Vertrag mit dem Fotografen ergibt. Der Vertragsinhalt scheint in dieser Hinsicht auf ein Piktogramm mit einer durchgestrichenen Kamera beschränkt zu sein.[5] Der BGH kann schließlich mit einer spitzfindigen Begründung etwa zu dem vom 5. Senat geforderten *vom Anblick ausschließen* oder der *Absatzerschwerung* eine Entscheidung vermeiden.[6]

Für Wikimedia und die große Zahl an Nutzern wäre es ein schwerer Schlag sein, wenn nur noch Vorlagen aus vergleichsweise alten Katalogen (die Dauer des exklusiven Rechts an

[2] Reiss-Engelhorn Museum als Eigenbetrieb der Stadt Mannheim, nachfolgend kurz *Museum*.

[3] Ausführlicher Sachverhalt:

- LG Berlin, Urteil vom 31. Mai 2016 (15 0 428/15)
- OLG Stuttgart - Urteil vom 31.Mai 2017 (Az. 4U 204/16)

In dem Verfügungsverfahren LG Berlin war Wikimedia Deutschland e.V. Beklagte, während das Verfahren OLG Stuttgart sich gegen den Fotografen richtet, der die Bilder auf Wikimedia gespeichert hat.

[4] Eine Entscheidung des Großen Senats wäre angesichts der inkonsistenten Urteile des 5. Senats zur Klarstellung sinnvoll.

[5] Eindeutig dürfte sein, dass Fotografieren nicht erlaubt ist, was aber nicht der Gegenstand der Revision ist. Es geht darum, ob sich aus dem Zeichen ableiten lässt, dass entgegen dem Verbot aufgenommene Bilder nicht verbreitet werden dürfen und wenn ja, wie das Zeichen zu verstehen ist. Hier sind verschiedene Varianten denkbar, beispielsweise

- ob ein Journalist, der auf Hygienemängel im Museum aufmerksam machen will, das Bild einer verdreckten Toilette aufnehmen und in der Zeitung abbilden darf;
- ob ein Besucher ein Bild von sich mit einem Rubensgemälde im Hintergrund öffentlich zugänglich machen oder mit einem Nachrichtendienst an seine Bekannten weiterleiten darf;
- ob ein Bild eines einzelnen Gemäldes verbreitet werden darf;
- etc.

Der BGH überprüft die Auslegung einer Willenserklärung nur beschränkt dahingehend, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln, die anerkannten Auslegungsgrundsätze, die Denkgesetze und die Erfahrungssätze beachtet und ob und die der Auslegung zugrunde liegenden Tatsachen ohne Verfahrensfehler festgestellt wurden, st. Rspr., vgl. etwa BGHZ 135, 269, 273. Es liegen allerdings allgemeine Geschäftsbedingungen vor, und die Wirksamkeit der AGB ist eine Rechtsfrage. In diesem Rahmen muss z. B. geprüft werden, ob das Verbot von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht, so dass der Prüfungsrahmen des BGH nicht so begrenzt ist. Dies wird hier nicht weiter erörtert.

[6] Siehe Abschnitt 2.1.4 und Abschnitt 2.2.5.

Lichtbildern beträgt derzeit[7] 50 Jahre) genutzt werden können. Allerdings kann das Urteil eine weit darüber hinausreichende Wirkung haben, weil nicht nur Kunstwerke und nicht nur Wikimedia betroffen sind. Würde der BGH den Anspruch aus Eigentum (§§ 903, 1004 BGB) als gerechtfertigt ansehen, wäre das Urteil für Wikimedia zwar nicht bindend,[8] aber die Frage damit praktisch für Wikimedia und für zahllose Fotografen, Journalisten und andere Personen, die Abbilder von fremden Sachen veröffentlichen, verbreiten oder öffentlich zugänglich machen (praktisch alle auf den diversen Plattformen verbreitete Aufnahmen von fremdem Eigentum) entschieden.[9]

# 1 Reproduktionsfotografien

## 1.1 Gegenstand des Verfahrens

Bei den Reproduktionsfotografien handelt es sich um Lichtbilder, die ein Mitarbeiter der Stadt Mannheim, deren »Hausfotograf«, angefertigt hat und die in einem Katalog abgebildet wurden. Jemand hat diesen Katalog erworben und die Bilder eingescannt; die Scans wurden auf Wikimedia hochgeladen.

Ein Anspruch auf Unterlassung der Zugänglichmachung (z.B. im Internet anzeigen) ergibt sich in solchen Fällen in der Regel aus §§ 97 Abs. 1, 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Abs. 3, 19a, 72 UrhG. Einfache Fotografien sind als Lichtbilder im Sinne des § 72 UrhG anzusehen.[10]

Die Lichtbilder bestimmen die Reichweite der urheberrechtlichen Verbotsrechte des sogenannten *Lichtbildschutzes*. Lichtbilder, Werke etc. im Sinne des Urheberrechts werden vom Urheberrecht im eigentlichen Wortsinne nicht *geschützt*, obwohl § 2 UrhG von den »geschützten Werken« spricht. Die Lichtbilder sind nach einer Verletzung des urheberrechtlichen »Schutzes« weiterhin unversehrt vorhanden. Man kann sie durch bloßes Vervielfältigen oder Zugänglichmachen nicht nachteilig beeinträchtigen.[11] Eine Beschädigung würde zudem

[7] Bei den Tonaufnahmen kann man erkennen, dass die Bemühungen für eine Verlängerung der Dauer des Rechts zunehmen, wenn bedeutende Umsatzträger wegfallen können. Mit der Richtlinie 2011/77/EU wurden die Rechte der Tonträgerhersteller von 50 auf 70 Jahre verlängert, dies zu einem Zeitpunkt, als Aufnahmen aus den Anfangsjahren der Beatles andernfalls nicht mehr vom Leistungsschutzrecht für Tonträgerhersteller erfasst wären.

[8] Bei einer Entscheidung auf rein vertraglicher Grundlage wäre Wikimedia aus dem Urteil des OLG Stuttgart nicht zur Löschung verpflichtet, jedoch aus Urteil des LG Berlin, das aber als Verfügungsverfahren nicht endgültig ist.

[9] Ob das BVerfG korrigierend eingreifen kann, ist eine andere Frage. Die Verfassungsbeschwerde zur Sanssouci-Entscheidung 2010 wurde jedenfalls nicht angenommen (BVerfG, 28.08.2014 - 1 BvR 1373/13).

[10] Sofern die Fotografien besondere *schöpferische* Merkmale aufweisen, sind sie nicht nur als *Lichtbilder* durch ein Leistungsschutzrecht erfasste Produkte anzusehen, sondern gelten als *Werke* im Sinne des Urheberrechts. Ein Unterschied ergibt sich daraus, dass man ein *Werk* nicht nur nicht kopieren, sondern auch nur begrenzt nachahmen darf, während man das Motiv eines bloßen *Lichtbilds* identisch fotografieren und die eigenen Aufnahmen unbegrenzt verbreiten darf (es sei denn, das Motiv selbst fällt unter das Urheberrecht). Man darf also ein Lichtbild der Dresdener Hofkirche nicht weiter verbreiten, aber selbst die Hofkirche fotografieren und diese Aufnahmen verbreiten. Wenn das Motiv selbst unter das Urheberrecht fällt, also etwa ein Bild von Baselitz, wäre die Zustimmung des Inhabers der Urheberrechte an dem Baselitzgemälde notwendig.

Die alte BGH Rechtsprechung (BGH GRUR 1967, 315, 317 -- skai cubana) aus den sog. *analogen* Zeiten, nach der der Lichtbildschutz sich auf die konkrete Aufnahme als *körperlicher Gegenstand* (deren Vervielfältigung ist einem Dritten untersagt) beschränke, wird auf digitale Aufnahmen erweitert.

Über den Sinn des Lichtbildschutzes für die heutzutage milliardenfach mit Telefonen angefertigten Aufnahmen und deren Nutzung im Internet kann man streiten. Eine Begrenzung auf Persönlichkeits- und Datenschutz dürfte für nahezu alle Fälle vollständig ausreichend.

[11] Bei Rechten geht es nicht um den Schutz der Objekte, sondern um die Inhaber des Rechts. Das Sacheigentum dient den Eigentümer von Sachen, das Grund-

nicht in den Bereich des Urheberrechts fallen, sondern unter die allgemeinen Regeln des Zivilrechts als Sachschaden. Das urheberrechtliche Recht ist im Kern ein Verbot von Handlungen wie das Vervielfältigen, Verbreiten oder Zugänglichmachen (bzw. das unterlassene Löschen).[12]

Wenn das Museum eventuelle Rechte an den Bildern von dem Hausfotografen erworben hat,[13] geht es – soweit ersichtlich – nur um die Frage, ob bei der Reproduktionsfotografie zumindest ein Lichtbild im Sinne von § 72 UrhG vorliegt.

In diesem Rahmen trifft man auf Besonderheiten, die von der Rechtsprechung nach dem Zweck der Vorschrift behandelt werden:

- Die Fotografin macht eine Aufnahme von dem Gemälde – vermutlich mit dem Ziel: möglichst originalgetreu. Die Aufnahme war zunächst auf dem »Film« (in der Regel als Negativ) gebannt, der im Entwicklungslabor entwickelt wurde.

- Von dem entwickelten Film wurden Reproduktionen mit einer der Fotografie ähnlichen Technik angefertigt: Beim Vierfarbendruck wird die Vorlage (Negativ, Dia-Positiv oder Daten) unter Nutzung von Farbfiltern auf vier getrennte Filme belichtet, die dann für die Druckplatten genutzt werden.

Für den gescannten Katalog (also Grundlage der Bilder bei Wikimedia) wurden damit die Filme der Vierfarben-Druckvorstufe genutzt, nicht der von der Fotografin belichtete Film. Dabei bestehen sowohl bei der Entwicklung des Negatives wie auch bei der weiteren Verarbeitung bis zum endgültigen Druck Einflussmöglichkeiten auf das Endergebnis (von Korrekturen der Belichtung bei der Entwicklung des Films bis hin zum verwendeten Druckpapier). Diese für den Druck technisch notwendigen Vorgänge dürften nach dem BGH, den das OLG Stuttgart wiedergibt, urheberrechtlich ohne Bedeutung sein, solange keine »Verfremdung« des Ausgangsmaterials bezweckt ist:[14]

> Ein bloßer technischer Reproduktionsvorgang begründet noch keinen eigenständigen Lichtbildschutz für die Reproduktion. Auch beim Lichtbild kann nicht auf ein Mindestmaß an – zwar nicht schöpferischer, aber doch – geistiger Leistung verzichtet werden, der Lichtbildschutz erfordert, dass das Lichtbild als solches originär, also als Urbild geschaffen worden ist.[15]

Der beklagte Fotograf beruft sich darauf, dass es bei der Abbildung des Gemäldes im Katalog um eine Wiedergabe in möglichst identischer unveränderter Form gehe. Die Argumentation zeigt die Nähe der Reproduktionsfotografie zu

eigentum den Grundeigentümern, das Urheberrecht dem Inhaber der Verwertungsrechte etc. Der bedeutsame Unterschied liegt darin, dass bei einer Verletzung des Sacheigentums oft die Sache beschädigt oder dem Eigentümer nicht so zur Verfügung steht wie dies ohne die Verletzung der Fall wäre (KFZ-Unfall oder Diebstahl), während bei Immaterialgüterrechten der Inhaber des Rechts keine Nachteile im Hinblick auf das Objekt erleidet, sondern unter Umständen niedrigere Einnahmen erzielt.

[12] Nachfolgend wird nur der Begriff *Verbreiten* genutzt, weil es auf die unterschiedlichen Handlungsformen nicht ankommt.

[13] Nach § 43 UrhG steht das Recht grundsätzlich dem Angestellten zu. Wenn er jedoch im Auftrag seines Arbeitgebers fotografiert hat, gehen die Verwertungsrechte nach dem Dienstvertrag (oder einer ergänzenden Auslegung des Vertrages) regelmäßig auf den Arbeitgeber über. Bei einem *Hausfotografen* spricht alles dafür, dass die Rechte an im Rahmen des Dienstverhältnisses angefertigten Aufnahmen auf den Arbeitgeber übergegangen sind. Dies soll hier nicht in Frage gestellt werden.

[14] Wenn man die *verschnörkelte* Rechtsprechung des EuGH zum Urheberrecht betrachtet, können diese technischen Feinheiten von Belang sein.

[15] BGH GRUR 1990, 669, 673 – Bibelreproduktion.

dem technischen Vorgang beim mechanischen Scannen von Büchern, oder zu dem, was bei der professionellen Entwicklung eines Films oder der Einrichtung der Druckvorstufe zur *Wiedergabe in möglichst identischer unveränderter Form* passiert.[16]

Das scheint – grob umrissen und nach der Pressemitteilung des BGH – der Gegenstand des ersten Teils zu sein. Möglicherweise wird der BGH wie schon das OLG Stuttgart sich von folgender Überlegung leiten lassen: Wenn schon Millionen Schnapsschüsse das Verbotsrecht begründen, muss das für eine Fotografie, bei der nicht nur der Auslöser gedruckt wurde, sondern Fachkenntnisse und vermutlich Stativ und Beleuchtung genutzt wurden, erst Recht gelten. Eine gute Reproduktionsfotografie stellt ohne Frage höhere Anforderungen an den Fotografen. Dass die Umstände des Einzelfalls, also der später nicht mehr erkennbare Aufwand bei der Anfertigung der Fotografie, maßgeblich sein soll, mag einleuchtend erscheinen. Nur wären dann die Schnapsschüsse mangels erkennbaren Aufwands vermutlich nicht mehr unter den Begriff *Lichtbild* subsumierbar, eingescannte Bücher hingegen schon.

## 1.2 Vorschlag

Der BGH kann auch die Entscheidung des AG Nürnberg[17] berücksichtigen. Der gesetzliche Wertung der Gemeinfreiheit, Kulturgüter dürfen der Öffentlichkeit nach Ablauf der Frist nicht vorenthalten werden, um mit diesen Einnahmen zu erzielen, ist der Vorrang einzuräumen:

> Im konkreten Einzelfall ist aber aufgrund einer teleologischen Reduktion der Schutzgegenstand zu verneinen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin, in deren Besitz sich das hier abfotografierte Gemälde befindet, das alleinige Entscheidungsrecht darüber hat, wer dieses Gemälde ablichtet bzw. fotografiert. Insoweit ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Anlagen, namentlich den Entscheidungen des Landgerichts Berlin bzw. Amtsgerichts Charlottenburg, dass die Klägerin grundsätzlich die Anfertigung von Fotografien innerhalb ihrer Museen untersagt. Soweit ein Kunstinteressent Ablichtungen eines Gemäldes aus dem Bestand der Klägerin verwenden möchte, ist er zwangsläufig auf die eigens von der Klägerin bzw. deren Fotografen gefertigten Lichtbilder angewiesen und insoweit verpflichtet, die Nutzung dieser Lichtbilder entsprechend der Honorartabelle der Klägerin im Wege der Lizenzierung zu vergüten. Obwohl es sich bei dem abfotografierten Gemälde um ein gemeinfreies Werk handelt, ist es dabei letztlich dem betrachtenden Publikum nicht möglich, trotz der Wertungen der Gemeinfreiheit das genannte Gemälde im Wege von Fotografien zu nutzen bzw. zu eigenen Zwecken unentgeltlich wiederzugeben. Im Endeffekt werden damit die Wertungen der Gemeinfreiheit nach Ablauf der Schutzfrist von 70 Jahren umgangen. Indem die Klägerin durch eigene Fo-

[16] Historisch kann man wohl keine Begrenzung auf das Fotografieren im eigentlichen Sinne mehr begründen. Das *Gesetz, betreffend den Schutz der Photographieen gegen unbefugte Nachbildung* vom 10. Januar 1876 betraf nur Fotografien, setzte keine schöpferische Leistung voraus, und gewährte ein fünfjähriges Verbotsrecht. Das *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie* vom 12. Januar 1907 erweiterte jedoch die Reichweite des Verbots auch auf »solche Werke, welche durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hergestellt werden«.

[17] Urt. v. 28.10.2015 - 32 C 4607/15

tografen eigene Lichtbilder fertigen lässt, begründet sie letztlich ein neues Schutzrecht mit einer Schutzdauer von weiteren bzw. neuen 50 Jahren gemäß § 72 Abs. 3 UrhG. Zur Überzeugung des Gerichts werden damit die Wertungen der Gemeinfreiheit umgangen.

Das AG Nürnberg befindet sich in bester Gesellschaft mit Kant.[18] Die Öffentlichkeit hat einen Anspruch auf Zugang zu dem Werk, solange der Urheber keine anderweitige Regelung getroffen hat. Kant sprach dem Eigentümer eines Manuskripts das Recht ab, das Werk des Autors *als sein Eigentum* zu unterdrücken. Das Publikum könne vom Verleger verlangen, dass er das Manuskript druckt oder heraus gibt, denn der Eigentümer des Originals *»besitzt die Handschrift nur unter der Bedingung, sie zu einem Geschäfte des Autors mit dem Publicum zu gebrauchen.«*

Dies ist zu ergänzen: Mit Ablauf des Urheberrechts bleibt die Verpflichtung gegenüber der Öffentlichkeit bestehen. Wenn die Gesellschaft für urheberrechtliche Werke ein vom Allgemeinen abweichendes Sonderrecht geschaffen hat, muss die Gesellschaft im Gegenzug nach Ablauf des Sonderrechts einen angemessenen Zugang zu den Werken haben, der nicht durch einen Rekurs auf das Eigentum umgangen werden kann (vor allem nicht bei mit öffentlichen Mitteln angeschafften Originalen).

Das entspricht einem Grundgedanken des Patentrechts: Wer ein Patent erhalten will, muss seine Erfindung in der Patentschrift offenlegen. Diese wird veröffentlicht, so dass andere die Erfindung studieren und nach Ablauf des Patents frei nützen können. Wer seine Erfindung geheim hält, bekommt kein Patent zugesprochen. Einem etwaigen argumentum e contrario – dass das Urheberrecht im Gegensatz zum Patentrecht keine entsprechende Regelung enthält – kann man entgegenhalten, dass die Regelungsbedürftigkeit dieser Konstellation nicht erkannt wurde, weil die möglichen subjektiven Ansprüche aus dem Urheberrecht einen Zugang zu einem Original oder einem wie auch immer gearteten Werkexemplar *und* eine weitere Handlung voraussetzen, während das bloße sinnliche Wahrnehmen durch Dritte sich nur mittelbar in der Entscheidungsbefugnis des Urhebers spiegelt, ob und wie das Werk zu veröffentlichen ist (§ 12 Abs. 1 UrhG).[19] Nach der Veröffentlichung fällt das Sehen eines Gemäldes, das Lesen eines Textes etc. nicht mehr in die Entscheidungsbefugnis des Rechtsinhabers (ohne dass es auf Erschöpfung des Rechts ankommt); er hat keine besondere *urheberrechtliche* Befugnis mehr, andere *von dem Anblick der Sache auszuschließen* (was in Abschnitt 2 behandelt wird). Da die Ratio im Patent- oder Urheberrecht wurzelt, besteht kein Anlass, sie auf andere Gegenstände auszuweiten.

Bei Gemälden oder anderen *schönen* Sachen verlieren die Originale durch eine weite Verbreitung von Kopien nicht an Wert, meistens ist das Gegenteil der Fall. Mir ist jedenfalls nicht bekannt, dass der Marktpreis der Originale etwa von van Gogh gesunken ist, als die Bilder gemeinfrei wurden, oder dass Schloss Neuschwanstein weniger Besucher anzieht, nur weil vermutlich die Hälfte der Bewohner der reicheren Staaten schon Abbilder davon gesehen hat. Die Möglichkeit, über den sowieso in aller Regel erheblichen Sachwert hinaus den Eigentümern zusätzliche Einnahmen durch eine Art Leistungsschutzrecht *Sachenschutz* zukommen zu lassen, ist weder rechtlich noch ökonomisch geboten.

[18] Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Kants Werke. Band VIII. Abhandlungen nach 1781 (AA) S. 87 f.

[19] Das bloße sinnliche Wahrnehmen und das Anfertigen von privaten Kopien von unveröffentlichten Werken ist noch keine Veröffentlichung, BGH, Urt. v. 19.03.2014 - I ZR 35/13.

Es ist in dem unter Abschnitt 1.1 dargestellten Sachverhalt auch nicht zwingend erforderlich, dass man den Anwendungsbereich von § 72 UrhG teleologisch einschränkt (wogegen m. E. nichts sprechen würde), weil man die Unterlassungsforderung eines Eigentümer der Sache auch als Rechtsmissbrauch zurückweisen kann. Dies dürfte bei dem Museum (oder der Stiftung, s.u.) ausreichen, so dass die Frage, wie § 72 UrhG Reproduktionsfotografien behandelt, offen bleiben kann: Aus der Verbindung von besonderen Umstände, die das Museum selbst herbeigeführt hat (dem Aufnahmeverbot mit dem Angebot, Abbilder gegen Entgelt zuzulassen), ist die Geltendmachung von formal bestehenden Unterlassungsansprüchen rechtsmissbräuchlich (Begründung z. B. wie AG Nürnberg).

Dies setzt allerdings voraus, dass der Sanssouci-Rechtsprechung nicht gefolgt wird.

# 2 Ungenehmigte Fotografien fremder Sachen

## 2.1 Hintergrund

Der Sachverhalt bei den von einem Dritten im Museum fotografierten Gemälden (etc.) ist teilweise gleich, in der Hauptsache allerdings anders zu beurteilen. Zunächst:

- Das fotografierte Gemälde gehört dem Museum. Es ist zivilrechtlich an sich nicht anders zu behandeln als etwa Baudenkmäler oder zerfledderte Hühner. Für beide gelten die gleichen gesetzlichen Normen.

- Der Fotograf hat an seiner Aufnahme von dem Gemälde im Museum genauso (oder genauso wenig) wie der Museumsfotograf ein Leistungsschutzrecht an seiner Fotografie erworben, und zwar unabhängig von der Frage, ob er berechtigt war, die Bilder aufzunehmen oder nicht.[20] Inhaber dieses Rechts ist nicht der Eigentümer der Sache, die abgebildet wurde (auch wenn die Rechtsprechung des BGH dem Fotografen das Recht praktisch entzieht[21]).

- Ferner hat der Fotograf eine allgemeine Geschäftsbedingung des Museums nicht beachtet (Fotografieren verboten).

Dieses unter diesen Umständen angefertigte Bild soll der beklagte Fotograf ebenfalls nicht (über Wikimedia) öffentlich zugänglich machen dürfen. Ein entsprechendes Verbotsrecht soll dem Museum zustehen. Hinsichtlich der selbst erstellten Fotografien ergebe sich der Unterlassungsanspruch aus dem Eigentums- und Hausrecht[22] (§ 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 903 S. 1 BGB):

- Das Eigentum an beweglichen Sachen[23] wie den vorliegenden Kunstwerken werde bereits dann verletzt, wenn sie fotografiert werden.

- Außerdem bestehe ein vertraglicher Unterlassungsanspruch. Denn die Parteien hätten einen Besichtigungsvertrag geschlossen, der die Anfertigung von Fotografien untersage; woraus sich dann auch

[20] § 72 Abs. 1 UrhG, s. Abschnitt 1.1.

[21] Der in diesem Zusammenhang (Immaterialgüterrecht) unpassende Begriff der *Enteignung* soll nicht genutzt werden, auch wenn dies rein rechtlich betrachtet möglich wäre.

[22] Die Nennung des Hausrechts – auch ein *Recht des Besitz*ers - als ein weiteres Beispiel ist sinnvoll, weil nicht nur der Eigentümer eines Grundstücks, sondern auch der Pächter, Mieter oder z. B. der Organisator von Veranstaltungen in der Lage sein muss, Regeln für die Nutzung oder Teilnahme aufzustellen.

[23] Dass es sich um urheberrechtlich gemeinfreie Sachen handelt, worauf das OLG Stuttgart ohne Notwendigkeit hinweist, ist gleichgültig, weil die Eigentümerbefugnisse nach den Urteilen des BGH (Sanssouci; s.u.) nur im Verhältnis zum Inhaber der Urheberrechte eingeschränkt werden.

der Unterlassungsanspruch (gegen eine öffentliche Zugänglichmachung) ergebe.

Der Fall ist nicht nur deshalb problematisch, weil auf diesem Wege die Gemeinfreiheit eines Werkes in Frage gestellt wird, sondern weil sich rechtliche Distrikte überschneiden, bei denen Interferenzen nicht einfach zu verkraften sind. Die Rechtsprechung beruht im Kern auf folgenden zwei Urteilen des BGH. Die Urteile 3 und 4 werden zur weiteren Illustration herangezogen:

1. BGH Schloss Tegel, Urt. v. 20.09.1974, I ZR 99/73
2. BGH Schloss Sanssouci, Urteile v. 17.12.2010[24] sowie Urt. v. 01.03.2013, V ZR 14/12
3. KG Berlin, Urt. v. 25.10.2012, Az. 10 U 136/12,
4. BGH Bio-Hühner-Betrieb, Urt. v. 10.04.2018

In allen vier Fällen war der Sachverhalt weitgehend identisch. Es ging darum, dass jemand von dem Grundstück aus Aufnahmen (Film oder Bild) angefertigt hat, dies ohne Zustimmung (bzw. unter Bedingungen, gegen die verstoßen wurde) des Eigentümers. In allen Fällen sollte ein Verbot der Verbreitung der Aufnahmen (auch gegen Dritte) durchgesetzt werden.

Das Fotografieren oder Filmen hat keine physikalisch beeinträchtigende Einwirkung auf das Bauwerk oder eine andere Sache, denn eine Kamera fängt nur Lichtwillen auf, die mit oder ohne Kamera reflektiert werden. Eine Kamera verhält sich zu dem Gebäude oder der Sache nicht anderes als das Auge eines Betrachters, das den sinnlich wahrnehmbaren Schein des Gebäudes oder einer Sache empfängt.[25] Im einen Fall werden die Lichtwellen vom Auge rezipiert, im andern Fall von dem Film oder einem lichtempfindlichen Sensor, die das Abbild speichern.

### 2.1.1 Schloss Tegel

In der Entscheidung zu Aufnahmen von dem Schloss Tegel hat der BGH die Frage, welche Befugnisse gegenüber Dritten sich im Hinblick auf die Verbreitung von Aufnahmen einer Sache oder eines Grundstücks ergeben aus dem Eigentum, praktisch offen gelassen:

> Dem kann nicht (…) entgegengehalten werden, das Fotografieren sei keine beeinträchtigende Einwirkung auf das Bauwerk im Sinne der §§ 903, 1004 BGB. Selbst wenn das richtig wäre — der BGH hat diese Frage bisher offen gelassen (BGHZ 44, 288, 293 — Apfelmadonna) — wäre das für die Entscheidung des Streitfalls unerheblich. Denn Gegenstand des Rechtsstreits ist nach dem Klageantrag nicht das Verbot, das Schloß zu fotografieren, sondern fotografische Aufnahmen als Ansichtspostkarten oder in Bildkalendern zu veröffentlichen und zu vertreiben, mithin solche Aufnahmen gewerblich zu verwerten.
>
> Die gewerbliche Nutzung des Eigentums steht unbeschadet der sich aus der Rechtsordnung ergebenden Sozialbindung des Eigentums im

[24] BGH, Urteile vom 17.12.2010 - V ZR 44/10, V ZR 45/10, V ZR 46/10.

[25] Wenn mit Scheinwerfern oder Blitzlicht gearbeitet wird, kann das anders sein, weil elektromagnetische Wellen Substanzschäden an den Farben, dem Papier etc. verursachen können. Die Filmbelichtung beruht darauf, dass das auf den Film fallende Licht Veränderungen an dem lichtempfindlichen Film hervorruft. Genauso können – je nach Material – auch die Ausstellungsstücke unter der künstlichen Beleuchtung leiden; teilweise werden empfindliche Objekte in Ausstellungen auch vor indirektem oder gedämpften Tageslicht geschützt.

> Grundsatz dem Eigentümer zu. Läßt sich die Ansicht eines Gebäudes durch den Vertrieb von Ansichtskarten usw. gewerblich auswerten, so liegt es nahe, das Recht solcher Nutzung dem Eigentümer vorzubehalten, der es errichtet hat oder unterhält. Ob dies allgemein zu gelten hat, bedarf hier keiner Entscheidung, mag auch durchaus zweifelhaft sein, da nach § 59 UrhG die Verbreitung — auch die entgeltliche — der Lichtbilder sogar von unter Urheberschutz stehenden Gebäuden zulässig ist, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden.

Der BGH führt aus, dass es nicht um die durch das Eigentum abgrenzte Substanz ginge, sondern um das gewerbliche Verwerten von Aufnahmen. Lässt sich die Ansicht eines Gebäudes durch den Vertrieb von Ansichtskarten usw. gewerblich auswerten, läge es nahe, dass diese Nutzung dem Eigentümer vorbehalten sei. Da Ansichtskarten etwas von dem Gebäude Verschiedenes sind, handelt es sich auf den ersten Blick um eine Art Wettbewerbsverbot. Inhalt, Reichweite und dogmatische Einordnung der Entscheidung sind folglich schwammig.

- Ergibt sich das Verbot unmittelbar aus dem Eigentum oder aus der Möglichkeit, dass jemand sein Eigentum gewerblich nutzen kann? Ein anderer rechtlich relevanter Anknüpfungspunkt als das Eigentum ist nicht erkennbar.
- Gilt das Verbot nur dann, wenn sich das Grundeigentum durch den Vertrieb von Abbildungen des Grundeigentums gewerblich nutzen lässt und wenn ja, nach welchen Kriterien wird das bestimmt?
- Oder soll jede Art der Beeinträchtigung durch Wettbewerb untersagt werden können, also wenn etwa der eine sein Eigentum zum Verkauf von auf dem Grundstück angebautem Gemüse nutzt und in unmittelbarer Nähe eine weiterer Gemüsestand öffnet?

Im BGB sind keine Sonderregeln für Sachen vorhanden, bei denen Abbildungen sich gewerblich verwerten lassen. Das BGB kennt kein interessantes, pittoreskes, schönes, malerisches oder nach sonstigen optischen Gesichtspunkten besonderes Eigentum. Es kommt deshalb in Betracht, dass der BGH sich im Gesetz *verirrt* hat und nicht das BGB, sondern bspw. das UWG anwenden wollte. Das UWG kennt das Verbot der Ausnutzung fremder Leistungen oder Betriebsmittel (auch als »Schmarotzen« bezeichnet). Man hätte dann zu klären, etwa entsprechend dem Hartplatzhelden-Urteil,[26] in dem es um Filmaufnahmen von Fußballspielen ging, inwieweit Folgendes auch eigentumsrechtlich[27] gilt:

> Es ist weder wettbewerbsrechtlich noch zum Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geboten, denjenigen, der eine Leistung erbringt, grundsätzlich auch an allen späteren Auswertungsarten seiner Leistung zu beteiligen. Dazu kann nur Anlass bestehen, wenn die betreffende Leistung Dritten ohne weiteres zugänglich ist und sich durch die diesen dadurch gegebene Möglichkeit der ungehinderten Ausbeutung die wirtschaftliche Position des Leistenden verschlechtert.

Ob man dieser Entscheidung im Ergebnis zustimmt oder nicht, ist hier belanglos. Jedenfalls

[26] BGH, Urt. vom 28.10.2010 – I ZR 60/09.

[27] Der BGH musste diese Frage nicht klären, weil der klagende Württembergische Fußballverband e.V. als regionaler Spitzenverband nicht Eigentümer der einzelnen Sportplätze ist.

hat der 1. Zivilsenat den Streit vom richtigen Ansatzpunkt aus entschieden. Voraussetzung für ein Verbot wäre nicht das *beeinträchtigte* Eigentum, sondern zumindest die Möglichkeit des Wettbewerbs (oder eine andere Form der Verschlechterung der wirtschaftlichen Position des Eigentümers), wenn es um das Verbot des Vertriebs von Ansichtskarten mit ähnlichen Motiven geht. Dies allein sollte aber in einer Marktwirtschaft nie ausreichendes Kriterium sein, weil jeder Wettbewerber potentiell die wirtschaftliche Position der Mitbewerber verschlechtert und dies erwünscht ist (dementsprechend fordert das UWG zusätzlich ein Unwerturteil).[28]

Ganz anders hat allerdings zwei Monate später der 5. Zivilsenat entschieden, der an das Eigentum angeknüpft hat.

### 2.1.2 Schloss Sanssouci

In diesen drei Fällen hat der BGH am 17. 12. 2010 entschieden, dass die Stiftung Preußische Schlösser und Gärten[29] die ungenehmigte Herstellung und Verwertung von Foto- und Filmaufnahmen der von ihr verwalteten Gebäude und Gartenanlagen zu gewerblichen Zwecken untersagen darf, wenn

- sie Eigentümerin ist und
- die Aufnahmen von ihren Grundstücken aus hergestellt worden sind.[30]

**Der Streitpunkt** Die Stiftung Preußische Schlösser und Gärten (Eigentümerin, Klägerin) verwaltet historische Bauten und Gartenanlagen in Berlin und Brandenburg, unter anderem den Touristenmagnet Sanssouci in Potsdam, Cecilienhof, Park und Schloss Rheinsberg, Jagdschloss Grunewald oder das Schloss Charlottenburg.

Nach einem Beschluss des Stiftungsrates bedürfen Aufnahme des von ihr verwalteten Eigentums der vorherigen Zustimmung. Ausgenommen sind Aufnahmen von Gebäuden und Anlagen, die sich an öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen[31] befinden und Außenaufnahmen zu privaten Zwecken von geringem Umfang. Die Zustimmung erfolgt im Rahmen einer vorherigen schriftlichen Vereinbarung über ein angemessenes Nutzungsentgelt. An den Eingängen der der Öffentlichkeit zugänglich gemachten eingezäunten Parkanlagen sei jeweils ein Schild »Parkordnung« mit dem Hinweis aufgestellt: *»Foto-, Film- und Fernsehaufnahmen zu gewerblichen Zwecken bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Stiftung.«*[32]

[28] In der Fassung aus dem Jahr 1909 war dies der *Verstoß gegen die guten Sitten*, nach UWG 2004 §§ 3, 4 Nr. 9 UWG unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht unerheblich zu verfälschen, und nach geltenden UWG der § 4 Nr. 3 c) UWG.

[29] Die Stiftung hat die Aufgabe, die ihr übergebenen Kulturgüter zu bewahren, unter Berücksichtigung historischer, kunst- und gartenhistorischer und denkmalpflegerischer Belange zu pflegen, ihr Inventar zu ergänzen, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, die Auswertung dieses Kulturbesitzes für die Interessen der Allgemeinheit, insbesondere in Wissenschaft und Bildung, zu ermöglichen und auch die wissenschaftliche und publizistische Aufarbeitung und Dokumentation des Kulturdenkmalbestandes sowie die Öffentlichkeitsarbeit. Die Stiftung gibt diverse Informationsbroschüren, ein Jahrbuch und das aktuelle Jahresprogramm heraus. Sie erstellt Postkarten, Bildbände und Broschüren mit Aufnahmen ihrer Bauten und Gärten und bietet diese zum Verkauf an. Ausführlicher OLG Brandenburg: Urt. v. 18.02.2010 – 5 U 14/09.

[30] Bei dem Betreten des Grundstücks geht es nicht nur um die vor Ausspähung geschützte Privatsphäre, also wenn ein Grundstück rechtswidrig betreten wird oder Sichthindernisse umgangen werden; vgl. hierzu BGH Urt. v. 9.12.2003 - VI ZR 404/02.

[31] Der BGH (Urt. v. 27.4.2017 – I ZR 247/15) legt dies weit aus: Straßen, Wege etc. ist nur beispielhaft. Entscheidend ist das Verständnis des *Öffentlichen*, das gegen sei, wenn der Aufnahmestandort für jedermann frei zugänglich ist, unabhängig davon, ob er in öffentlichem oder privatem Eigentum steht.

[32] OLG Brandenburg: Urt. v. 18.02.2010 – 5 U 14/09. Auf

Die Stiftung wehrt sich dagegen, dass Foto- und Filmaufnahmen der von ihr verwalteten *Kulturgüter* ohne ihre Genehmigung zu gewerblichen Zwecken angefertigt und vermarktet werden. Sie verlangt in drei Verfahren, eine Verbreitung der Bilder zu gewerblichen Zwecken zu unterlassen, Auskunft über die Zahl der Foto- und Filmaufnahmen und der damit erzielten Einnahmen und die Feststellung einer Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des entstandenen Schadens.

1. Im ersten Fall ging es um eine Fotoagentur, die teils eigene, teils fremde Fotos vermarktet (V ZR 45/10).

2. Der Beklagte des zweiten Verfahrens hat Filmaufnahmen von Gebäuden und Gartenanlagen auf den Anwesen der Stiftung in einer DVD über Potsdam verarbeitet, die er gewerblich vertreibt (V ZR 46/10).

3. Die Beklagte des dritten Verfahrens (V ZR 44/10) betreibt als Diensteanbieter eine Internetplattform, auf der gewerblich und freiberuflich tätige Fotografen Fotos zum entgeltlichen Herunterladen ins Internet stellen können. Sie hat ca. 4 Millionen Bilder in dem Bildportal gespeichert, darunter etwa 1.000 Fotos von Grundstücken oder Sachen, die die Stiftung verwaltet (z.B. Parkanlagen, Skulpturen, Außen- und Innenansichten historischer Gebäude).[33]

Das Landgericht Potsdam hat den Klagen stattgegeben, das Oberlandesgericht Brandburg hat sie abgewiesen. Das Eigentumsrecht beschränke sich auf den Schutz der Sachsubstanz und deren Verwertung, so das OLG. Die Ablichtung der Sache und die Verwertung von Ablichtungen stellten keinen Eingriff in das Eigentumsrecht dar. Das Verwertungsrecht stehe vielmehr dem Urheber der Ablichtung zu.

**Die Entscheidung** Der BGH hat die erste Grundfrage, nämlich, ob die Stiftung als Grundstückseigentümerin die Herstellung und Verwertung von Foto- oder Filmaufnahmen der von ihr verwalteten Güter zu gewerblichen Zwecken von ihrer – an ein Entgelt geknüpften – Zustimmung abhängig machen darf, bejaht.[34] Wer jemanden erlaubt, sein Grundstück

die Details der Formulierung soll nicht eingegangen werden, etwa dass nach dem Beschluss »Aufnahmen von Gebäuden und Anlagen, die sich an öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen befinden« nach dem Wortlaut auch vom Grundstück aus erlaubt sind.

[33] Bei diesem zuletzt genannten Sachverhalt folgte der 5. Senat der Rechtsprechung des 1. Zivilsenats zum Immaterialgüterrecht, die durch Entscheidungen mit den Schlagworten *Internet I bis III* (I ZR 304/01, I ZR 35/04 und I ZR 73/05), *jugendgefährdende Medien bei ebay* ( I ZR 18/04) und *Sommer unseres Lebens* ( I ZR 121/08) bekannt geworden ist. Danach müsse der Betreiber eines virtuellen Marktplatzes die dort angebotenen Fotos nur überprüfen, wenn er eine Verletzung von Immaterialgüterrechten und Eigentumsrechten oder andere Rechtsverletzungen erkennen kann. Daran fehle es, weil den Bildern von Gebäuden und Gartenanlagen der Klägerin nicht anzusehen ist, ob sie ohne Genehmigung aufgenommen wurden oder nicht. Dementsprechend wurde diese Revision zurückgewiesen.

[34] Die zweite Grundfrage, nämlich, ob die Stiftung des öffentlichen Rechts (anders als ein Privatmann) unter Berücksichtigung der Vorschriften über ihre Aufgaben den Interessenten die Gebäude und Parkanlagen unentgeltlich für gewerbliche Zwecke zugänglich machen muss, verneint der Senat. Der Staatsvertrag beschreibe die Aufgabenstellung der Stiftung dahin, dass sie die ihr übergebenen Kulturgüter bewahren, unter Berücksichtigung historischer, kunst- und gartenhistorischer und denkmalpflegerischer Belange pflegen, ihr Inventar ergänzen und der Öffentlichkeit zugänglich machen soll. Aus der Satzung, die das Nähere dazu regelt, ergebe sich zwar, dass die Gärten und Parkanlagen als Erholungsgebiet zu gewährleisten sind und kein Eintrittsgeld erhoben wird. Aus ihr ergibt sich aber auch, dass schon diese Verpflichtung nur gilt, soweit Erhaltung und Pflege des Kulturguts, denen im Zweifel der Vorrang einzuräumen ist, das erlauben. Außerdem gelte die Kostenfreiheit nicht für Foto- und Filmaufnahmen zu gewerblichen Zwecken. Vielmehr sei die Stiftung ermächtigt, hierfür Entgelte zu verlangen. Die Fotografien dürfen — wenn der

oder z. B. seine Wohnung[35] zu betreten, muss dies nicht vorbehaltlos tun, sondern kann dies an Bedingungen knüpfen.

Der Kern des Problems ist aber nicht, ob die Herstellung von Foto- oder Filmaufnahmen von einer Genehmigung abhängig gemacht werden kann, sondern ob insbesondere auch Dritten die *Verwertung ungenehmigter Aufnahmen* untersagt werden kann und wie das begründet wird.

Die Entscheidung des BGH knüpft an die Rechtsprechung des BGH an, die durch zwei Entscheidungen geprägt wurde, die unter den Bezeichnungen »Schloss Tegel« und »Friesenhaus«[36] bekannt geworden sind. In der Friesenhaus-Entscheidung hat der BGH ausgeführt, ob das Fotografieren einer fremden Sache oder eines fremden Grundstücks ohne Zustimmung des Eigentümers als eine zur Abwehr nach §§ 903, 1004 BGB berechtigende Einwirkung auf die Sache zu qualifizieren ist, sei bislang noch nicht vom BGH entschieden worden (trotz Schloss Tegel). Der Eigentümer könne jedenfalls die Herstellung und Verwertung von Fotos dann nicht untersagen, wenn sie von außerhalb seines Grundstücks aufgenommen worden sind.[37]

Von diesen Urteilen hat der BGH sich leiten lassen und im Kern darauf abgestellt, ob zum Fotografieren das Grundstück betreten werden muss oder nicht:[38]

> Das Eigentum an einem Grundstück wird aber dann durch (das Anfertigen und) die Verwertung von Filmaufnahmen von auf ihm errichteten Gebäuden und auf ihm angelegten Gartenanlagen beeinträchtigt, wenn das Grundstück zur Anfertigung solcher Aufnahmen betreten wird.
>
> (…)
>
> Ein ausschließliches Recht, Abbilder herzustellen und zu verwerten, wie es den Inhabern von Urheber- und Immaterialgüterrechten zusteht, steht dem Grundstückseigentümer nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon von vornherein nicht zu.[39]

Unmittelbar im Anschluss widerspricht er sich:

> Er hat ein solches Recht nur, wenn sein Grundstück betreten werden soll, um Abbilder insbesondere von Gebäuden und Gärten anzufertigen, die sich darauf befinden, und die Abbilder dann zu verwerten. Dabei handelt es sich aber nicht um ein neben das Eigentum tretendes eigenständiges Recht. Die Verwertungsbefugnis beruht vielmehr auf dem Grundstückseigentum selbst, das das Recht umfasst, aus dem Grundstück Früchte zu ziehen. Zu diesen Früchten gehören nach § 99 Abs. 3 BGB ebenso wie die Erträge etwa aus der Vermietung eines Schlosses als Kulisse für einen Kinofilm auch die Erträge aus der Verwertung von Filmaufnahmen der Gebäude und Gärten auf dem Grundstück (vgl. Prengel, Bildzitate, S. 217 f., der allerdings auf Gebrauchsvorteile abstellt).

entsprechende Obolus entrichtet wurde — nach dem Verständnis des BGH gewerblich genutzt werden.

[35] Das OLG Stuttgart hat im Reiss-Engelhorn-Fall zutreffend ausgeführt, dass die Möglichkeit des bedingten Zutrittsrechts sich auch z. B. aus dem Hausrecht ergibt.

[36] I ZR 99/73; s. o. sowie I ZR 54/87.

[37] Vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Januar 2002 - I ZR 102/99, BGHZ 150, 6, 9 f. für den verhüllten Reichstag, der verhüllt als (nicht bleibendes) Kunstwerk angesehen wurde, so dass die Ausnahme des § 59 UrhG nicht gilt.

[38] Entscheidung vom 17. 12. 2010, Az. V ZR 46/10.

[39] In einer weiteren Sanssouci-Entscheidung aus dem Jahr 2013 führt der BGH erneut aus, es gebe »kein eigenständiges Recht am Bild der eigenen Sache«.

> Zu einem ausschließlichen Verwertungsrecht wird dieses Recht des Grundstückseigentümers nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn Lage und Nutzung seines Grundstücks rein tatsächlich dazu führen, dass verwertungsfähige Aufnahmen nur von seinem eigenen Grundstück, nicht von öffentlichen Plätzen oder anderen Grundstücken aus angefertigt werden können.
>
> (…)
>
> Diese Beeinträchtigung des Eigentums wird durch die ebenfalls ungenehmigte Verwertung der ungenehmigten Abbilder vertieft und im Verhältnis zum Grundstückseigentümer nicht dadurch gerechtfertigt, dass eine Verwertung seiner Filme durch Dritte nur der Urheber, nicht der Grundstückseigentümer erlauben könnte.

Von öffentlichem Grund aus aufgenommene Bilder von bleibenden Objekten dürften verbreitet werden. Wenn ein fremdes Grundstück betreten werden muss, so könne der Eigentümer das Betreten unter Bedingungen erlauben[40] (Hervorhebung jeweils v. Aut.):

> (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen das ungenehmigte Fotografieren eines Gebäudes oder eines Gartens und die Verwertung solcher Fotografien allerdings nicht in jedem Fall eine Eigentumsbeeinträchtigung dar. An ihr fehlt es vielmehr, wenn ein Gebäude oder eine Gartenanlage von einer anderen Stelle aus als dem Grundstück, auf dem sie sich bleibend befinden (…), fotografiert werden und solche Fotografien verwertet werden (…). Das hat der Bundesgerichtshof aus einer Parallelwertung zu § 59 UrhG abgeleitet. Die urheberrechtliche Freistellung soll nicht eigentumsrechtlich unterlaufen werden können.
>
> (2) Dieser Gesichtspunkt greift aber nicht, wenn das Gebäude oder der Garten – wie hier – nicht von allgemein zugänglichen Stellen, sondern von dem Grundstück aus, auf dem sie sich befinden, fotografiert werden (sollen). Dann hängt die Möglichkeit, das Gebäude oder den Garten zu fotografieren, entscheidend davon ab, ob der Grundstückseigentümer den Zugang zu seinem Grundstück eröffnet und unter welchen **Bedingungen** dies geschieht. Die Entscheidung darüber steht, von noch zu erörternden Grenzen abgesehen, nach § 903 BGB im Belieben des Grundstückseigentümers. Er ist nicht gezwungen, den Zugang zu seinem Grundstück nur vollständig zu gestatten oder vollständig zu versagen. **Er kann ihn auch eingeschränkt öffnen und sich etwa das Fotografieren seines Anwesens und die Verwertung solcher Fotografien** vorbehalten. Diese Befugnis des Grundstückseigentümers erkennt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an (…).

Der Anspruch zeige zwar ähnliche Rechtsfolgen wie Immaterialgüterrechte, würde aber dem Grundstückseigentümer kein eigenständiges Recht am Bild der eigenen Sache zuerkennen, so der Senat 2013.[41]

[40] Wobei eine Bedingung vertragsrechtlicher Natur ist, der BGH ihr aber gleichwohl absolute Wirkung beimisst.

[41] BGH Urt. v. 01.03.2013, V ZR 14/12. Die Aussage dürf-

Dementsprechend wurde die Schloss-Sanssouci-Entscheidung zumeist unter dem Gesichtspunkt »Panoramafreiheit« – § 59 UrhG – abgehandelt. Diese Vorschrift hat allerdings mit dem Thema nicht viel zu tun (wie der BGH in der Friesenhaus-Entscheidung ausgeführt hat[42]), denn § 59 UrhG betrifft vom Urheberrecht erfasste Werke und im Urheberrecht geregelte Rechte, wozu aber weder die denkmalgeschützten Gebäude noch der geltend gemachte Anspruch gehören.[43] § 59 UrhG kann deshalb bestenfalls als ein Hinweis verstanden werden: Selbst wenn das abgebildete Objekt Gegenstand des Urheberrechts wäre, wäre es zulässig, von öffentlich zugänglichen Plätzen aus diese abzubilden und die Abbildungen zu vervielfältigen. Für andere Objekte könne demzufolge nichts anderes gelten. In den Sanssouci-Urteilen verkehrt der 5. Senat dies nun auf den ersten Blick in sein Gegenteil.

> Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich dem Umstand, dass bei einem urheberrechtlich geschützten Werk das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht ausschließlich dem Urheber zugewiesen ist (vgl. §§ 16, 17 UrhG), nicht die gesetzliche Wertung entnehmen, das äußere Erscheinungsbild der Sache sei einer Nutzung durch den Eigentümer generell entzogen (zweifelnd Dreier in Dreier/Schulze, aaO, § 59 Rn. 14 S. 938). Urheberrecht und Eigentum am Werkoriginal sind voneinander unabhängig und stehen selbständig nebeneinander (BGH, Urteil vom 23. Februar 1995 - I ZR 68/93, BGHZ 129, 66, 70). **Die Eigentümerbefugnisse erfahren daher nur insoweit eine Einschränkung, als ihre Ausübung bestehende Urheberrechte verletzen würde** (BGH, aaO, sowie Urteil vom 31. Mai 1960 - I ZR 53/58, BGHZ 33, 1, 15; Prengel, Bildzitate, S. 205 f.). Daraus ergibt sich, dass bei Werken, denen von vornherein kein urheberrechtlicher Schutz zukommt oder an denen zwischenzeitlich Gemeinfreiheit (§ 64 UrhG) eingetreten ist, einer Verwertung der Sachansicht durch den Eigentümer unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten nichts entgegen stehen.

So wie der BGH seine Entscheidung begründet, scheinen diese Rechte auf Dauer mit dem Eigentum der Sache verbunden zu sein und werden vom UrhG nur vorübergehend dem Urheber bzw. dessen Rechtsnachfolgern zugeordnet. Das Urheberrecht wird zu einer Art lex specialis, das ausnahmsweise gegenüber dem allgemeinen Eigentumsrecht den Vorrang im Hinblick auf (partikulare) ausschließliche Verwertungsrechte hat.[44]

Aber das trifft es auch nicht genau, denn die Ausnahme Panoramafreiheit (die bspw. das franz. Recht nicht kennt) des Urheberrechts, das selbst eine Sonderregel für das Eigentum an körperlichen Gegenstand zu sein scheint, soll allgemein gelten. Es ist eine schwer nachvollziehbare Rangfolge, wenn die Ausnahme *Panoramafreiheit* für die besonderen Fälle, in de-

te eine juristische Variante von *falsa demonstratio non nocet* sein.

[42] BGH, Urt. v. 9. März 1989, I ZR 54/87: »Eines Rückgriffes auf § 59 UrhG, wie ihn das Berufungsgericht vorgenommen hat, bedarf es insoweit nicht.«

[43] Ein exklusives Recht für das Schloss Sanssouci konnte es mangels Urheberrechtsgesetzen zu Zeiten von Friedrich d. Gr. auch nicht geben.

[44] Auf Details wie etwa, dass der BGH von *»Werken, denen von vornherein kein urheberrechtlicher Schutz zukommt«* spricht, inwiefern das äußere Erscheinungsbild der Sache einer Nutzung durch den Eigentümer entzogen sein soll oder dass § 99 Abs. 3 BGB Erträge aus einem Rechtsverhältnis voraussetzt, wird teilweise weiter unten eingegangen.

nen das Urheberrecht zur Anwendung kommt, zugleich das Grundprinzip für die Fälle sein soll, in denen das Urheberrecht nicht angewendet wird, dies vor dem Hintergrund, dass nach § 99 Abs. 3 BGB zu den Früchten einer Sache die Erträge aus der Verwertung von Aufnahmen der Sache auf dem Grundstück gehören sollen. Einfacher ausgedrückt:

- Es gibt ein Recht am Bild der eigenen Sache und die Panoramafreiheit ist eine Ausnahme, die das Recht des Eigentümers begrenzt (so hat der BGH es nicht dargestellt).
- Es gibt kein Recht am Bild der eigenen Sache, sondern nur dann, wenn das Grundstück betreten werden muss, um eine Aufnahme anzufertigen (womit die Umkehrung der urheberrechtliche Ausnahme das Grundprinzip für das Verwertungsrecht des Eigentümers ist).

Der 5. Senat hat 2013 und 2014 erneut zu diesen Fragen entschieden und die Gründe geändert oder ergänzt, so dass diese zuerst dargestellt werden sollen.

**Urteil vom 01.03.2013** Mit Urteil vom 01.03.2013 (Az. V ZR 14/12) hat der 5. Senat seine Entscheidung und das Verbot der Verbreitung oder Zugänglichmachung aus dem Jahr 2010 gerechtfertigt, und die Reichweite vergrößert:

> Hierin liegt keine Besonderheit des (Grundstücks-) Eigentums. Auch der Zuweisungsgehalt anderer absoluter Rechte wird beeinträchtigt, wenn die Grenzen einer erteilten Einwilligung überschritten werden. So deckt etwa die Einwilligung in eine bestimmte Form der Veröffentlichung eines Fotos durch den Fotografierten nur die Form der Veröffentlichung ab, in die eingewilligt wurde, nicht auch andere (BGH, Urteile vom 22. Januar 1985 - VI ZR 28/83, NJW 1985, 1617, 1618 f. und vom 28. September 2004 - VI ZR 305/03, NJW 2005, 56, 57; OLG Koblenz, NJW-RR 1995, 1112). Ähnlich liegt es bei der schlichten Einwilligung in die Verwendung von urheberrechtlich geschützten Bildern (BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 69/08, BGHZ 185, 291, 306 f. Rn. 36).

Dies ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert:

- Zur Begründung der besondere Rechte des Sacheigentümers werden Entscheidungen herangezogen, die den Inhaber von urheberrechtlichen Nutzungsrechten (oder dem allg. Persönlichkeitsrecht) betreffen. Der BGH übersieht, dass der Begriff der *absoluten Rechte* nicht mit dem der *dinglichen Rechte* identisch ist. Diese Parallele wäre nur dann zulässig, wenn das exklusive Verwertungsrecht dem Eigentum immanent wäre, was aber zuerst begründet werden müsste.
- Mit dem Hinweis, dass dies keine Besonderheit des Rechts an Immobilien sei[45], erweitert der BGH das Verbotsrecht auch auf bewegliche Sachen (auch wenn über diese Frage nicht entschieden wurde).[46] Die Ausdehnung auf bewegliche Sachen ist rechtstechnisch konsequent[47], leidet aber daran, dass das, was ausgedehnt wurde, wieder aufgehoben werden müsste.

[45] Es ist zutreffend, dass es insoweit keine Sonderregeln für Grundstücke gibt. Bei beweglichen wie unbeweglichen Gegenständen werden die §§ 903, 1004, 823 Abs. 1 oder 812 (Eingriffskondiktion) BGB angewandt.

[46] Siehe insb. BGH, Urt. vom 19.12.2014 - V ZR 324/13.

[47] Das OLG Stuttgart hat die Ausweitung auf bewegliche Sachen wie Gemälde nachvollzogen.

**»Sachschutz« analog zum »Lichtbildschutz«** Das Schiefe der Entscheidungen des BGH liegt darin, dass das Urheberrecht die exklusive Verwertung von Fotografien oder anderer Kopien aus den Befugnissen des Eigentümers einer Sache ausscheidet. Wenn jemand ein nicht gemeinfreies Buch zu seinem Eigentum erwirbt, steht ihm nicht das Recht zu, Kopien von seinem Eigentum zu verbreiten; genauso wenig hat er das Recht, anderen die Verbreitung von Kopien des Buches zu untersagen. Diese Verbotsrechte sind Gegenstand des Urheberrechts (des Patentrechts etc.) und streng von dem Eigentum an der Sache zu trennen.[48] Deutlich wird dies in § 44 UrhG. Wenn jemand ein Original (Gemälde, Zeichnung, Skulptur) erwirbt, erwirbt er damit nicht das Recht, Vervielfältigungsstücke des Originals anzufertigen.[49] Wenn Dritte Kopien von dem Gemälde vervielfältigen und vertreiben wollen, fällt die Entscheidung hierüber ausschließlich dem Inhaber der urheberrechtlichen Verwertungsrechte zu, nicht dem Eigentümer der Sache.

Soweit der BGH sagt, Urheberrecht und Eigentum am Werkoriginal seien voneinander unabhängig und würden selbständig nebeneinander stehen, ist dies kein Argument. Es ist ein offensichtlicher Umstand, dass es einmal um das Sacheigentum an der *körperlichen Sache* (die kein Werkoriginal oder Werkstück sein muss), das andere Mal um das urheberrechtliche Verwertungsrecht am *Geistigen* geht, — aber diese Unterscheidung trägt als inhaltsleere Petitio Principii nichts zur Klärung bei.

Wenn ein Recht die besonderen »Rechtsfolgen wie Immaterialgüterrechte« zeitigt, dann wird es sich wohl um ein Immaterialgüterrecht handeln.

Vom BGH wurde mit der Entscheidung ein dem *»Lichtbildschutz«* entsprechender *»Sachschutz«* eingeführt, der sich auf die konkrete Sache als *körperlicher Gegenstand* beschränkt. Dieses Recht entspricht vollständig den Ausführungen des BGH zu den Lichtbildern, mit dem Unterschied, dass die vervielfältigte Vorlage kein Lichtbild, sondern eine Sache ist: *Der Schutz von Lichtbildern, die keine eigentümliche Prägung aufweisen, die also keine Lichtbildwerke im Sinne von § 2 Ziff. 5 des neuen Urhebergesetzes sind, beschränkt sich aber auf die konkrete Aufnahme als körperlicher Gegenstand. Nur deren »Vervielfältigung« ist einem Dritten untersagt.*[50] Der urheberrechtliche Lichtbildschutz (vor der digitalen Fotografie) hätte nur noch die Funktion, dem Fotografen zeitweilig den Vorrang vor den Rechten des Eigentümers zuzusprechen. Bei anderen Sachen, die überhaupt nicht unter das Urheberrecht fallen, käme der allgemeine zivilrechtliche *Sachschutz* sofort zur Anwendung. Dieses Recht soll nach dem 5. Senat kein *neben das Eigentum tretendes eigenständiges Recht* sein, wäre demnach nicht vom Eigentum trennbar und gesondert übertragbar oder pfändbar. Unklar bleibt die Zuordnung des Rechts, wenn Eigentum und Besitz auseinander fallen.

Die Entscheidung *sprengt* damit nicht nur das Immaterialgüterrecht, wie Schack zu Recht ausführt.[51] Sie widerspricht, worauf unten noch

[48] Siehe Lehment, GRUR 2011, 327; Schack, JZ 2011, 375; Stieper, ZUM 2011, 331.

[49] Sofern keine besondere Vereinbarung mit dem Inhaber der Verwertungsrechte getroffen wurde, darf der Eigentümer eines Bildes, dieses Bild ausstellen.

[50] BGH GRUR 1967, 315, 317 -- skai cubana.

[51] Schack, JZ 2011, 375. Ebenfalls zutreffend ist der Hinweis von Schack, dass der Eigentümer diese Fragen vertraglich etwa über die Abtretung von Verwertungsrechten regeln kann. Dies war auch meine erste Einschätzung (http://www.fifoost.org/?p=2423) auf der Grundlage der Pressemitteilung vom 17. 12. 2010: *»Rechtswissenschaftlich nachvollziehbar lässt sich dieses „ausschließliche Recht" des Eigentümers zur Verwertung von Fotografien, die von seinem Grundstück aus aufgenommen worden sind, auf den ersten Blick nur über eine vertraglich Konstruktion retten: Stillschweigend mit dem Betreten der Parkanlage hat der Fotograf mit der Stiftung vereinbart, dass alle Nutzungsrechte an Fotografien, die er zu gewerblichen Zwecken aufnimmt, auf die Stiftung übertragen werden.«*

einzugehen ist, der grundlegenden Konzeption des bürgerlichen Rechts.

### 2.1.3 U-Bahn – Graffiti

Das KG Berlin hat mit Urteil v. 25.10.2012 über einen Sachverhalt entschieden, in dem es um (vom Eigentümer ungenehmigte) Filmaufnahmen in der Berliner U- oder S-Bahn ging. Aufgenommen wurden die Betriebsanlagen sowie mit Graffiti besprühte Wagen. Eventuelle Rechte der Graffiti-Urheber waren nicht Gegenstand der Entscheidung, sondern die Rechte der Stadtbetriebe als Eigentümer der Betriebsanlagen.

Das KG hat einerseits (anders als der BGH) die die Meinungs- und Kunstfreiheit in die Waagschale geworfen.[52] Zum anderen hat das KG die Begründung des BGH in der Sanssouci-Entscheidung verarbeitet und den Anspruch auf Unterlassung abgelehnt, denn das Fruchtziehungsrecht des Eigentümers sei nicht verletzt.

Die Sanssouci-Entscheidung geht, wie gesehen, von folgenden Annahmen aus:

- Die Verwertungsbefugnis des Eigentümers beruht auf dem Grundstückseigentum, das das Recht umfasst, aus dem Grundstück Früchte zu ziehen. Die Verwertung von Abbildern der Sache gehöre zu den Früchten mit der Folge, dass niemand anderes ohne Genehmigung des Sacheigentümers auch Abbilder *verbreiten*, *in den Verkehr bringen*, *verwerten, öffentlich zugänglich machen* oder *nutzen* darf.[53]
- Es ist ist unerheblich, ob es sich bei den Motiven um Baudenkmäler, Ansichten, die sich durch Ansichtskarten gewerblich auswerten lassen, U-Bahnanlagen etc. handelt.
- Die allgemeingültige *Panoramafreiheit* ist nicht von Bedeutung, wenn das Grundstück zur Anfertigung der Aufnahmen betreten wird.

In dieses Konstrukt hat das KG – nicht ausdrücklich – die oben dargestellten Aspekte der Hartplatzhelden-Entscheidung einbezogen, nämlich die Frage, ob durch die Verbreitung der Aufnahmen der Graffiti-U-Bahnen sich die wirtschaftliche Position der Stadtbetriebe verschlechtert:

> Die streitgegenständlichen Aufnahmen dienen (…) nicht der optischen Darstellung der in ihrem Eigentum stehenden Betriebsmittel und Betriebsanlagen, sondern zeigen Personen, die in rechtswidriger Art und Weise gegen die im Eigentum der Klägerin stehenden Betriebsmittel vorgehen. Die Klägerin beabsichtigt nach ihrem eigenen Vortrag nicht, die streitgegenständlichen Aufnahmen der Verkehrsmittel und/oder Betriebsanlagen kommerziell zu verwerten. Die Klägerin wird daher durch die streitgegenständlichen Aufnahmen – anders als in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen – nicht an der Nutzung ihres Eigentums gehindert. Dieser Wertung steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin ihre Betriebsanlagen und Züge Dritten gegen Bezahlung für Filmaufnahmen zur Verfügung stellt. Denn diese kommerzielle Nutzung bezieht sich gerade nicht auf die streitgegenständlichen, mit

[52] Dieser Aspekt wird nicht weiter berücksichtigt, weil es auf eine Abwägung im Einzelfall hinausläuft.

[53] Die Begriffe variieren von Gesetz zu Gesetz, der 5. Senat hat den urheberrechtlichen Terminus *verwerten* genutzt, obwohl nach der Entscheidung aus dem Jahr 2014 möglicherweise der eher markenrechtliche Begriff *Inverkehrbringen* passen würde.

> Graffiti versehenen Betriebsmittel, so dass ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Klägerin an der Nutzung der in dem Film (…) enthaltenen Bilder nicht besteht. Danach verletzen die die streitgegenständlichen Bilder der Betriebsmittel und Betriebsanlagen der Klägerin diese nicht in ihrem Eigentumsrecht.

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen (kein Unterlassungsanspruch). Sie muss dabei aber, grob gesagt, mit der Trennung zwischen dem Gegenstand des Eigentums und dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb brechen (auch wenn sich aus dem Recht am e. u. a. Gewbetr. kaum ein Wettbewerbsverbot herleiten lässt). Das KG bringt zum Ausdruck, dass eine Eigentumsverletzung nur dann vorliegt, wenn sich die beiden Parteien *ins Gehege* kommen können, also die Verbreitung der Aufnahmen durch den Fernsehsender den Absatz des Eigentümers mit vergleichbaren Motiven (der Sache im Eigentum der Stadtbetriebe) erschweren kann.[54]

Das Ergebnis des KG steht auch nicht im Einklang mit der zuvor dargestellten Rechtsprechung des 5. Senats, der die Verwertungsmöglichkeit dem *Zuweisungsgehalt des Eigentum* zugeordnet hat.[55]

Das Urteil des KG widerspricht unter dieser Prämisse auch der Konzeption der absoluten Rechte und dem Abstraktionsprinzip.[56] Wenn etwas in diesen Zuweisungsgehalt fällt, kommt es nicht darauf an, ob es ausgeübt wird oder nicht. Man darf Äpfel nicht mitnehmen, nur weil der Grundeigentümer diese nicht einsammelt, oder Wohnungen vermieten oder selbst beziehen, nur weil der Eigentümer diese leer stehen lässt. Bei absoluten Rechten verhält es sich nicht anders. Nur weil ein Verlag oder Autor ein vergriffenes Werk nicht neu auflegt, bedeutet dies noch keine Aufgabe des urheberrechtlichen Verbots, ohne Zustimmung des Richteinhabers das Werk zu verbreiten.[57]

Genauso wenig wird der Zuweisungsgehalt des Eigentums im Einzelfall vom Eigentümer bestimmt.[58] So hat das jedoch der BGH entschieden: »*Gestattet er das Betreten oder Benutzen seines Grundstücks nur unter bestimmten Bedingungen, ist jede Abweichung hiervon ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Eigentums und damit eine Eigentumsbeeinträchtigung.*«[59]

### 2.1.4 Aufgabe der Rechtsprechung?

Vier Jahre[60] nach der ersten Sanssouci-Entscheidung hat der 5. Senat den Schwerpunkt der Begründung deutlich verschoben. Er scheint die ursprüngliche Begründung weitghehend nur noch pro forma aufrecht zu erhalten:

> Ein Anspruch der Klägerin aus § 1004 Abs. 1 BGB setzte voraus, dass

[54] Wieso der Irrtum, der Wettbewerb oder die Möglichkeit des Wettbewerbs würde an der *Nutzung des Eigentums hindern* (so das KG unter Hinweis auf den BGH), so weit verbreitet ist? — ich bin für Hinweise dankbar.

[55] Zum Zuweisungsgehalt des Eigentums gehöre auch das Recht, darüber zu entscheiden, wer die wirtschaftlichen Vorteile ziehen darf, die das Betreten des Grundstücks eröffnet, und damit auch das Verwertungsrecht an Abbildungen, die beim Betreten angefertigt werden, so BGH, Urt. vom 19.12.2014 - V ZR 324/13.

[56] Ausführlich dargestellt in *Geschichte und Wesen des Urheberrechts* in den Abschnitten »Konstruktion und Abstraktion«, »Extension und Virtualität« (Bd. 1) sowie »Der Markt für Immaterialgüter« (Bd. 2).

[57] Es ist sicherlich sinnvoll, dass bei Wohnungsmangel leerstehende Wohnungen genutzt werden, und es mag einiges dafür sprechen, den *Zuweisungsgehalt* des Eigentums in besonderen Fällen zu begrenzen, aber bislang ist das nach deutschem Zivilrecht nicht möglich.

[58] Schon in den Motiven zum BGB – Bd. 3, S. 2 – heißt es: »Soll die absolute Wirkung versagt sein, so muß das Gesetz es besonders bestimmen.« Dass der Eigentümer sich nicht mehr Rechte anmaßen kann, liegt auf der Hand.

[59] BGH, Urt. v. 01.03.2013 - V ZR 14/12.

[60] Urteil vom 19.12.2014 - V ZR 324/13.

> Grundstück bzw. Gemälde zum Zeitpunkt der Anfertigung der Fotografien der Klägerin gehörten, sie nicht frei zugänglich waren und auch keine Erlaubnis zum Fotografieren erteilt worden war. Eine rechtswidrige Eigentumsverletzung kommt nämlich nur in Betracht, wenn die Fotografien unter Verletzung der dem Eigentümer zustehenden Befugnis entstanden sind, andere vom Zugang zur Sache oder von deren Anblick auszuschließen und ihnen damit die Möglichkeit der Ablichtung und deren Verwertung abzuschneiden oder zumindest zu erschweren.

Wie bereits in der Entscheidung des KG tritt nunmehr die Möglichkeit des Wettbewerbs in den Vordergrund, wobei die Formulierung des 5. Senats sich dem nähert, was etwa der Hardplatzhelden-Entscheidung zu entnehmen war. Allerdings will der 5. Senat seine Rechtsprechung nicht vollständig aufgeben, sondern bringt erneut eine Parallele zum Immaterialgüterrecht ein:

> Da die Beklagte die Fotografien nicht selbst angefertigt hat, setzte ihre Inanspruchnahme als Störerin voraus, dass sie bei der Vervielfältigung der Fotos Prüfpflichten in Bezug auf eine Verletzung von Eigentumsrechten der Klägerin verletzt hätte.

Wie im Urteil aus 2013, in der der BGH zur Begründung der besondere Rechte des Sacheigentümers sich auf Entscheidungen berufen hat, die den Inhaber von urheberrechtlichen Nutzungsrechten betreffen, werden erneut Immaterialgüter-, Sachen- und Vertragsrecht vermengt. Der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB setzt nur eine rechtswidrige Beeinträchtigung voraus, kein Verschulden, was der BGH aber mit den *Prüfpflichten* als weiteres Tatbestandsmerkmal bzw. Anspruchsvoraussetzung nennt.

### 2.1.5 Hühnerställe

In dem Fall über Aufnahmen in Hühnerställen[61] ging es darum, dass eine Person nachts in die Hühnerställe von zwei Betrieben eingedrungen ist und dort Filmaufnahmen anfertigte. Die Aufnahmen zeigen u.a. Hühner mit unvollständigem Federkleid und tote Hühner. Die Person überließ die Aufnahmen einem öffentlich-rechtlichen Sender, der sie in der Reihe ARD Exklusiv unter dem Titel »Wie billig kann Bio sein?« und im Rahmen der Sendung »FAKT« unter dem Titel »Biologische Tierhaltung und ihre Schattenseiten« ausstrahlte. Der Sachverhalt weist die selben Merkmale auf wie der zuvor dargestellt Fall zum Schloss Sanssouci oder die Aufnahmen in den Berliner U-Bahnhöfen.[62]

Im Rahmen der Entscheidung über diesen Sachverhalt hat der BGH nicht einmal geprüft, ob eine Verletzung des Eigentums an den halbtoten Hühner oder den Ställen durch das Fotografien oder Filmen vorliegt. Der BGH beschäftigt sich nur mit der Frage, ob die Verbreitung der Bildaufnahmen in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fällt.[63] Zieht man die Sanssouci-Entscheidung aus dem Jahr 2010 heran, müssten folgende Sätze in dem Urteil stehen:

Die Verwertung dieser Fotos verletzt (…) das Grundstückseigentum der Klägerin.

[61] BGH Urteil vom 10.4.2018 - VI ZR 396/16.

[62] Der Unterschied, dass einmal das Grundstück betreten werden durfte, jedoch die Nutzung von auf dem Grundstück angefertigten Bildern begrenzt war, und andererseits dem unberechtigten Eindringen, kann keine abweichende Entscheidung rechtfertigen. Wenn es verboten ist, das Grundstück zu betreten, schließt dies auch das Verbot ein, Fotografien aufzunehmen (weil ja bereits das Betreten untersagt wurde).

[63] Betroffen wären der durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistete soziale Geltungsanspruch des Wirtschaftsunternehmens.

aa) Das Fotografieren eines fremden Grundstücks, insbesondere eines darauf errichteten Gebäudes, lässt zwar dessen Sachsubstanz unberührt. Es hat keine Auswirkungen auf die Nutzung der Sache selbst, hindert den Eigentümer nicht daran, mit dem Grundstück weiterhin nach Belieben zu verfahren und stört ihn grundsätzlich auch nicht in seinem Besitz.

bb) Das Eigentum an einem Grundstück wird aber dann durch (das Aufnehmen und) die Verwertung von Fotografien von auf ihm errichteten Gebäuden und auf ihm angelegten [Hühnerställen][64] beeinträchtigt, wenn das Grundstück zur Anfertigung solcher Fotografien betreten wird.

Damit soll nicht gesagt sein, dass die Entscheidung über die rechtswidrig aufgenommenen Filme in Hühnerställen im Hinblick auf eine etwaige Eigentumsverletzung unzureichend begründet wurde; vielmehr ist die Sanssouci-Rechtsprechung abzulehnen.

### 2.1.6 Reiss-Engelhorn Museum

Das OLG Stuttgart sieht den Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die Verbreitung einer Fotografie von fremden beweglichen Eigentum aus zwei Gesichtspunkten als gegeben an:

- Aus Vertrag;[65]
- aus Eigentum.

Das OLG geht von den Sanssouci-Entscheidungen aus, muss aber bewegliche Sachen (Gemälde) beurteilen, die nicht Teil des Grundstücks sind. Dementsprechend könne sich aus dem Betreten des Grundstücks in Verbindung mit dem ungenehmigten Fotografieren keine Eigentumsverletzung ergeben, weil das Grundstück und das Gemälde rechtlich zwei unterschiedliche Sachen sind, die auch nicht ein- und derselben Person gehören müssen. Demnach sei das Betreten des Grundstücks – unter Hinweis auf Stieper[66] – im Hinblick auf das Gemälde eigentumsrechtlich neutral. Jedoch werde das Eigentum an der (urheberrechtlich gemeinfreien) beweglichen Sache schon dann verletzt, wenn diese fotografiert wird. Dies beruhe auf dem Umstand, dass die Rechtsprechung des BGH an die Eigentumsrechte aus § 903 BGB anknüpft, die nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen differenzieren. Dementsprechend sei die Rechtsprechung auch auf bewegliche Sachen zu übertragen. Das OLG Stuttgart hat damit entschieden, dass das exklusive Verwertungsrecht auch für bewegliche Sachen gilt.

Nach dieser Entscheidung stellt auch die Verbreitung von Abbildungen fremden Eigentums eine Verletzung des Eigentums dar. Rechtstechnisch ist dies unter Berücksichtigung der Sanssouci-Urteile folgerichtig. Es ist bei der Entscheidung unklar, ob weitere Umstände –

[64] Im Original: »Gartenanlagen und Parken«.

[65] Der vertragliche Teil wird hier nicht weiter behandelt, da es ohne Frage möglich ist, dass der Fotograf sich gegenüber dem Museum verpflichtet, die Bilder nicht zu verbreiten. Im Eingangsbereich des Museums waren Piktogramme mit einem durchgestrichen Fotoapparat angebracht, die man nach den üblichen Auslegungsregeln als »Fotografieren nicht erlaubt« verstehen kann. Ob sich die Rechtsfolge (keine Zugänglichmachung) aus den AGB des Museums in Verbindung mit den Umständen des Einzelfalls ergibt oder nicht, ist eine Frage der Auslegung des Vertrages. Die im Urteil mitgeteilten Tatsachen sind etwas dürftig für so eine Auslegung (Piktogramm im Eingangsbereich), wenn man den Aspekt berücksichtigt, dass das Personal des Museums keine Einwände geltend gemacht hat und die Reichweite unklar ist (s. Fn. 5). Insofern entsteht zumindest der Eindruck, dass nicht das Fotografieren an sich das Problem gewesen zu sein scheint, sondern vielmehr die anschließende Verbreitung.

[66] Stieper GRUR 2012, 1083, 1084 f.

etwa ein Verbot des Aufnehmens, ein Widerspruch oder ein tatsächliches Moment wie das Verbergen vor der Öffentlichkeit – hinzutreten müssen oder ob bei Fehlen solcher weiteren Umstände von einer Einwilligung in die Verletzung des Eigentums ausgegangen werden soll.

## 2.2 Rechtliche Problematik

Die Sanssouci-Urteile des BGH reihen sich in eine Vielzahl von Versuchen ein, *exklusive Verwertungsrechte* aus unterschiedlichen Gesichtspunkten wie der Geschäftsanmaßung, der Eingriffskondiktion, Schadensersatz, UWG, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder dem bloßen Sacheigentum herzuleiten. Die Begründungen und Entscheidungen leiden daran, dass sie essentielle Konstruktionsprinzipien des deutschen Rechts missachten und in den Kernbereich des Zivilrechts eingreifen. Sie begründen absolute Rechte aus Umständen und ziehen Konsequenz aus Voraussetzungen, die aus rechtsdogmatischer Sicht nichts taugen. Dementsprechend fehlt es zumeist an einer angemessenen Subsumtion unter die gesetzlichen Tatbestände, was eine *»richtige Anwendung des Gesetzes«* gefährdet:

> Aeltere Gesetzbücher, namentlich das preußische Allgemeine Landrecht und der *code civil*, vermengen vielfach obligationsrechtliche und sachenrechtliche Vorschriften mit einander, indem sie die in jedem subjektiven Rechte, auch in dem dinglichen, obschon in diesem nur mittelbar, vorhandene persönliche Richtung zum Ausgange nehmen und die Obligationen nur als Mittel zur Erwerbung oder zur Veränderung dinglicher Rechte behandeln. Eine solche Methode wird den begrifflichen Gegensätzen nicht gerecht; sie erschwert die Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse und gefährdet hierdurch die richtige Anwendung des Gesetzes.[67]

Die deutsche Rechtsordnung ist auf wenige elementare Prinzipien begrenzt, aus denen sich das System erschließt. Der Richter muss, wie Kant die Subsumtion als Methode der Urteilsfindung beschrieb, in der Lage sein, *»das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken«,* denn wenn *»das Allgemeine (die Regel, das Prinzip, das Gesetz) gegeben«* ist, so sei die Urteilskraft, *»welche das Besondere darunter subsumiert, […] bestimmend.«* Sie habe es dann *»nicht nötig, für sich selbst auf ein Gesetz zu denken, um das Besondere in der Natur dem Allgemeinen unterordnen zu können.«*[68]

Das Grundprinzip ergibt sich mittelbar aus Art. 2 Abs. 1 GG, wonach jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Ohne Einwilligung der betroffenen Person findet die Freiheit ihre Grenzen an den absoluten Rechten anderer. Diese absoluten Rechte waren in erster Linie

- die dinglichen Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen;
- Immaterialgüterrechte;[69]

[67] Motive zum Entwurfe des BGB, Bd. 3, S. 1.

[68] Kant, Kritik der Urteilskraft, S. 179 (AA).

[69] *»Immaterialgüterrechte wurden [. . .] in einem rechtlichen Vakuum etabliert. Wurde der Schutz nicht eingeführt, blieb die entsprechende immaterielle Leistung ohne Sonderschutz«*, wie Jänich, Geistiges Eigentum, S. 238, es zusammenfasst. Dabei hat das *Immaterialgut* aus rechtlicher Sicht die Aufgabe, die Grenzen der Untersagungsbefugnis des Rechtsinhabers zu bestimmen und trennt das erlaubte vom unerlaubten Handeln. Das Immaterialgut ist aber nur eine Konstruktion, kein übertragbares Objekt. Was als das Immaterialgut anzusehen ist, wird ausschließlich durch das Gesetz bestimmt; vgl. Höffner, Geschichte und Wesen des UrhR Bd. 2, Abschnitt 4.2.

- konkrete Persönlichkeitsrechte wie das Namensrecht, das Recht am eigenen Bild[70], Rechte am eigenen Körper (Leben, Gesundheit etc.), die nachfolgend nicht weiter berücksichtigt werden.[71]

Bei der Konzeption des BGB wurden die Rechte an den Sachen absolut, also gegenüber jedermann geltend, gesetzt. Die auf dem Sacheigentum beruhenden Rechte waren aber begrenzt auf den konkreten körperlichen Gegenstand. Die Rechte des Eigentümers fanden ihre Grenze an den Rechten anderer, die ebenso abgegrenzt waren. Dingliche Rechte verschaffen nur »*unmittelbare Macht der Person über die Sache*« und betreffen nur »*Sachen im eigentlichen Sinne*«, körperliche Dinge.[72] Aus dem Eigentum an dem Grundstück fließen gewisse Unterlassungsansprüche, die jedoch nur das Grundstück (und den Luftraum darüber), nicht jedoch das Abbild des Grundstücks, betreffen.

Wenn keine konkrete Sache betroffen ist, ergeben sich Freiheitsbeschränkungen aus dem Immaterialgüterrecht, das an das *sog. Immaterialgut* besondere Anforderungen stellt.[73] Etwas anderes ist in der Konstruktion des deutschen Zivilrechts nicht vorgesehen. Daher rührt die inkonsistente Anwendung des Gesetzes durch den 5. Senat, der seine Argumentation mit der Panoramafreiheit, einer Ausnahme aus dem UrhG, beginnt, absolute und dingliche Rechte gleichsetzt, Eigentümern die Möglichkeit zuspricht, den Inhalt von dinglichen Rechten nach ihrem Willen zu bestimmen und die Herrschaft über die Sachsubtanz auszuweiten auf ein Wettbewerbsverbot.

### 2.2.1 Reichweite

Zu Beginn ist die Frage stellen, wie weit das exklusive Recht des Eigentümers reichen soll?

- Wieso wurde in dem Hühnerstall-Fall nicht die Verletzung des Eigentums geprüft? Muss es sich bei den abgebildeten Objekten um *Kulturgüter* oder andere verwertbare Aufnahmen handeln?

- Ist eine Verletzung des Eigentums nur durch Fotografien und Filme oder auch bei Zeichnungen möglich? Darf die Büste der Nofretete – je nach Entscheidung des Neuen Museums – nur nicht fotografiert werden oder dürfen auch keine Gipsabgüsse angefertigt und vertrieben werden? Wie verhält es sich mit Skulpturen, die sich

[70] Das Recht am eigenen Bild ist 1907 nicht im Kunsturhebergesetz aufgenommen worden, weil man der Meinung war, eine Person sei *Urheber* seiner selbst, sondern weil es nach seinen Rechtswirkungen eher zu den Immaterialgüterrechten, im Übrigen aber in das BGB gehört (keine eindeutige Zuordnung möglich).

[71] Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde nach Inkrafttreten des GG entwickelt.

[72] Motive zum Entwurfe des BGB, Bd. 3, S. 2. »*Die bürgerlichrechtliche Besitz- und Eigentumsordnung dient nur dem Schutz der* Sach*herrschaft über einen* körperlichen *Gegenstand*«; BGHZ 44, 288, 293. Soweit der BGH in dieser Entscheidung offen gelassen hat, »*ob beispielsweise das Photographieren des Originals gegen den Willen der Museumsleitung als eine zur Abwehr nach §§ 903, 1004 BGB berechtigende ‚Einwirkung' auf das Eigentum des Museums anzusehen*« ist, ging es wahrscheinlich um den Vorgang des Fotografierens (sog. Realakt) und um die Frage, ob das Fotografieren verboten werden darf (so wie sich die Frage stellt, ob man einem Hubschrauberfahrer das Überfliegen des Grundstücks untersagen kann und wenn ja, unter welchen Bedingungen – nur sichtbar, Motorenlärm, Staub aufgewirbelt, Äste von Bäumen abgerissen). Im Hinblick auf die Verwertungsrechte von Aufnahmen der Sachen ist die Entscheidung klar: Das Eigentum betrifft die Sachherrschaft am körperlichen Eigentum und nicht die Verbreitung von davon getrennten Bildern.

[73] Allerdings wird dieses Prinzip immer mehr durch Regelungen mit teils reinem Subventionscharakter (etwa Datenbanken oder das Leistungsschutzrecht für die Presse) aufgeweicht. Die Rechtsentwicklung bewegt sich insoweit rückwärts, wobei liberal oder marktwirtschaftlich begründete Einhegungen der Unternehmensförderung wie die Begrenzung von Schutzzölle oder der Zahlung von Zuschüssen mittel Varianten des geistigen Eigentums umgangen werden.

nicht ohne Besuch des Museums anfertigen lassen, weil z. B. keine geeigneten Fotografien verfügbar sind?[74]

- Muss erkennbar sein (und wenn ja, für wen und wie), wem die Objekte gehören? Würde eine beliebige *Parkbank im Schlosspark* auch unter das Verwertungsrecht des Eigentümers fallen oder nur dann, wenn bei der Verbreitung darauf hingewiesen wird, dass es sich um eine *Parkbank im Schlosspark Charlottenburg* handelt?

- Müssen konkret abgegrenzte Objekte abgebildet sein, also das Gemälde, die Parkbank, oder genügt irgend ein Teil des fremden Eigentums, ein Teil eines Spiegelsaals, ein Säulenkapitell des Schlosses Sanssouci oder ein Teil eines KFZ?

In den Urteilen des 5. Senat heißt es, dass die Stiftung das Fotografieren etwa des Schlosses Charlottenburg von einem hinter dem Zaun gelegenen Standort aus und die anschließende Verbreitung der Aufnahmen nicht verbieten kann. Werden die Bilder von außerhalb aufgenommen, sind die Aufnahmen und deren auch gewerbliche Verbreitung zulässig. Das fotografierte Motiv als solches kann demnach die Unterscheidung nicht begründen.

Das besondere Recht des Eigentümers gilt allgemein für Sachen, also – mit den Worten des BGH – *für Werke, denen von vornherein kein urheberrechtlicher Schutz zukommt.*

1. Eigentum ist Eigentum. Es kommt nicht darauf an, ob der abgebildete Gegenstand besondere Eigenschaften aufweist. Ob es sich um ein Gemälde, eine U-Bahn oder eine Hose handelt, ist gleichgültig.[75]

2. Die Panoramafreiheit, die der BGH als Begrenzung der Rechte des Eigentümers auffasst, gilt nicht für bewegliche Sachen. Damit greift die Analogie zu § 59 UrhG nicht mehr, weil diese Ausnahme ein *bleibendes* Objekt (im Gegensatz zu den *zu bewegenden*) voraussetzt. Die Begriffe *unbeweglich* und *bleibend* sind zwar nicht vollständig deckungsgleich[76], aber in den meisten Fällen liegt ein Gleichlauf vor. Damit ist praktisch jede Abbildung fremden Eigentums, das Auto auf der Straße, der Hund des Nachbarn, der Teller im Restaurant oder der Sonnenschirm am Strand, eine potentielle Eigentumsverletzung. Wenn das nicht der Fall sein soll, muss man z. B. eine konkludent erteilte Einwilligung bei Sachen annehmen, die bei Personen oder urheberrechtlichen Werken nicht gelten würde. Die mögliche Alternative des BGH, die auf einem variierenden Zuweisungsgehalt beruht, ist kaum sinnvoller (sogleich).

3. Wenn das abgebildete Objekt zugleich unter das Urheberrecht fällt, gehen die Rechte desjenigen, der die Rechte aus dem UrhG inne hat, denen des Sacheigentümers vor. Nach dem BGH gilt das aber nur im Verhältnis zum Inhaber der Verwertungsrechte und nur insoweit, als die Ausübung der Rechte des Eigentümers bestehende Urheberrechte verletzen würde. Das führt zu eigenartigen Ergebnissen.

   a) Wenn der Eigentümer die Verbreitung von Bildern untersagt, behin-

[74] Dies war Gegenstand von BGHZ 44, 288 – Apfel-Madonna. Eine Statue aus dem 15. JH. wurde als Figur kopiert und von der Kopie weitere Kopien angefertigt.

[75] Ist Recht am eigenen Bild (§ 22 KunstUrhG) nur noch von Belang, wenn die Person unbekleidet (bzw. keine Kleidung auf dem Bild zu sehen) ist, weil sie sonst jedem die Verbreitung von Abbildern des gerade getragenen Eigentums untersagen kann?

[76] Vgl. zum Begriff BGHZ 150, 6; Urt. v. 27.4.2017 - I ZR 247/15: Wenn das Werk »*sich dauerhaft und nicht nur vorübergehend an öffentlichen Orten befindet. Das ist der Fall, wenn das Werk aus Sicht der Allgemeinheit dazu bestimmt ist, für längere, meist unbestimmte Zeit an öffentlichen Orten zu bleiben.*«

dert er den Inhaber der Verwertungsrechte nicht, es sei denn, dass Recht wird unmittelbar gegen ihn geltend gemacht. Wenn der Inhaber der Verwertungsrechte gegen eine Verbreitung nicht vorgehen will (was nicht zwingend mit einer Erlaubnis zu Verbreitung gleichzusetzen ist), kann der Eigentümer die Verbreitung verbieten.

b) Das Urheberrecht erlaubt unter gewissen Umständen ein Bildzitat. Darf dann der Eigentümer des Bildes das Zitat verbieten, weil er nicht die Rechte des Inhabers der Verwertungsrechte verletzt?

Ein noch nicht gemeinfreies Gemälde kann als *unwesentliches Beiwerk neben dem eigentlichen Gegenstand* der Abbildung öffentlich zugänglich gemacht werden, so dass man seine Kulturbeflissenheit mit einem *Baselitz* unscharf im Hintergrund auch im Internet dokumentieren darf (Bild im Bild). Nach dem BGH kann der Eigentümer (nicht der Inhaber der urheberrechtlichen Verwertungsrecht) die Verbreitung der Fotografie mit dem Gemälde im Hintergrund verbieten, möglicherweise bereits, weil seine Mauer abgebildet ist. Eigentumsrechtlich ist ein Baudenkmal genauso ein Bestandteil des Grundeigentums wie die Mauer des Gebäudes, so dass man zur Abgrenzung auf neue, im BGB nicht existente Merkmale abstellen müsste (etwa »für den Betrachter als gesondertes Objekt erscheinende Bestandteile, die nicht nur unwesentliches Beiwerk sind«).

Die Schranken des Urheberrechts erweitern damit die Befugnisse des Eigentümers.

Wenn man dem Beispiel der Panoramafreiheit folgt, müssen dann nicht alle Schranken des Urheberrechts (Bildzitat, Beiwerk etc.) auch für den Eigentümer entsprechend gelten? *»Die urheberrechtliche Freistellung soll nicht eigentumsrechtlich unterlaufen werden können«*, so der BGH. Folgt daraus nicht, dass neben vielen anderen Schranken auch die Gemeinfreiheit als eine zeitliche *Schranke* für das Sacheigentum gilt, letztlich damit die gesamte Sanssouci-Rechtsprechung *für alle Sachen hinfällig* ist, weil *»Werke, denen von vornherein kein urheberrechtlicher Schutz zukommt«,* urheberrechtlich freigestellt sind?

Nochmals Kant: Der Richter muss in der Lage sein, *»das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken«,* denn wenn *»das Allgemeine (die Regel, das Prinzip, das Gesetz) gegeben«* ist, so ist die Urteilskraft, *»welche das Besondere darunter subsumiert, […] bestimmend.«* Bei einer ordentlichen Herangehensweise hätte der BGH erkannt, dass *das Allgemeine (die Regel, das Prinzip, das Gesetz)* nicht die Ausnahme *Panoramafreiheit* ist, sondern einerseits das dingliche Recht (begrenzt auf die Sachsubstanz) und andererseits das Immaterialgüterrecht.

### 2.2.2 Früchte der Sache

Bei den Verwertungsrechten soll es sich um Früchte der Sache handeln.

Früchte einer Sache sind nach § 99 BGB die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. Die Erzeugnisse eines Grundstücks sind regelmäßig dazu bestimmt, *»vom Boden getrennt und nach der Trennung als selbständige Sachen verwerthet zu werden. Solange sie mit dem Boden zusammenhängen, sind sie Theile desselben und ohne besondere d. h. von dem Boden unabhängige Existenz«*, wie

es in den Motiven zum BGB[77] heißt. Aus § 953 S. 1 BGB ergibt sich nichts Anderes. Erzeugnisse einer Sache sind Gegenstände, die zuvor körperlich mit der Sache verbunden waren, weil sonst keine Trennung von der Sache möglich wäre. Vor der Trennung sind sie zwar vorhanden, eigentumsrechtlich aber nicht existent. Damit sind nun nicht nur die Äpfel gemeint, die durch das Pflücken, also der Trennung, rechtlich erstmals als gesonderte, eigentumsfähige Sachen in Erscheinung treten, sondern auch Bodenschätze, der vom Sturm gefällte Baum oder der beim Abriss eines Gebäudes anfallende Bauschutt. Darunter fallen Aufnahmen von den Sachen sicherlich nicht.

Der BGH bezieht sich konkret auf § 99 Abs. 3 BGB, nach dem Früchte auch die *Erträge* sind, welche eine Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Der Begriff des Ertrags ist gesetzlich nicht eindeutig bestimmt.[78] Jedoch muss dieser Ertrag *vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt* werden (z.B. Mietzahlung). Das einzige Rechtsverhältnis, dass etwa in dem Hühnerstall-Fall zwischen dem Eigentümer und dem Fernsehsender oder bei der Vermarktung fremder Fotografien (V ZR 45/10) in Betracht käme, wäre der Verstoß gegen ein Immaterialgüterrecht. Damit sind die Fotografien aber kein Ertrag aus einem Rechtsverhältnis, denn dieses tritt ja erst in Erscheinung, wenn es verletzt wurde.

Sie sind auch kein Ertrag aus dem Rechtsverhältnis mit dem Fotografen, selbst wenn mit ihm ein Besichtigungs- oder Benutzungsvertrag geschlossen wurde (dessen Ertrag wäre z. B. das Eintrittsgeld). Dem Fotografen wurde in dem Vertrag das Fotografieren untersagt, so dass die Aufnahmen kein Ertrag des Vertrags sind, sondern die Folge eines Vertragsverstoßes (man kann auch auf »ihrer Bestimmung gemäß gewonnen« als Grundlage des Ertragsbegriffs abstellen, um außergewöhnliche Vorgänge auszuschließen).

### 2.2.3 Betreten des Grundstücks

Nach den ersten Sanssouci-Entscheidungen muss es sich bei dem Betreten um eine Art Tatbestandsmerkmal handeln, da das Betreten des Grundstücks Voraussetzung dafür ist, dass der Eigentümer ausschließliche Verwertungsrechte hat. Es erscheint damit als eine Art Ausnahme, denn andernfalls würde die Verbreitung jeden Bildes, auf dem fremdes Eigentum abgebildet ist, ein Verstoß gegen das exklusive Verwertungsrecht darstellen. 2014 wurde dies konkretisiert. Das exklusive Verwertungsrecht solle nur dann dem Eigentümer zustehen, wenn die Bilder unter »Verletzung der dem Eigentümer zustehenden Befugnis entstanden sind, andere vom Zugang zur Sache oder von deren Anblick auszuschließen«. Nun wurden die Aufnahmen vom Schloss Sanssouci aber gerade nicht unter diesen Umständen aufgenommen (anders hingegen die Aufnahmen in den Hühnerställen), sondern es wurde gegen eine vertragliche Nutzungsbedingung verstoßen. Demnach kann das Betreten an sich kein Tatbestandsmerkmal sein (zum Verstoß gegen die Bedingungen sogleich).

Das Urteil des OLG Stuttgart zeigt, wie sperrig sich dieser Umstand verhält, wenn das Eigentum an der (urheberrechtlich gemeinfreien) beweglichen Sache schon dann als verletzt gilt, wenn die Sache fotografiert wird. Man muss nur an eine (gemeinfreie) Leihgabe in einem Museum denken. Wer bestimmt in solchen Fällen, ob Bilder der Leihgabe verbreitet werden dürfen, der Eigentümer der Leihgabe oder das Museum?

Außerdem ist das Verhältnis zum Hausrecht und zur verbotenen Eigenmacht dunkel. Das

[77] Bd. 3 S. 46.

[78] § 1602 BGB spricht vom »Ertrag seiner Arbeit«, womit wohl die Gegenleistung gemeint ist, ähnlich §§ 101 Nr. 2 BGB, 87 Abs. BGB, Art. 137 EGBGB oder etwa § 180 BewG, während bei andere Vorschriften wie §§ 581 Abs. 1, 588 Abs. 2, 906 Abs. 2, § 993 Abs. 1 BGB.

Hausrecht ist *auch* ein Recht des Besitzers, das nicht zwingend aus dem Eigentum abgeleitet wird. Das Verhältnis des Besitzers zum Eigentümer trennt den berechtigten vom unberechtigten Besitzer; das Hausrecht steht aber auch dem unberechtigten Besitzer zu. Wie verhält es sich mit einem berechtigten Besitzer wie einem Mieter oder Pächter? Dass der Vermieter dem Mieter es verbieten darf, dass der Mieter Bilder aus seiner Wohnung öffentlich zugänglich macht, dürfte kaum ein akzeptables Ergebnis sein. Nachdem es sich laut BGH *nicht* um ein *»neben das Eigentum tretendes eigenständiges Recht«* handeln soll, kann es wohl nicht dem Mieter oder Pächter für die Miet- oder Pachtzeit übertragen werden (anders das Fruchtziehungsrecht im Pachtvertrag).[79]

### 2.2.4 Zuweisungsgehalt

Das Problem, dass das Betreten des Grundstücks in dem Sanssouci-Fall erlaubt war, hat der BGH 2013 über den Zuweisungsgehalt zu lösen gesucht. Der Zuweisungsgehalt werde beeinträchtigt, wenn die Grenzen einer erteilten Einwilligung überschritten werden.

Das widerspricht dem Konzept der Sachenrechte im BGB. Ob etwas zum Zuweisungsgehalt des Eigentums gehört, steht nicht nicht zur Disposition der Parteien. Das Gesetz hat, so die Motive zum Sachenrecht (S. 3), *»die Thatsachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte und deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Betheiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Karakter des dinglichen zu verleihen.«*[80] Entweder gehört das exklusive Verwertungsrecht zum Zuweisungsgehalt oder nicht. Es gehört aber nicht nur dann dazu, wenn die Grenzen einer Einwilligung überschritten wurden.[81]

Die rechtliche Natur einer Einwilligung mit den vom BGH angenommenen Wirkungen lässt sich mit dem Abstraktionsprinzip kaum in Einklang bringen: Wenn jemand das Grundstück ohne Erlaubnis betritt oder entgegen der bedingt erteilten Erlaubnis Abbilder anfertigt, hat der Eigentümer ein exklusives Verwertungsrecht, sonst nicht. Demnach scheint das Entstehen des absoluten Rechts (im Gegensatz zum bloß dinglichen) auch von dem Verhalten der Fotografen abzuhängen. Im Hinblick auf andere dingliche Rechte würde das in etwa bedeuten: Das Gartenhaus ist nur dann als *Eigentum* (oder Bestandteil des Eigentums) anzusehen, wenn jemand das Grundstück betritt. Es ist zwar richtig, dass das in einem Rechtsverhältnis maßgebliche subjektive Recht sich als rechtlicher Anspruch erst manifes-

[79] Hier muss man mit Einwilligungen oder Ermächtigungen arbeiten. Wie auch immer die vertragliche Konstruktion aussehen mag, wenn es um Bilder aus einem Mietobjekt geht: Wem steht bei einem Verstoß der Unterlassungsanspruch zu? Angenommen der Pächter erklärt sich mit dem Fotografieren durch einen Journalisten nicht einverstanden oder versucht ein Fernsehteam am Filmen zu hindern, muss dann der Eigentümer auf Unterlassung klagen?

Wer entscheidet darüber, ob Bilder, die in einer Mietwohnung von Kleidungsstücken eines Gast aufgenommen wurden, im Internet verbreitet werden dürfen und wie verhält es sich bei einer Faschingsveranstaltung mit gemieteter Verkleidung und Dekoration?

[80] Im zu entscheidenden Fall würde es sich um ein absolutes Recht handeln, das seinen Ursprung im dinglichen Recht haben soll.

[81] Ferner bestimmt § 137 BGB: *Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.* Dies ist zum einen Ausdruck, dass rechtsgeschäftliche Vereinbarungen den Inhalt und das Wesen eines Sachenrechts nicht ändern können, zum anderen aber – im Hinblick auf die Verwertungsrechte des Fotografen – auch Ausdruck des Umstandes, dass die Wirksamkeit der Verfügungen des Fotografen (über seine Verwertungsrechte an seinen Lichtbildern) nicht von etwaigen Vereinbarungen oder Einwilligungen des Eigentümers des Motivs der Bilder abhängig sind. Die Parteien können nicht mittels Vertrag Sachen zu res extra commercium erklären.

tiert, wenn es verletzt, bezweifelt oder bestritten wird. Rechtstechnisch sind jedoch dingliche Rechte im verletzten und unverletzten Zustand gleich, so dass es nicht auf die Überschreitung einer Obligation oder die Willkür des Eigentümers ankommen kann.

### 2.2.5 Absatzerschwerung

Nach dem Urteil aus dem Jahr 2014 soll eine rechtswidrige Eigentumsverletzung zudem nur in Betracht kommen, wenn »*die Fotografien unter Verletzung der dem Eigentümer zustehenden Befugnis entstanden sind, andere vom Zugang zur Sache oder von deren Anblick auszuschließen und ihnen damit* ***die Möglichkeit der Ablichtung und deren Verwertung abzuschneiden oder zumindest zu erschweren****.*« Die wäre – neben dem Zugang oder Anblick gegen den Willen – ein neues, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das ebenfalls keine Stütze im Gesetz findet. Worauf der BGH – außer einem Wettbewerbsverbot – abzielt, ist unklar. In keinem der oben geschilderten Fälle wurde dem Eigentümer die Möglichkeit genommen (abgeschnitten), Fotografien oder Filme von seinem Eigentum anzufertigen und diese für Einnahmen zu nutzen oder es Dritten gegen Entgelt für Aufnahmen zur Verfügung zu stellen. Es kann demnach nur darum gehen, dass der Eigentümer keine Wettbewerber wünscht, die die gleiche oder eine ähnliche Leistung anbieten.

Mit diesem Ansatz gerät man in vergleichbare Schwierigkeiten wie bei dem Zuweisungsgehalt, wenn dieser je nach Einwilligung variieren soll. Der Inhalt eines dinglichen Rechts würde vom Willen oder den sonstigen Geschäften (etwa Verkauf von Ansichtskarten oder der Lizenzierung von Bildrechten) des Eigentümers einer Sache abhängen.

Ein sinnvolles Abgrenzungskriterium ist dies schließlich auch nicht.

- Darf beispielsweise ein Zoo die Teilnehmer eines Kindergeburtstags auf den hauseigenen Fotografen verweisen, wenn die Eltern Bilder von dem Zoobesuch an andere Eltern verteilen wollen? Die Eltern erschweren den Absatz des Zoos an Bildern, die der *Zoofotograf* herstellt. Oder soll in diesem Fall die Ausnahme des Urheberrechts für die Privatkopie gelten? Und müssten dann nach der Ratio der Schrankenregelungen im Urheberrecht die Zooeigentümer an den Einnahmen der entsprechenden Verwertungsgesellschaft (z. B. GVL) beteiligt werden (§§ 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 UrhG)?

- Zahllose Objekte – Kleidung, Uniformen, Kraftfahrzeuge, Pflanzen, Möbel – praktisch alles kann und wird z. B. Film- oder Theaterkulisse vermietet. Soll diesen Eigentümern das exklusive Verwertungsrecht zugesprochen werden oder soll das Sonderrecht nur dann entstehen, wenn es um die Möglichkeit des Wettbewerbs geht?

### 2.2.6 UWG

Wenn die anderen Voraussetzungen vorliegen würden, käme ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1, 4 Nr. 3 c) UWG (Nachahmung) oder Nr. 4 (Behinderung) etwa bei Reproduktionsfotografien in Betracht, dem allerdings – ähnlich wie bei einem abgelaufenen Patent – bei Werken im Sinne des Urheberrechts die Gemeinfreiheit als lex specialis entgegen stehen müsste. Bei anderen Sachen – beispielsweise industriell hergestellten Produkten – dürfte in der Regel das Tatbestandsmerkmal »die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen« im Hinblick auf die konkrete Aufnahme und deren Motiv nicht erfüllt sein. Zudem beruht der Anspruch aus UWG nicht auf einem absoluten Recht, so dass der Unterlassungsanspruch nicht gegen jeden dritten Erwerber und der Beseitigungsanspruch nicht auf bereits im Verkehr befindli-

chen Nachahmungen erstreckt wird. Dies wird hier nicht weiter erörtert.

### 2.2.7 Abschließend

Die vorstehenden Aspekte mögen zwar spitzfindig sein, aber sie zeigen, dass der BGH mit der Sanssouci-Entscheidung die grundlegende Konzeption des deutschen Zivilrechts missachtet. Man kann solche Entscheidungen aufrecht erhalten, nur wäre das dann common law (welches in dieser Hinsicht – Schaffung absoluter Rechte – markant restriktiver ist als der BGH). Es werden absolute Rechte aus Umständen kreiert und Konsequenzen aus Voraussetzungen gezogen, die keine Grundlage im Gesetz haben.