

Diana Liebenau*

Bilderjurisprudenz und Urheberrecht

Private Werke in gerichtlichen Entscheidungen zwischen Schranken und Gemeinfreiheit

Wenn ein Gericht in seiner Entscheidung urheberrechtlich geschützte Werke, wie z. B. Bilder zur Veranschaulichung des Sachverhalts, verwendet, ist die urheberrechtliche Rechtslage erstaunlich unklar. Der Beitrag beleuchtet das Verhältnis der harmonisierten Schranken der Rechtspflege (§ 45 Abs. 1, 3 UrhG) und des Zitatrechts (§ 51 UrhG) zu der europarechtlich nicht determinierten Gemeinfreiheit amtlicher Werke (§ 5 Abs. 1 UrhG). Die Schranke der Rechtspflege in Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL, so der Beitrag, ist nicht europarechtskonform im deutschen Recht umgesetzt. Die derzeitige deutsche Rechtsprechung zum Bildzitat ist zu eng. Auf Grundlage der Idee / Ausdruck-Dichotomie wird ein neuer, informationsbasierter Ansatz zu § 5 Abs. 1 UrhG entwickelt, der erklärt, warum private Werke nicht gemeinfrei werden, nur weil sie Teil einer Gerichtsentscheidung als amtliches Werk sind.

A. Einleitung	170
B. Aufnahme von Werken Privater in eine gerichtliche Entscheidung	173
C. Veröffentlichung von Werken Privater durch eine gerichtliche Entscheidung	173
I. Zustimmung einer gerichtlichen Entscheidung	174
1. Öffentlichkeitsbegriff und das urheberrechtlich publikumslose Gericht	174
2. „Einzelne Vervielfältigungsstücke“ (§ 45 Abs. 1 UrhG) und elektronische Zustellung	176
II. Veröffentlichung einer gerichtlichen Entscheidung im Internet	177
1. Cordoba-Konstellation	178
2. Die Schranke der Rechtspflege (§ 45 UrhG) und digitale Justiz	178
a) „Einzelne Vervielfältigungsstücke“ (§ 45 Abs. 1, 3 UrhG) und öffentliche Wiedergabe	179
b) Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL und seine fehlende Umsetzung in § 45 UrhG	179
c) Abweichung als Umsetzungsproblem	182
d) Abweichung als Frage der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Fortbildung	183

* Ass. jur., LL.M. (Harvard). Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht, Prof. Dr. jur. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge), Ludwig-Maximilians-Universität München. ORCID iD: 0009-0006-1690-4057.



3. Die Schranke des Zitatrechts (§ 51 UrhG) und Bildzitat	184
a) Traditionelle Ansicht: Bildzitat nur in engen Grenzen zulässig	184
b) Grundrechts-, richtlinien- und konventionskonforme Auslegung und Bildzitat	188
4. Keine Einwilligungslösung	191
III. Kein Eingriff ins Urheberpersönlichkeitsrecht der Werkintegrität (§ 14 UrhG)	194
IV. Ergebnisse	196
D. Weiternutzung durch Dritte des vom Gericht benutzten Werks Privater	197
I. § 5 UrhG als Ausnahme vom Urheberrechtsschutz	197
II. Ansätze für eine einschränkende Auslegung von § 5 Abs. 1 UrhG	200
1. § 5 Abs. 1 UrhG als relative Gemeinfreiheit – Schrankenlösung	200
2. § 5 Abs. 1 UrhG als teilweise Gemeinfreiheit – Zurechnungslösung	201
3. § 5 Abs. 1 UrhG als sprachwerkbezogene Gemeinfreiheit – formalistische Lösung	203
4. § 5 Abs. 1 UrhG als referenzielle Gemeinfreiheit – Zustimmungslösung	204
III. Eigener Ansatz: § 5 Abs. 1 UrhG als informationelle Gemeinfreiheit	205
IV. Ergebnisse: Zum Verhältnis von Gemeinfreiheit und Schranke	209
E. Fazit	210

A. Einleitung

Im Urheberrecht gibt es ein bisher kaum beachtetes Spannungsverhältnis zwischen der Gemeinfreiheit amtlicher Werke (§ 5 UrhG) und den urheberrechtlichen Schranken (insbesondere §§ 45, 51 UrhG). Dies soll im Folgenden herausgearbeitet werden, indem eine denkbar einfache Sachverhaltskonstellation untersucht wird: Ein Gericht verwendet in seiner Entscheidung ein urheberrechtlich geschütztes Werk.

Eine solche Konstellation gehört zum gerichtlichen Alltag, jedenfalls im Geistigen Eigentum und Lauterkeitsrecht: Hier ist es üblich, dass Gerichte Bilder von den Streitgegenständlichen Gestaltungen und angegriffenen Verletzungsformen abdrucken. Der BGH gibt etwa im *Porsche 911*-Fall nicht nur Lichtbilder des „Ur-Porsches“, sondern verschiedene Porschemodelle aus mehreren Baureihen und unterschiedlichen Winkeln im Tatbestand wieder.¹ Im Patentrecht sind in den Entscheidungsgründen häufig technische Zeichnungen aus Patentschriften zu finden.² Es gibt auch ungewöhnlichere Beispiele – etwa eine Tenorierung, die aus Gründen der prozessualen Bestimmtheit den gesamten Streitgegenständlichen Sketch abdruckt.³ In anderen Rechtsordnungen werden in Entscheidungen sogar über die Streitgegenständlichen Gestaltungen hinaus zur Darstellung eines breiteren Kontextes andere Werke der Parteien, Presseberichterstattung

1 BGH, Urt. v. 7.4.2022 – I ZR 222/20 = GRUR 2022, 899 (900) – Porsche 911.

2 Z. B. BGH, Urt. v. 27.6.2023 – X ZR 59/21 = GRUR 2023, 1363 (1364 ff.) – Anzeigenmonitor.

3 LG München I, Urt. v. 19.1.2005 – 21 O 312/05 = BeckRS 2005, 8210 (Tenor der einstweiligen Verfügung enthält den vollständigen Text des Sketches von Karl Valentin).

oder – so im *Andy Warhol Foundation*-Fall des Supreme Courts – sogar Werke unbeteiligter Dritter freimütig inkorporiert.⁴

Eine solche Bilderjurisprudenz⁵ ist im Recht des Geistigen Eigentums und im Lauterkeitsrecht so üblich, dass die Praxis nicht weiter hinterfragt wird. Warum aber ist hier mehr Repräsentation der Wirklichkeit üblich als in anderen Rechtsgebieten? Im Verkehrsunfallprozess etwa wird kein Landkartenausschnitt, bei der WEG-Streitigkeit kein Teilungsplan gezeigt.⁶

Man sollte meinen, dass die urheberrechtlichen⁷ Fragen einer solchen Benutzung fremder Werke in gerichtlichen Entscheidungen einfach zu lösen seien. Schließlich gibt es die Schranke des § 45 UrhG, nach dessen Abs. 1 und 3 ein Gericht befugt ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werks zur Verwendung in gerichtlichen Verfahren herzustellen und öffentlich wiederzugeben. Daneben ist das Gericht im Rahmen der allgemeinen Schranke des Zitatrechts gem. § 51 UrhG befugt, die Werke Dritter zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Ist das Werk der bildenden Kunst einmal Teil der Gerichtsentscheidung, wird es gemeinfrei gem. § 5 Abs. 1 UrhG, so scheint es.

Doch so einfach ist es nicht: § 45 UrhG genügt nicht den Vorgaben der Infoc-RL und hätte im Zuge ihrer Umsetzung angepasst werden müssen. Die Rechtsprechung zu Bildzitatzen ist in Deutschland traditionell streng und das Allheilmittel der europäischen Schrankendogmatik, die Auslegung im Lichte der

4 *Andy Warhol Found. for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 143 S. Ct. 1258, 1267 ff., 1308 ff. (2023).

5 *Liebenau*, Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem, *ZfPW* 2024 (im Erscheinen). Der Beitrag versteht unter Bilderjurisprudenz das Phänomen, dass Gerichte Bilder – Fotografien, z. B. von Werken der bildenden Kunst oder von Ereignissen, technische Zeichnungen, Land- und Straßenkarten, Diagramme, (Links zu) Video- oder Audiodateien, Screenshots usw., also nicht-textuelle Elemente – in ihren Entscheidungen verwenden. Eine solche Verwendung kann erfolgen im Tatbestand, wo die Bilder Tatsachen darstellen sollen, in den Entscheidungsgründen, wo sie sogar als rechtliche Argumente dienen können oder im Tenor, wo sie die Verhaltensnorm konkretisieren. Der Begriff der Bilderjurisprudenz ist ursprünglich ein polemischer Begriff für sprachliche Bilder (Metaphern) im Recht, so verwendet von *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 66 („Bilderjurisprudenz wird leicht zur ‚Begriffsjurisprudenz‘.“).

6 Es lassen sich aber auch Beispiele außerhalb des Geistigen Eigentums und Lauterkeitsrechts finden, so z. B. EFTA-GH, Urt. v. 18.6.2021 – E-10/20 – ADCADA Immobilien AG PCC in Konkurs / Finanzmarktaufsicht. Diese sind jedoch vereinzelt.

7 Nicht behandelt wird die persönlichkeitsrechtliche Rechtslage, d. h. ob die Abgebildeten die Wiedergabe ihrer Bildnisse in einer gerichtlichen Entscheidung hinnehmen müssen, s. insbesondere § 24 KUG. Dazu *Maßen*, ZUM 2003, 830 (839 ff.). Seit der Überlagerung von nationalem Persönlichkeitsrecht durch europäisches Datenschutzrecht ist die Rechtslage hier komplizierter geworden, s. Erwg. 20, Art. 9 Abs. 2 lit. f) DSGVO und für strafrechtliche Entscheidungen in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (JI-RL) §§ 45 ff. BDSG. Nicht behandelt werden ferner der Zugang zu privaten Werken als Teile von amtlichen Informationen (nach IFG, vgl. *Raue*, JZ 2013, 280, (283 ff.)) oder ihre Nutzung (nach DNG, vgl. hierzu *Richter*, Information als Infrastruktur, 2021, S. 145 ff.).

Grundrechte, verfängt nicht bei hoheitlichen⁸ Akteuren. Die Rechtsfolge des § 5 Abs. 1 UrhG schießt für private Werke bei gerichtlichen Entscheidungen über das Ziel hinaus und muss teleologisch reduziert werden. Schließlich stellt sich die allgemeine Frage, wie sich die Schranken des Urheberrechts zu dem Schutzrechtsausschluss des § 5 UrhG verhalten.

Den Konflikt verdeutlicht am besten der *Cariou*-Fall⁹: Hier reproduzierte der Court of Appeals for the Second Circuit in einem im Internet abrufbaren Anhang¹⁰ hochauflösend die Porträt-Fotos des weniger bekannten Künstlers *Patrick Cariou* ebenso wie die nachahmenden Collagen des berühmten Appropriation-Art-Künstlers *Richard Prince*.¹¹ Der amerikanische Urheberrechtler *Nimmer* kritisierte dies als Enteignung – nicht nur habe der Fotograf *Cariou* verloren, sondern seine Werke seien jetzt auch noch „frei“ im Internet verfügbar.¹² Man könnte auch sagen: Einerseits gibt es eine Art urheberrechtlichen *Streisand*-Effekt, wenn die Klage auf Unterlassung des Kopierens zum Kopieren durch das Gericht und schließlich zum potentiellen Kopieren durch jedermann führt. Auf der anderen Seite ist man sich im amerikanischen Urheberrecht einig, dass Gerichte urheberrechtlich geschützte Bilder verwenden dürfen – es handele sich um einen paradigmatischen Fall von Fair Use.¹³ Untechnisch gesprochen, aber die Interessenlage gut zusammenfassend: Wie passen also (angebliche) Enteignung und (angebliche) Privilegierung zusammen?

Aus der Sicht des deutschen Rechts sind drei Fragen streng voneinander zu trennen. Erstens: Ist das Gericht befugt, ein urheberrechtlich geschütztes Werk in seine Entscheidung aufzunehmen (B.)? Zweitens: Darf das Gericht eine sol-

8 Nicht behandelt werden die Rechtsfolgen einer Urheberrechtsverletzung durch den Staat. Hier ist – ergebnisorientiert vom Rechtsweg gedacht – st. Rspr., dass sich der Unterlassungsanspruch auch bei hoheitlichem Handeln aus §§ 97 ff. UrhG ergibt (statt aus dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch), der Schadensersatzanspruch aber aus Amtshaftung (§ 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG): BGH, Urt. v. 16.1.1992 – I ZR 36/90 = GRUR 1993, 37 (39) – Seminarkopien; Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 69 ff. – Cordoba II. A. A. das österreichische Urheberrecht, wonach bei hoheitlichem Handeln ein Unterlassungsanspruch ausscheidet, aber auch genau abzugrenzen sei zu privatwirtschaftlichen Handlungen, s. öOHG, Beschl. v. 20.11.1991 – 1 Ob 28/91 = GRUR Int. 1992, 930 (931) – Tonbildschauen.

9 *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013); zur Einordnung *Liebenau*, ZUM 2023, 678 (683 f.).

10 Solche Anhänge sind für deutsche Entscheidungen unüblich. Trotz des Erfordernisses der Einheitlichkeit der Entscheidung als Urkunde darf im deutschen Zivilprozessrecht aber umfangreich auf Anlagen verwiesen werden, s. etwa BGH, Urt. v. 29.7.2021 – I ZR 139/20 = GRUR 2021, 1199 Rn. 12 ff. – Goldhase III. Näher *Liebenau*, Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

11 *Cariou*, 714 F.3d at 699 n. 3 – es folgt ein mittlerweile nicht mehr funktionierender Link; unter <<https://www.ca2.uscourts.gov/docs/opn1197/11-1197apx.html>> (zuletzt abgerufen am 10.5.2024) ist der Inhalt aber abrufbar.

12 *Nimmer*, *Nimmer on Copyright*, 4. Bd., Ed. 1.8.2023, § 13F.10[F][3][a] („[a]dding insult to plaintiff’s loss“). Andererseits könnte man auch argumentieren, dass durch die Aufmerksamkeit mehr Nachfrage nach den Originalen von *Cariou* bestehen könnte, vgl. *Posner*, 21 J. Legal Stud. 67, 70 f. (1992) (Bücherrezension vs. Parodie).

13 Vgl. *Porter*, 114 Colum. L. Rev. 1687, 1745 (2014).

che Entscheidung auch physisch oder elektronisch verbreiten (C.)? Drittens: Darf ein Dritter ein in einer Entscheidung abgedrucktes Werk weiterverwenden, d. h. wie „frei“ ist die anschließende Verwendung durch Dritte (D.)?

B. Aufnahme von Werken Privater in eine gerichtliche Entscheidung

Die erste Frage ist noch leicht zu beantworten: Wenn ein Gericht ein Werk bzw. ein Lichtbild desselben in seine Entscheidung aufnimmt, indem etwa aus der Akte ein von den Parteien im Schriftsatz eingereichtes Bild kopiert und an entsprechender Stelle in die Entscheidung eingefügt wird, liegt eine Vervielfältigung (§ 16 Abs. 1 UrhG) vor. Nimmt das Gericht, statt ein Bild abzudrucken, nur einen Hyperlink auf,¹⁴ ist dies ohne eine Veröffentlichung (dazu sogleich) verwertungsrechtlich nicht relevant.

Eine solche Vervielfältigung ist durch § 45 Abs. 1 UrhG privilegiert, da das Gericht das einzelne Vervielfältigungsstück gerade zur Verwendung vor dem Gericht herstellt. Hierbei handelt es sich um den paradigmatischen und unproblematischen Anwendungsfall der Vorschrift.

C. Veröffentlichung von Werken Privater durch eine gerichtliche Entscheidung

Schwieriger ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die gerichtliche Entscheidung samt in ihr enthaltener privater Werke veröffentlicht wird. Dies liegt daran, dass die hierauf passende Schranke des § 45 UrhG, die nie an die Infosoc-RL angepasst wurde, auf die Zustellung von gerichtlichen Entscheidungen als körperliche Urkunde zugeschnitten ist (I.). Für digitale Nutzungen (II.) einer modernen Justiz, die elektronisch zustellt und Entscheidungen im Internet veröffentlicht, versagt § 45 UrhG nach der wohl bisher herrschenden Auslegung. Zudem kann bezweifelt werden, ob § 45 UrhG europarechtskonform ist. Auch die allgemeine Schranke des Zitatrechts liefert bei Bildzitaten keine klaren Antworten. Man könnte schließlich noch an die Einwilligung als letzten Rettungsanker denken – was aber wohl die Anforderungen an den erklärten Willen über-

¹⁴ So z. B. erfolgt in der Entscheidung LG Frankenthal, Urt. v. 6.3.2018 – 6 O 187/17 = BeckRS 2018, 40854; in den Folgeinstanzen aber unter Abdruck des Bildes: OLG Zweibrücken, Urt. v. 28.2.2019 – 4 U 37/18 = BeckRS 2019, 4646 – Kastellaun, insoweit nicht in GRUR-RR 2019, 343; BGH, Urt. v. 21.1.2021 – I ZR 59/19 = BGHZ BGHZ 228, 277 = GRUR 2021, 711 – Kastellaun. Andere Arten von Bilderjurisprudenz, etwa ein im Internet veröffentlichter Anhang wie in Fn. 11, sind in Deutschland unüblich, da eine gerichtliche Entscheidung grundsätzlich eine einheitliche Urkunde sein muss. Näher *Liebenau*, Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

spannen würde. Es dürfen auch nicht die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekte übersehen werden (III.).

I. Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung

In chronologischer Hinsicht folgt auf das Erstellen einer gerichtlichen Entscheidung die Zustellung an die Parteien. Ob eine Zustellung urheberrechtlich relevant ist, ist bisher ungeklärt. Die Frage betrifft einen Aspekt des Öffentlichkeitsbegriffs, der bisher wenig behandelt wurde.

1. Öffentlichkeitsbegriff und das urheberrechtlich publikumslose Gericht

Die Systematik der urheberrechtlichen Verwertungsrechte ist durch zwei Dichotomien gekennzeichnet: Erstens die Unterscheidung zwischen Verwertung in körperlicher und unkörperlicher Form (§ 15 Abs. 1 und 2 UrhG) und zweitens – etwas schwerer erkennbar¹⁵ – die Unterscheidung zwischen Öffentlichkeit und Nicht-Öffentlichkeit. Dies sieht man am Verbreitungsrecht des § 17 Abs. 1 UrhG: Hier wird ein körperliches (Vervielfältigungs-)Stück des Werks verbreitet, während die Schwestervorschrift des § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG, das Recht der öffentlichen Wiedergabe, eine „Verbreitung“ in unkörperlicher Weise betrifft. Beide Verwertungsformen sind urheberrechtlich nur relevant, wenn sie gegenüber einer „Öffentlichkeit“ erfolgen: Beim Recht der öffentlichen Wiedergabe ist diese Feststellung tautologisch; beim Verbreitungsrecht knüpft zumindest schon der Wortlaut von Art. 4 Infosoc-RL an die Öffentlichkeit an. Die deutsche Systematik bringt dies wiederum zum Ausdruck, indem der Öffentlichkeitsbegriff in § 15 Abs. 3 UrhG „vor die Klammer gezogen“ wurde.

Das Beispiel der Bilderjurisprudenz zeigt, dass bisher über diese Verbindungen zu wenig nachgedacht wurde. Stellt das Gericht eine Entscheidung mit Bildern zu, dann würde man wohl intuitiv bei einer gedruckten Entscheidung einen Eingriff ins Verbreitungsrecht annehmen, weil das Vervielfältigungsstück die interne Sphäre des Gerichts verlässt,¹⁶ während man beim Recht der öffentlichen Wiedergabe wohl das Judiz hat, dass die Parteien keine Öffentlichkeit

¹⁵ Das Gegensatzpaar ist „öffentlich / nicht-öffentlich“, nicht „öffentlich / privat“. Bei den neueren Debatten zu einem möglicherweise verbleibenden deutschen (ggf. europäisch beeinflussten) Öffentlichkeitsbegriff bei der Wiedergabe unter Anwesenden wird dies zu wenig beachtet. Vgl. etwa zum Gemeindegang im Gottesdienst *Raue*, ZUM 2023, 360 (362 ff.) mit *Leistner*, ZUM 2024, 81 (85 ff.) und Wiedergaben in Unterricht und Lehre *Ohly*, Vorlesungsmaterialien und Urheberrecht, in: FS Dreier, 2022, S. 187 (194 ff.) mit *Stieper*, GRUR 2023, 849 (850 ff.).

¹⁶ Vgl. § 17 Abs. 1 Alt. 2 UrhG (in Verkehr bringen); s. auch EuGH, Urt. v. 17.4.2008 – C-456/06 (ECLI:EU:C:2008:232) Rn. 41 – Peek & Cloppenburg (Verbreitung in sonstiger Weise nur bei Eigentumsübertragung). In der älteren Rechtsprechung kann auch das Einzelangebot an einen Dritten schon eine Verbreitung darstellen, s. BGH, Urt. v. 13.12.1990 – I ZR 21/89 = GRUR 1991, 316 (317) – Einzelangebot.

darstellen, weil sie der bestimmungsgemäße Adressat der Entscheidung sind. Allerdings sollte der Öffentlichkeitsbegriff in Art. 4 Infosoc-RL (= § 17 UrhG) und Art. 3 Infosoc-RL (= § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG) einheitlich und europarechtlich autonom ausgelegt werden.¹⁷

Zum Öffentlichkeitsbegriff bei der Zustellung an die Parteien hat der EuGH in seiner umfangreichen Judikatur zur öffentlichen Wiedergabe noch nicht entschieden. In der Entscheidung *Preuve photographique* wurde aber die ähnliche Konstellation behandelt, dass eine Partei ein Werk in einem Schriftsatz an das Gericht elektronisch übermittelte.¹⁸ Eine öffentliche Wiedergabe liege, so der EuGH, nicht vor, weil der Kreis der Adressaten – Richter und andere Mitarbeitende der Justiz – begrenzt sei und diese zudem lediglich öffentliche Aufgaben wahrnehmen.¹⁹ In dem *Preuve photographique* zugrunde liegenden schwedischen Verfahren wurde die Frage nach der öffentlichen Wiedergabe vor allem wegen der schwedischen Informationsfreiheitsgesetze aufgeworfen. Der EuGH löste die Problematik, indem er zusätzlich zu seiner Definition der öffentlichen Wiedergabe auf Art. 9 Infosoc-RL (Zugang zu öffentlichen Dokumenten bleibt unberührt) und das in Art. 47 GrCh verbürgte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf hinwies.²⁰

Dieser Argumentation folgend liegt bei der Zustellung ebenfalls keine unbestimmte Zahl an Adressaten vor. Die Zahl der Parteien und der am Rechtsstreit beteiligten Dritten ist von vornherein begrenzt. Eine größere Zahl an Rechtsanwälten bzw. deren Hilfspersonen, die Kenntnis nehmen (können), bleibt nach dieser Rechtsprechung außer Betracht. Diese Lösung, dass das Gericht kein Publikum hat,²¹ mag auf den ersten Blick einleuchten. Das urheberrechtlich publikumslose Gericht steht aber auch in einem zivilprozessualen Spannungsverhältnis zum Öffentlichkeitsgrundsatz, den rechtlichen (vgl. § 45 VDuG) und rechtspolitischen Bestrebungen zu mehr Urteilsveröffentlichungen und der rechtstheoretischen Fragestellung, ob das Gericht nicht doch auch eine Öffentlichkeit²² adressiert. Es erscheint eigenartig, dass im Kernstück des Verfahrens,

17 Vgl. *Stieper*, jurisPR-WettbR 3/2021 Anm. 1; *ders.*, Von der Verbreitung „unkörperlicher“ Vielfältigkeitsstücke zum Recht auf Weitergabe in elektronischer Form, in: FS Schulze, 2017, S. 107 (114).

18 EuGH, Urt. v. 28.10.2020 – C-637/19 (ECLI:EU:C:2020:863) – BY (*Preuve photographique*).

19 EuGH, Urt. v. 28.10.2020 – C-637/19 (ECLI:EU:C:2020:863) Rn. 28 – BY (*Preuve photographique*).

20 EuGH, Urt. v. 28.10.2020 – C-637/19 (ECLI:EU:C:2020:863) Rn. 30, 32 – BY (*Preuve photographique*).

21 *Aerde*, AMI: Tijdschrift voor auteurs-, media & informatierecht 2021, 149 (150).

22 Vgl. grundlegend *Perelman*, Justice, Law, and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning, 1980, S. 148 (151) (Gerichte schreiben für Parteien, Obergerichte und „aufgeklärte“ Öffentlichkeit); s. auch *Shecaira/Struchiner*, Argumentation 32:273, 289 (2018). Näher *Liebenau*, Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

der mündlichen Verhandlung, Öffentlichkeit vorläge, nicht aber bei der sie abschließenden gerichtlichen Entscheidung.

2. „Einzelne Vervielfältigungsstücke“ (§ 45 Abs. 1 UrhG) und elektronische Zustellung

Während also nach dieser Rechtsprechungslinie sowohl eine öffentliche Wiedergabe (bei elektronischer Zustellung) als auch eine Verbreitung (bei Zustellung in nicht-elektronischer Form) ausscheidet, haben Kommentatoren der *Preuve photographique*-Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen, dass daneben auch Vervielfältigungen im Raum stehen und es daher auf die Schranke ankomme.²³ So ist es auch bei der Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung: Während das Original des Urteils bei den Gerichtsakten verbleibt, werden die Abschriften als Vervielfältigungsstücke den Parteien zugestellt. Da § 45 Abs. 1 UrhG an „einzelne Vervielfältigungsstücke“ anknüpft, ist also eine herkömmliche Zustellung von der Schranke privilegiert.²⁴

Bei einer elektronischen Zustellung jedoch gibt es aus technischen Gründen mehr Vervielfältigungsstücke. Denn jeder Up- und Download in ein Kommunikationsmedium des elektronischen Rechtsverkehrs wie z. B. das Anwaltspostwach beA stellt eine neue Vervielfältigung dar. Mittlerweile ist die elektronische Zustellung (§ 173 Abs. 1 ZPO) der gesetzliche Regelfall.²⁵ Bei einer solchen elektronischen Zustellung ist zweifelhaft, ob noch „einzelne“ Vervielfältigungsstücke vorliegen. Zivilprozessual gibt es keine „Urschrift“²⁶ der gerichtlichen Entscheidung bei einem elektronischen Dokument (§ 130b S. 1 ZPO) mehr, das elektronisch mittels elektronischer Signatur (§ 169 Abs. 5 Nr. 1 ZPO) zugestellt wird.

Dass die Parteien die ihnen zugestellte Entscheidung wahrnehmen können, könnte man statt als Vervielfältigung ebenso gut als rezeptiven Werkgenuss – und damit urheberrechtsfrei – einordnen. Im urheberrechtlichen Denken gibt es aber seit langem eine Tendenz, an technische Vorgänge von „Kopien“ anzuknüpfen, obwohl wertungsmäßig zweifelhaft ist, ob Vervielfältigungen angenommen werden sollten.²⁷ Solange die Urheberrechtsdogmatik an einem solchen „Kopie-

23 Hofmann, GPR 2021, 117 (119) (Lösung dann über den Gedanken des Rechtsmissbrauchs); s. auch Aerde, AMI: Tijdschrift voor auteurs-, media & informatierecht 2021, 149 (150).

24 Ausführlich Maaßen, ZUM 2003, 830 (835); ohne nähere Begründung: OLG Braunschweig, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 U 28/10 = InstGE 12, 286 Rn. 6 – Kühnen II; Fromm / Nordemann / Dustmann, 12. Aufl. 2018, § 45 UrhG Rn. 5.

25 Systematisch wurde daher die elektronische Zustellung vor der Zustellung von Schriftstücken geregelt: BT-Drs. v. 13.4.2021 19/28399, S. 34.

26 Krit. zu dieser Terminologie, weil die originäre elektronische Form beliebig vervielfältigt werden kann und es in diesem Sinne kein Original gibt: Müller, RD 2021, 78 (79).

27 Vgl. Litman, *Fetishizing Copies*, in: Okediji (Hrsg.), *Copyright in An Age of Limitations and Exceptions*, 2017, S. 74 (76). Mit einem ähnlichen Argument zu Generative AI: Kraetzig, NJW 2024, 697 (698 f.); Bracha, *The Work of Copyright in the Age of Machine Production* (erscheint

Fetisch²⁸ festhält, stellt sich bei § 45 Abs. 1 UrhG konkret die Frage, wie das Problem auf Schrankenebene gelöst werden könnte. Es wäre sinnwidrig, wenn § 45 Abs. 1 UrhG nicht gleichermaßen umfangreich herkömmliche und elektronische Zustellungen als genuin notwendige Verfahrenshandlungen privilegieren würde.

Der Wortlaut von „einzelnen“ Vervielfältigungsstücken ist jedoch nicht so eindeutig, wie es scheint. Eine Schranken-Verschränkung mit § 44a UrhG erscheint erwägenswert, weil die Kopien zwar nicht nur vorübergehend, aber technisch notwendig sind. Dies entspricht aber wohl nicht dem noch immer aufrecht gehaltenen Dogma der „engen“²⁹ Schrankenauslegung. Man könnte sich auch an der Diskussion zu § 53 UrhG orientieren, wo ebenfalls von „einzelnen“ Vervielfältigungen die Rede ist und gegriffene Größen zunehmend kritisch gesehen werden.³⁰ Die Frage, wie § 45 Abs. 1 UrhG ausgelegt werden sollte, kann letztlich nur vor dem Hintergrund des europäischen Rechts beantwortet werden. Der dem § 45 UrhG entsprechende Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL kennt keine Beschränkung auf „einzelne“ Vervielfältigungsstücke – eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung ist zu erwägen (dazu sogleich).

II. Veröffentlichung einer gerichtlichen Entscheidung im Internet

Während also wie gesehen schon die digitale Zustellung urheberrechtlich Probleme bereitet, stellen sich solche erst recht bei der Veröffentlichung einer gerichtlichen Entscheidung im Internet. Derzeit wird zwar nur ein verschwindend kleiner Bruchteil der deutschen Rechtsprechung veröffentlicht.³¹ Aufgrund der immer lauter werdenden rechtspolitischen Kritik an dieser Veröffentlichungspraxis³² lohnt sich aber ein Blick auf die urheberrechtliche Rechtslage.

2024); vgl. auch *de la Durantaye/Hofmann*, ZUM 2021, 873 (877) mit einem Überblick zur deutschen Diskussion der Technikneutralität bzw. Techniksensibilität des Urheberrechts.

- 28 *Litman*, *Fetishizing Copies*, in: Okediji (Hrsg.), *Copyright in An Age of Limitations and Exceptions*, 2017, S. 74.
- 29 Ein Diktum der generell „engen“ Schrankenauslegung wird vom EuGH weiterhin aufrechterhalten: EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 (ECLI:EU:C:2019:625) Rn. 53 – Spiegel Online; sie ist aber zweifelhaft, s. zuletzt *Wypchol*, ZUM 2023, 688 (694 ff.).
- 30 Vgl. ausführlich und kritisch zum Verständnis der Kopienzahl *Becker*, ZUM 2012, 643 (645 ff.).
- 31 Empirisch *Hamann*, JZ 2021, 656 (657 ff.) (Quotient der in kommerziellen juristischen Datenbanken bereitgestellten Entscheidungen und der amtlichen Erledigungsstatistiken für die ordentliche Gerichtsbarkeit betrage in keinem Jahr über 1,01 %).
- 32 Mit der Forderung einer lückenlosen Veröffentlichung aller instanzgerichtlichen Entscheidungen: *Heese*, *Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Zeitalter der Digitalisierung. Entwicklungsstand und Entwicklungsdefizite einer Funktionsbedingung des modernen Rechtsstaats*, in: FS Roth, 2021, S. 283 (284 ff.); mit der Forderung nach einer Kommunikationsstrategie für die Ziviljustiz: *Hess*, *Justiz und Kommunikation – zur veränderten Wahrnehmung der Ziviljustiz in Staat und Gesellschaft*, in: FS Roth, 2021, S. 359 (370 f.); aus der Sicht von Open Legal Data, damit KI-Systeme mit diesen Daten trainiert werden können: *Feuerhelm*, RD 2023, 368 (369 ff.).

1. Cordoba-Konstellation

Bei der Veröffentlichung im Internet oder in einer kommerziellen Datenbank handelt es sich um eine öffentliche Wiedergabe wie im *Cordoba*-Fall.³³ *Cordoba* betrifft das Einstellen eines Schülerreferats mit einem dem Internet entnommenen Foto der Stadt Córdoba auf die Schulwebsite. Eine öffentliche Wiedergabe wird dort bejaht, weil das Foto einem neuen Publikum zugeführt worden sei.³⁴ Denn das Publikum der ursprünglichen Website und das der Schulwebsite sei nicht gleich.³⁵ Gleichzeitig liege im Upload auf den Server eine Vervielfältigung vor, die nicht nur eine untergeordnete Vorbereitungshandlung zur öffentlichen Zugänglichmachung sei.³⁶

Bei der Veröffentlichung einer gerichtlichen Entscheidung im Internet wird man vor diesem Hintergrund also auch eine öffentliche Wiedergabe annehmen können. Wurde das Bild von den Parteien dem Internet entnommen, liegt der Fall wie in *Cordoba*. War das Bild bisher nicht im Internet verfügbar, stellt die Veröffentlichung im Internet mit der Entscheidung erst recht eine öffentliche Wiedergabe dar (neues technisches Verfahren und neues Publikum).³⁷

2. Die Schranke der Rechtspflege (§ 45 UrhG) und digitale Justiz

Auf Schrankenebene stellt sich die Situation ebenfalls wie im *Cordoba*-Fall dar: Man würde sich zwar wünschen, dass es eine ausdrückliche urheberrechtliche

33 Setzt das Gericht lediglich einen Hyperlink, anstatt die Werke in die Entscheidung zu inkorporieren (s. oben Fn. 14), beurteilt sich die öffentliche Wiedergabe nicht nach *Cordoba*. Beim Linking ist vielmehr hinsichtlich der in Betracht kommenden öffentlichen Wiedergabe danach zu differenzieren, ob die Vorlage mit oder ohne Einverständnis des Urhebers im Internet veröffentlicht wurde. Dahinter steht die Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Wiedergabehandlung. Im Einzelnen beruht dies auf ausdifferenzierter Rechtsprechung des EuGH, die hier nicht dargestellt werden kann. Im Überblick *Ohly*, GRUR 2018, 996 (998 ff.); Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/*Spindler*, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 13.

34 EuGH, Urt. v. 7.8.2018 – C-161/17 (ECLI:EU:C:2018:634) Rn. 29 ff. – Renckhoff; BGH, Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 44 ff. – *Cordoba* II; *Ohly*, GRUR 2018, 996 (997 ff.).

35 EuGH, Urt. v. 7.8.2018 – C-161/17 (ECLI:EU:C:2018:634) Rn. 29 ff. – Renckhoff; BGH, Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 46 – *Cordoba* II.

36 BGH, Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 51 – *Cordoba* II.

37 Nicht behandelt wird hier das Erstveröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG), das als Urheberpersönlichkeitsrecht außerhalb des Anwendungsbereichs der Infosoc-RL (vgl. Erwg. 19 Infosoc-RL) liegt. Wie in *Afghanistan Papiere* kann parallel ein Eingriff in das Erstveröffentlichungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe vorliegen, vgl. BGH, Beschl. v. 1.6.2017 – I ZR 139/15 = GRUR 2017, 901 Rn. 15, 46 – *Afghanistan Papiere* I; Urt. v. 30.4.2020 – I ZR 139/15 = GRUR 2020, 853 Rn. 54 f. – *Afghanistan Papiere* II (Berücksichtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Rahmen einer Grundrechtsabwägung innerhalb der Schranken). Ein Unterschied besteht hinsichtlich der anwendbaren Schranken; insbesondere das Zitatrecht (unten C.II.3.) ist nicht auf § 12 UrhG anwendbar, vgl. Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/*Peukert*, 6. Aufl. 2020, § 12 UrhG Rn. 24.

Schranke für die Bebilderung von Schulreferaten im Internet gibt, aber eine solche existiert gerade nicht.³⁸ Gleichmaßen fehlt derzeit eine passende Schranke für private Werke in veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen. § 45 UrhG als die *prima facie* passende Schranke wirft zahlreiche Probleme auf.

a) „Einzelne Vervielfältigungsstücke“ (§ 45 Abs. 1, 3 UrhG) und öffentliche Wiedergabe

§ 45 Abs. 1 UrhG, wonach das Gericht befugt ist, „einzelne Vervielfältigungsstücke“ eines Werks „zur Verwendung im Verfahren“ herzustellen, betrifft nur das Vervielfältigungsrecht.³⁹ Für das Recht der öffentlichen Wiedergabe gelten die „gleichen Voraussetzungen“ wie für die Vervielfältigung (§ 45 Abs. 3 UrhG).

Der paradigmatische Fall dürfte wohl sein, dass das Gericht ein einzelnes Vervielfältigungsstück herstellt, um es in der mündlichen Verhandlung zu zeigen. Nimmt man den Verweis auf „einzelne Vervielfältigungsstücke“ (§ 45 Abs. 1 UrhG) in Abs. 3 ernst, dann müsste bei der Veröffentlichung der Entscheidung in einer Zeitschrift oder im Internet die Schranke verneint werden, wenn vor und nach der öffentlichen Wiedergabe nicht nur „einzelne“ Vervielfältigungen im Raum stehen. Andernfalls wären die Voraussetzungen für öffentliche Wiedergaben geringere als für Vervielfältigungen, was atypisch wäre. Nach der allgemeinen Schrankensystematik sind spezielle Schranken, die nur die öffentliche Wiedergabe betreffen, im Vergleich zur Vervielfältigung restriktiver (vgl. z. B. §§ 53 Abs. 6, 60e Abs. 4 UrhG). Bisher wird der Verweis von Abs. 3 auf Abs. 1 in der Literatur nicht thematisiert.⁴⁰ Es stellt sich auch die Frage, ob in diesem Zeitpunkt nach der Zustellung überhaupt noch eine Handlung „im“ Verfahren vorliegt.⁴¹

b) Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL und seine fehlende Umsetzung in § 45 UrhG

Um diese Auslegungsfragen zu beantworten, ist Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL in den Blick zu nehmen. Der Gesetzgeber hielt dessen Umsetzung nicht

38 BGH, Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 52 ff. – Cordoba II; Schlussanträge GA Campos Sánchez-Bordona v. 25.4.2018 – C-161/17 (ECLI:EU:C:2018:279) Rn. 110 – Renckhoff.

39 Erfasst ist zum Beispiel, wenn die Partei im Schriftsatz das Bild vervielfältigt und das Gericht den Schriftsatz ausdrückt. Wegen des prozessualen Privilegs (BGH, Urt. v. 27.2.2018 – VI ZR 86/16 = GRUR 2018, 757 Rn. 19, 22 ff. – Kindeswohlgefährdung; hierzu Klein, NJW 2018, 3143 (3145 f.)) kann sich aber in der Regel nicht gegen die Verwendung des Werks in einem gerichtlichen Verfahren durch eine Partei gewehrt werden, weil das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

40 Stieper, jurisPR-WettbR 3/2021 Anm. 1; Hofmann, GPR 2021, 117 (119); vgl. auch Maaßen, ZUM 2003, 830 (835).

41 Maaßen, ZUM 2003, 830 (835) (anwendbar sei § 5 Abs. 1 UrhG, nicht mehr § 45 Abs. 1 UrhG).

für notwendig.⁴² § 45 UrhG ist seit 1965 unverändert.⁴³ Nur ein Erfordernis der Quellenangabe für § 45 Abs. 1 UrhG wurde in § 63 Abs. 1 S. 1 UrhG eingefügt,⁴⁴ obwohl sich ein solches gerade nicht aus der Infosoc-RL ergibt.⁴⁵ Diese fehlende Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL, der viel großzügiger als § 45 UrhG zugunsten der Rechtspflege das Urheberrecht einschränkt, bewegt sich an der Grenze zur Europarechtswidrigkeit. Der Gesetzgeber sollte hier nachbessern.

Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2, Abs. 4 Infosoc-RL privilegiert Eingriffe ins Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und öffentliche Wiedergaberecht „zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren oder der Berichterstattung darüber“. Diese Vorschrift weicht in mehrfacher Hinsicht von § 45 UrhG ab.⁴⁶

Erstens enthält Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL keine Beschränkung auf „einzelne“ Vervielfältigungsstücke. Kann daher der Wortlaut der deutschen Norm ignoriert werden? Einerseits gibt es eine Tendenz deutscher Gerichte, richtlinienkonform das Recht auch entgegen dem Wortlaut fortzubilden.⁴⁷ Eine andere Tendenz zeigt wiederum ein Vergleich mit der Privatkopie-Schranke.

42 In den Gesetzgebungsmaterialien des Ersten und Zweiten Korbs der Umsetzung der Infosoc-RL ist daher die Vorschrift nicht erwähnt; keinen Umsetzungsbedarf sieht auch die Literatur: Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Melichar/Stieper, 6. Aufl. 2020, § 45 UrhG Rn. 3; Wandtke/Bullinger/Lüft, 6. Aufl. 2022, § 45 UrhG Rn. 1. Als 2018 § 29a PatG eingeführt wurde, der als § 45 UrhG ergänzende Schranke die Vervielfältigungen bereits im Vorfeld von konkreten Verfahren, aber gegen Vergütungspflicht zulässt, wurde ebenfalls § 45 UrhG nicht überarbeitet, s. hierzu BT-Drs. v. 15.5.2017 18/12329, S. 51.

43 BT-Drs. v. 23.5.1962 IV/270, S. 10.

44 BT-Drs. v. 6.11.2002 15/38, S. 8, 22. § 63 Abs. 1 S. 1 UrhG lautet: „Wenn ein Werk oder ein Teil eines Werkes in den Fällen des § 45 Abs. 1 [...] vervielfältigt oder verbreitet wird, ist stets die Quelle deutlich anzugeben.“

45 Beim Erfordernis der Quellenangabe handelt es sich offenbar um ein Redaktionsversehen, da nach der Gesetzesbegründung nur dasjenige in lit. a), d) und f) umgesetzt werden sollte. Daneben findet sich das Erfordernis der Quellenangabe auch in lit. c). Dagegen erfordert Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL gerade keine Quellenangabe. Das überschießende Erfordernis der Quellenangabe führt aber nicht zur Richtlinienwidrigkeit, da man es so auslegen kann, dass eine unzureichende oder unterbliebene Quellenangabe die ansonsten zulässige Nutzungshandlung nicht insgesamt rechtswidrig macht, sondern der Urheber nur verlangen kann, dass die Nutzungshandlung ohne die erforderliche Quellenangabe künftig unterbleibt, vgl. BGH, Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 67 – Cordoba II; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler, 6. Aufl. 2020, § 63 UrhG Rn. 20.

46 Nicht behandelt werden hier die Abweichungen von Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 1 Infosoc-RL und dem ihm entsprechenden § 45 Abs. 2 UrhG. „Zwecke der Rechtspflege“ in § 42 Abs. 2 UrhG sind weiter, „Bildnisse“ dagegen enger, da nur Bildnisse von Personen erfasst sind. Vgl. zum Bildnis-Begriff wie in § 60 UrhG, Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Melichar/Stieper, 6. Aufl. 2020, § 45 UrhG Rn. 8. „Zwecke der Rechtspflege“ wird dann aber in der Auslegung wieder verengt, vgl. LG Berlin, Urt. v. 8.4.2014 – 15 S 21/13 = ZUM 2015, 75 (76) – Bildnisse in einem Verfassungsschutzbericht; Fromm/Nordemann/Dustmann, 12. Aufl. 2018, § 45 UrhG Rn. 9. Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 1 Infosoc-RL gilt nur schlicht „für die Nutzung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit“. § 42 Abs. 2 UrhG soll insbesondere Fahndungsfotos regeln: BT-Drs. v. 23.5.1962 IV/270, S. 64; Fromm/Nordemann/Dustmann, 12. Aufl. 2018, § 45 UrhG Rn. 9.

47 Näher Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 55, 76 ff.

Dort enthält die deutsche Norm des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG entgegen dem europäischen Vorbild in Art. 5 Abs. 2 lit. b) Infosoc-RL ebenfalls eine Beschränkung auf „einzelne“ Vervielfältigungen. Während dort die Abweichung von der Richtlinie nicht thematisiert wird, werden die „einzelnen“ Vervielfältigungen restriktiv als fixe Zahlengrenze verstanden.⁴⁸

Zweitens erfassen Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL und § 45 Abs. 1, 3 UrhG jeweils unterschiedliche Verfahren: behördliche, parlamentarische⁴⁹ und gerichtliche Verfahren einerseits (Infosoc-RL) und behördliche, schiedsgerichtliche und gerichtliche Verfahren andererseits (UrhG). Auch hier müsste wieder das nationale Recht richtlinienkonform fortgebildet werden, um einen Gleichlauf zu erzeugen.

Drittens findet die Formulierung „Berichterstattung darüber“ keine Entsprechung im deutschen Recht.⁵⁰ Geht es um die Berichterstattung durch die Parteien, das Gerichts selbst oder sogar Dritte (z. B. Presseberichterstatter) über Verfahren? Das deutsche Recht sah bisher nur am Verfahren Beteiligte privilegiert und gerade nicht die Presse.⁵¹ Zum europäischen Recht wurde diese Frage bisher noch nicht entschieden,⁵² aber der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL ist offen für einen solchen weiten Adressatenkreis. Im Vergleich zu Art. 5 Abs. 3 lit. c) Infosoc-RL = § 50 UrhG⁵³ wäre dies auch nicht redundant, da es sich bei dem Gerichtsverfahren zumeist, aber nicht notwendigerweise um ein Tagesereignis handelt. Daher kann man auch über die Formulierung „Berichterstattung darüber“ eine richtlinienkonforme Fortbildung des deutschen Rechts erwägen und öffentliche Wiedergaben umfassender als bisher zulassen.

48 Näher, auch mit dem Vorschlag einer funktionalen Auslegung, *Becker*, ZUM 2012, 643 (645 ff.).

49 Für Datenbanken hat der europäische Gesetzgeber selbst das parlamentarische Verfahren nicht erfasst, s. Art. 6 Abs. 2 lit. c) Datenbank-RL; der deutsche Gesetzgeber setzte diese Schranke separat in § 87c Abs. 2 UrhG um.

50 Die Formulierung „Berichterstattung darüber“ findet sich nicht in allen Sprachfassungen: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.60. Betroffen sind bulgarisch, dänisch, litauisch, italienisch und rumänisch. Es scheint sich um einen Übersetzungsfehler zu handeln; die Wendung wurde während des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt (Stellungnahme des EP in erster Lesung, A4/1999/26, Amendment 45). Im europäischen Urheberrecht ist wegen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte von Art. 37 Abs. 1 lit. c) Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ) im Zweifel die französische Sprachfassung maßgeblich, s. EuGH, Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798) Rn. 126 – Painer.

51 Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Melichar/Stieper, 6. Aufl. 2020, § 45 UrhG Rn. 7.

52 „Berichterstattung darüber“ bezieht sich nur auf den 2. Halbsatz von Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL (besonders deutlich in der französischen Sprachfassung). Daher war in *Painer* klärungsbedürftig, ob die von der Presse verbreiteten Fahndungsfotos unter den 1. Halbsatz von Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL fallen, s. EuGH, Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798) Rn. 151 ff. – Painer.

53 „Berichterstattung“ i. S. d. Art. 5 Abs. 3 lit. c) Infosoc-RL = § 50 UrhG wird sehr weit ausgelegt, s. BGH, Urt. v. 30.4.2020 – I ZR 139/15 = GRUR 2020, 853 Rn. 33 – Afghanistan Papiere II; EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 (ECLI:EU:C:2019:625) Rn. 66 – Spiegel Online; krit. *Kraetzig*, GRUR 2022, 1707 (1711).

Viertens knüpft § 45 Abs. 1, 3 UrhG an die „Verwendung in Verfahren“ an, was weiter als „zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von [Verfahren]“ in Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL zu verstehen sein könnte. In der Literatur wurde vertreten, dass „Sicherstellung“ eine Notwendigkeit voraussetze, wie der systematische Vergleich mit lit. d) oder lit. e) HS 1 zeige,⁵⁴ bei denen sich die Rechtfertigung aus dem Zweck direkt ergibt, der in lit. e) HS 2 gerade nicht mehr aufgegriffen wird.⁵⁵ Nach der bisherigen Auslegung von § 45 Abs. 1 UrhG findet dagegen keine Prüfung statt, ob die Verwendung des Werkes sachlich geboten und erforderlich war.⁵⁶ Auswirkungen hat diese Frage darauf, ob § 45 UrhG nur „notwendige“ Formen der Benutzung von Werken erfasst. Bilderjurisprudenz ist in der Regel nicht notwendig, sondern nur zweckmäßig. Eine Nutzung *colorandi causa* wie im *Warhol*-Fall⁵⁷ wäre jedenfalls nicht erfasst.

Es bestehen also zahlreiche Reibungspunkte zwischen der Richtlinie und dem deutschen Recht. Aufgeworfen sind hierdurch schwierige methodische Fragen einerseits der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Fortbildung,⁵⁸ die durch die Gerichte vorgenommen wird, und andererseits die Pflicht zur richtlinienkonformen Umsetzung, die den Gesetzgeber adressiert. Die besondere Situation liegt hier darin, dass ein Umsetzungsakt deswegen fehlt, weil der Gesetzgeber die Rechtslage in Deutschland bereits für richtlinienkonform erachtete.

c) Abweichung als Umsetzungsproblem

Es ist noch immer weitgehend unklar, welcher Umsetzungsspielraum den Mitgliedstaaten bei den fakultativen Schranken des Art. 5 Abs. 3 Infosoc-RL verbleibt.⁵⁹ In *Painer* hatte der EuGH entschieden, dass für den ersten Halbsatz in Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL („für die Nutzung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit“) wegen des unbestimmten Rechtsbegriffs „öffentliche Sicherheit“ ein Umsetzungsspielraum verbleibe.⁶⁰ Auch die Auswirkungen auf den Binnen-

⁵⁴ *Walter /v. Lewinski*, European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.60.

⁵⁵ Vgl. *Walter /v. Lewinski*, European Copyright Law, 2010, Rn. 9.6.34, 11.5.59.

⁵⁶ *Fromm / Nordemann / Dustmann*, 12. Aufl. 2018, § 45 UrhG Rn. 5.

⁵⁷ Oben Fn. 4.

⁵⁸ Mangels eines konkreten Umsetzungswillens bewegt man sich eher im Bereich der Rechtsfortbildung. Hier ist vieles umstritten: Ob der (abstrakte) Umsetzungswille des Gesetzgebers eine Rolle spielt und ob die Grenze der Auslegung der Wortlaut oder der historische Wille des Gesetzgebers ist, vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 54 ff., 60 ff.

⁵⁹ *Geiger et al.*, The Information Society Directive, in: *Stamatoudi / Torremans* (Hrsg.), EU Copyright Law, 2021, Rn. 11.99. Nach Ansicht des BGH ist der Ausgangspunkt für den Umsetzungsspielraum der Wortlaut der Richtlinienbestimmung. Der Spielraum sei aber begrenzt durch: erstens den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, zweitens die Ziele der Infosoc-RL (hohes Schutzniveau und Binnenmarkt), drittens den Drei-Stufen-Test (Art. 5 Abs. 5 Infosoc-RL) und viertens eine Abwägung europäischer Grundrechte, s. BGH, Urt. v. 30.4.2020 – I ZR 139/15 = GRUR 2020, 853 Rn. 17 ff. – Afghanistan Papiere II.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798) Rn. 101 ff. – *Painer*; s. auch EuGH,

markt sollen für die Frage des Umsetzungsspielraums eine Rolle spielen.⁶¹ Weil die Auswirkungen von Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL und seiner nationalen Umsetzungen insgesamt für den Binnenmarkt gering sind, würde das für einen Umsetzungsspielraum sprechen. Für den hier einschlägigen zweiten Halbsatz („zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren oder der Berichterstattung darüber“) gibt es noch keine Rechtsprechung des EuGH.⁶²

Jedenfalls bestehen aber neben dieser Frage des Umsetzungsspielraums auch unionsrechtliche Anforderungen an die transparente Richtlinienumsetzung.⁶³ Allgemein formuliert der EuGH für das Transparenzgebot bei der Richtlinienumsetzung, dass diese so „klar und transparent [sein muss], dass der einzelne wissen kann, welche Rechte und Pflichten er hat“.⁶⁴ Das Transparenzgebot betrifft also individualschützende Vorschriften in Richtlinien. Auf den ersten Blick irritiert es daher, darunter eine urheberrechtliche Schranke, die hoheitliche Gewalt ausübende Stellen privilegiert, zu fassen. Allerdings sind diese privilegierten Schranken auch Beschränkungen für den (privaten) Urheber, für den ein Mindestmaß an Transparenz gegeben sein muss, in welchem Maße seine Rechte beschränkt sind. Daher greift das Transparenzgebot selbst bei einer nur fakultativen Schranke. Denn wenn eine fakultative Schranke umgesetzt ist, darf sich in ihrem Anwendungsbereich der nationale Gesetzgeber nicht nur einzelne Voraussetzungen herauspicken.

§ 42 Abs. 1 UrhG hat nicht nur eine andere Regelungsstruktur, sondern adressiert teilweise andere Verfahren und hat mit „einzelnen Vervielfältigungsstücken“ eine ganz andere Stoßrichtung als Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL, der sogar „Berichterstattung“ freistellen will. Daher sollte der Gesetzgeber das konstatierte Umsetzungsdefizit beheben.

d) Abweichung als Frage der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Fortbildung

Hielt der Gesetzgeber die Rechtslage bereits für richtlinienkonform, zeigte der BGH eine starke Tendenz, fehlende oder fehlerhafte Umsetzungsakte im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bzw. Fortbildung zu retten. So judizierte

Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17 (ECLI:EU:C:2019:623) Rn. 43 – Funke Medien NRW (Umsetzungsspielraum bei Interessenabwägung).

61 EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17 (ECLI:EU:C:2019:623) Rn. 40 – Funke Medien NRW mit Verweis auf Erwg. 31 Infosoc-RL.

62 Vgl. EuGH, Urt. v. 28.10.2020 – C-637/19 (ECLI:EU:C:2020:863) – BY (Preuve photographique) (etwaige Schranken nicht behandelt).

63 EuGH, Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798) Rn. 108 – Painer („Rechtssicherheit für die Urheber bezüglich des Schutzes ihrer Werke“).

64 EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-361/88 (ECLI:EU:C:1991:224) Rn. 24, ebenfalls 15 – Kommission/ Deutschland („TA-Luft“); Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 108 ff.

der BGH zuletzt in *Cookie-Einwilligung II*.⁶⁵ Auch in der jüngeren Geschichte des Lauterkeitsrechts zeigt sich dies: Der Gesetzgeber passte das UWG 2008 nur halbherzig an die UGP-RL an, da er die kurz zuvor etablierte Systematik des UWG 2004 nicht antasten wollte.⁶⁶ Unter dem UWG 2008 gelang es dem BGH stets, richtlinienkonforme Zustände zu konstruieren – während Jahre später die Kommission die Umsetzung im UWG dennoch als unzureichend rügte und der deutsche Gesetzgeber die Regulationsstruktur des UWG im Jahr 2015 anpasste.⁶⁷

Die deutsche Methodik mag also zwar freigiebig fehlende Umsetzungsakte retten; bei Zweifeln an der Richtlinienkonformität aus vor allem Transparenzgründen sollte man aber mit der Rechtsfortbildung zurückhaltender sein, als es bisher gehandhabt wird. Der Gesetzgeber sollte Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL umsetzen.

3. Die Schranke des Zitatrechts (§ 51 UrhG) und Bildzitat

Auch die tradierte Schranke des Zitatrechts (§ 51 S. 1 UrhG, Art. 5 Abs. 3 lit. d) Infosoc-RL) liefert keine klaren Antworten für Fälle, in denen Gerichte in ihren Entscheidungen auf private Werke zurückgreifen. Das soll hier für den Fall der Bilderjurisprudenz dargestellt werden: Die Regeln zum Bildzitat sind weniger geklärt, als man dies vermuten würde. Die bisherige deutsche Auffassung versteht das Bildzitat eng (1.). Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Bildzitat fehlt bisher; das Zitatrecht außerhalb des Bildzitats ist im Fluss, vor allem durch grund- und europarechtliche Einflüsse (2.).

a) Traditionelle Ansicht: Bildzitat nur in engen Grenzen zulässig

Nach § 51 S. 1 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats zulässig, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Entscheidend ist danach der Zitatzweck – eine Auseinandersetzung mit dem Werk – und die Einhaltung des gebotenen Umfangs. Das Zitatrecht wird im deutschen Urheberrecht für Bildzitate eng verstanden.

Erstens ergibt sich ein grundsätzlich enges Verständnis daraus, dass man zwischen mehreren Werken bzw. verwandten Schutzrechten differenzieren muss: Wird etwa ein Gemälde fotografiert, bestehen daran grundsätzlich das Urheberrecht des Malers (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG) und das Urheber- (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) bzw. Leistungsschutzrecht des Fotografen (§ 72 UrhG). Der Zitatzweck ist

⁶⁵ BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 7/16 = GRUR 2020, 891 Rn. 54 – *Cookie-Einwilligung II*; krit. *Huber*, EuR 2021, 696 (700 ff., 715) („richtlinienkonforme Zustände um jeden Preis“).

⁶⁶ *Ohly*, GRUR 2014, 1137 (1138).

⁶⁷ *Ohly*, GRUR 2014, 1137 (1138).

streng genommen bei einem Lichtbild des Fotografen, das das zitierte Werk zeigt, nicht gegeben, weil keine Auseinandersetzung mit dem Lichtbild erfolgt.⁶⁸ Diese spitzfindige Differenzierung erinnert an *René Magrittes* Werk „La trahison des images“ (1929): Das ist keine Pfeife, nur die Abbildung einer Pfeife – das ist kein Kunstwerk, nur das Lichtbild eines Kunstwerks.⁶⁹ Erst 2018 hat der Gesetzgeber diese Spitzfindigkeit durch § 51 S. 3 UrhG aufgelöst⁷⁰ und dadurch insbesondere Bildzitate erweitert. Damit ist zwar ein Punkt für ein enges Verständnis des Bildzitats weggefallen, aber andere bestehen fort.

Zweitens wird nach wie vor der Zitatzweck beim Bildzitat eng verstanden. Bisher gibt es zum Bildzitat weder aktuelle Rechtsprechung des BGH⁷¹ noch des EuGH.⁷² Das traditionell enge deutsche Verständnis hängt damit zusammen, dass bei Bildziten typischerweise das gesamte Werk reproduziert wird. His-

68 *Berberich/Nordemann*, GRUR 2010, 966 ff.; *Dreier*, ZGE 9 (2017), 135 (140 ff.); *Maaßen*, ZUM 2003, 830 (835 f.).

69 Vgl. auch *Liebenau*, GRUR Int. 2017, 843 (845) zu einer anderen Anwendung des magrittschen Gedankens im amerikanischen Urheberrecht, nämlich zur Ablösbarkeit von Ästhetik und Gebrauchszweck bei Werken der angewandten Kunst.

70 BT-Drs. v. 15.5.2017 18/12329, S. 32. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 585. Eigenständige Bedeutung erlangt das Lichtbild bei der Gemeinfreiheit des Werks. Die Leitentscheidung des Reichsgerichts zum wissenschaftlichen Bildzitat (RG, Urt. v. 5.11.1930 – I 150/30 = RGZ 130, 196 – Codex aureus) würde daher heute anders gelöst werden. Der Fall betraf die Zulässigkeit eines Bildzitats einer Faksimileabbildung aus der Handschrift „Codex aureus“ der Bayerischen Staatsbibliothek. In der Entscheidung spielte die Gemeinfreiheit der Vorlage keine Rolle (RG, Urt. v. 5.11.1930 – I 150/30 = RGZ 130, 196 (206) – Codex aureus), sondern dass die Herstellung des Faksimiles zeit- und kostenaufwendig sei (RG, Urt. v. 5.11.1930 – I 150/30 = RGZ 130, 196 (197) – Codex aureus). In dieser Nachfolge steht auch BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 = GRUR 2019, 284 Rn. 30 f. – Museumsfotos. Die Rechtslage ist durch Art. 14 DSM-Richtlinie = § 68 UrhG mittlerweile überholt, s. bereits *Specht-Riemenschneider/Paschwitz*, RuZ 2020, 95 (99 ff.); zur Frage, ob man § 51 S. 3 UrhG darüber hinaus erst recht auf gemeinfreie Werke anwenden müsse: *Wandtke/Bullinger/Thum*, 6. Aufl. 2022, § 72 UrhG Rn. 90. Der Lichtbildschutz wird allgemein als hypertroph angesehen, s. etwa *Ohly*, Gutachten F zum 70. DJT, 2014, F 36 ff., F 126; Überblick bei *Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner/Vogel*, 6. Aufl. 2020, § 72 UrhG Rn. 18 ff.

71 Beiläufige Bemerkungen zum Zitatrecht in: BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08 = BGHZ 185, 291 = GRUR 2010, 628 Rn. 26 f. – Vorschaubilder I (Zitatrecht mit Blick auf die referenzielle Verwendung als Bildersuche-Thumbnails kurz abgelehnt); Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 = GRUR 2019, 284 Rn. 30 f. – Museumsfotos (Zitatzweck verneint beim Hochladen der Lichtbilder von gemeinfreien Kunstwerken auf Wikipedia, trotz § 51 S. 3 UrhG); Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 55 – Cordoba II (Zitatrecht mit Blick auf die illustrative Verwendung im Schülerreferat kurz abgelehnt).

72 In EuGH, Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798) Rn. 123 – Painer stellt der EuGH lediglich fest, dass das Zitatrecht auf Bilder anwendbar sei, ohne nähere Vorgaben zu machen. Allgemein zum Zitatrecht EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 (ECLI:EU:C:2019:625) Rn. 75 ff., insbesondere 79 – Spiegel Online (zu Verlinkung als Zitat; es müsse „zwingend eine direkte und enge Verknüpfung zwischen dem zitierten Werk und seinen eigenen Überlegungen“ hergestellt werden und „damit eine geistige Auseinandersetzung mit dem Werk eines anderen“ ermöglicht werden; die Nutzung des zitierten Werks gegenüber den Aussagen des Nutzers müsse „akzessorischer Natur“ sein); Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17 (ECLI:EU:C:2019:624) Rn. 66 ff., insbesondere 71 f. – Pelham u. a. (zu Sampling als Zitat; es sei „eine Meinung zu verteidigen

torisch galt keine Zitierfreiheit, sondern kasuistisch wurden bestimmte Zitate zugelassen und schrittweise erweitert.⁷³ Sog. „Großzitate“, die das gesamte Werk, im Unterschied zu sog. „Kleinzitaten“, die nur einen Teil reproduzieren, sah das deutsche Recht traditionell als grundsätzlich unzulässig an (vgl. § 51 Nr. 1 UrhG vor 2008). Mit der Anpassung an Art. 5 Abs. 3 lit. d) Infosoc-RL wurden die entsprechenden Regelungen in § 51 S. 2 Nr. 1 UrhG (zulässiges wissenschaftliches Großzitat) und Nr. 2 (zulässiges wissenschaftliches Kleinzitat) zu Regelbeispielen zurückgestuft.⁷⁴ Die einzigen höchstrichterlichen Entscheidungen zum Bildzitat betreffen wissenschaftliche Großzitate.⁷⁵ Hier wurden Grundsätze entwickelt, die auf Bildzitate allgemein in der Instanzrechtsprechung unter der Bezeichnung „kleines Großzitat“ bzw. „großes Kleinzitat“ übertragen wurden,⁷⁶ die zum Ausdruck bringt, dass beim Bildzitat das ganze Werk typischerweise vervielfältigt wird.

Es muss eine geistige Auseinandersetzung mit dem Bildzitat erfolgen zur Erläuterung des Texts⁷⁷ – es darf also nicht nur illustrativ oder dekorativ verwendet werden. Es darf weder zu viel noch zu wenig Aufmerksamkeit erfahren: Das Schriftwerk muss Hauptsache sein, das Bild Nebensache bleiben.⁷⁸ Das Bildzitat darf aber kein „Anhängsel“ sein, das weder „Belegstelle“ noch „Erörterungsgrundlage“ für die Ausführungen ist.⁷⁹ Die Betrachtung ist kontextspezifisch. Durch diese Kontextspezifität ist jede Entscheidung zum Zitatrecht eine Einzelfallentscheidung. Für die Bilderjurisprudenz bedeutet das Rechtsunsicher-

oder eine geistige Auseinandersetzung zwischen dem Werk und den Aussagen des Nutzers zu ermöglichen“, daher müsse das zitierte Werk erkennbar sein).

73 Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 2.

74 Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 2.

75 RG, Urt. v. 5.11.1930 – I 150/30 = RGZ 130, 196 – Codex aureus; BGH, Urt. v. 3.4.1968 – I ZR 83/66 = BGHZ 50, 147 = GRUR 1968, 607 – Kandinsky; Urt. v. 30.6.1994 – I ZR 32/92 = BGHZ 126, 313 = GRUR 1994, 800 – Museumskatalog. Gerichtliche Entscheidungen sind keine „wissenschaftlichen Werke“ in diesem Sinne, vgl. RG, Urt. v. 5.11.1930 – I 150/30 = RGZ 130, 196 (199) – Codex aureus; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 64.

76 OLG Hamburg, Urt. v. 10.7.2002 – 5 U 41/01 = GRUR-RR 2003, 33 (36f.) – Maschinenmensch; Fromm/Nordemann/Dustmann, 12. Aufl. 2018, § 51 UrhG Rn. 40; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 16.

77 BGH, Urt. v. 3.4.1968 – I ZR 83/66 = BGHZ 50, 147 = GRUR 1968, 607 (608) – Kandinsky; Urt. v. 30.6.1994 – I ZR 32/92 = BGHZ 126, 313 = GRUR 1994, 800 (803) – Museumskatalog (auch wenn ein Bildzitat im Mittelpunkt eines Textes stehe, der ohne das Zitat nicht verständlich wäre, kann es in das zitierende Werk „zur Erläuterung des Inhalts“ aufgenommen sein); OLG Hamburg, Urt. v. 27.7.1989 – 3 U 29/89 = GRUR 1990, 36 (37) – Foto-Entnahme; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 36.

78 BGH, Urt. v. 30.6.1994 – I ZR 32/92 = BGHZ 126, 313 = GRUR 1994, 800 (803) – Museumskatalog; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 36. Diese beiden Aspekte – geistige Auseinandersetzung, Hauptsache vs. Nebensache – finden sich schon in RG, Urt. v. 5.11.1930 – I 150/30 = RGZ 130, 196 (200, 206) – Codex aureus; dort wird auch auf den Wortlaut von § 6 Nr. 4 UrhG 1876 verwiesen, dem dies entspricht.

79 OLG Hamburg, Urt. v. 10.7.2002 – 5 U 41/01 = GRUR-RR 2003, 33 (37) – Maschinenmensch.

heit: Denn viele Formen der Bilderjurisprudenz, gerade solche im Tatbestand, „zeigen“ nur und werden nicht unbedingt zur Erläuterung des Texts eingesetzt. Sofern man annimmt, dass es juristische Bilderargumente gibt,⁸⁰ könnte man annehmen, dass das Bild die „Hauptsache“ bildet.

Drittens muss die Nutzung auch nach ihrem Umfang geboten sein (§ 51 S. 1 UrhG). Während § 45 Abs. 1 UrhG wie gesehen die Vervielfältigungsstücke begrenzt, limitiert § 51 UrhG die Zahl der Werke.⁸¹ So wurde etwa für die Rezension eines Bildbandes entschieden, dass sich der Rezensent mit zwei repräsentativen Bildern begnügen müsse, sieben wären zu viel.⁸² *Maaßen* meint, dass für Bilderjurisprudenz dem Zitat zweck vom Umfang her mit ein oder zwei Bildern genügt sei.⁸³ Auch hier ist die Betrachtung kontextspezifisch, sodass diese gegriffenen Größen mit Vorsicht zu genießen sind, aber zum Ausdruck bringen, dass das Zitatrecht auch unter diesem Aspekt immer eine Einzelfallentscheidung ist, die Rechtsunsicherheit birgt. Es gibt aber auch Rechtsprechung, die eine gewisse Bilderfeindlichkeit an den Tag legt und das Bildzitat schon dann für unzulässig hält, wenn das Werk mit Worten beschrieben werden könne.⁸⁴ Eine liberale Verwendung von Bildern wie in der *Warhol*-Entscheidung – abgedruckt sind nicht nur die streitgegenständlichen Werke, sondern auch andere Werke der Parteien, Zeitungsausschnitte für Kontext usw.⁸⁵ – wäre demnach nicht möglich.

Das mag man zwar für nicht allzu dramatisch halten, da der deutsche Stil der Entscheidungsbegründung nur den Streitstoff behandelt zulasten der Darstellung eines größeren Kontextes, wie dies etwa in den USA üblich ist.⁸⁶ Sollte sich das aber in Zukunft ändern, besteht, jedenfalls solange § 45 UrhG nicht reformiert ist, hierfür eine Grenze im Zitatrecht. Beim Zitatrecht und dem Zitat zweck kommt es gerade nicht auf die positiven Externalitäten durch die Rechtsprechungstätigkeit an – oder auf das fehlende Substitutionspotential dadurch,

⁸⁰ Für das deutsche Recht lassen sich bisher keine finden. Im amerikanischen Recht könnte man als juristisches Bilderargument das inszenierte Foto in *Sandifer* oder das Satzdiagramm in *Rentz* einordnen, s. *Sandifer v. US Steel Corp.*, 678 F.3d 590, 592 (7th Cir. 2012); dazu *Posner*, *Reflections on Judging*, 2013, S. 143, 146; *Porter*, 114 Colum. L. Rev. 1687, 1689 f. (2014); U.S. v. *Rentz*, 777 F.3d 1105, 1109 (10th Cir. 2015); dazu *Durling*, 35 Yale J. on Reg. 325 ff. (2018). Weitere Beispiele inszenierter Fotos *Johansen/Robbins*, 20 Legal Writing 57, 80 ff. (2015) (durch die Parteien); *Porter*, 114 Colum. L. Rev. 1687, 1742 (2014) (durch das Gericht). Näher *Liebenau*, *Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem*, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

⁸¹ § 45 UrhG und § 51 UrhG haben unterschiedliche Stoßrichtungen: Während § 45 UrhG eine situationsspezifische Regelung ist, ist § 51 UrhG kontextspezifisch.

⁸² OLG Hamburg, Urt. v. 27.7.1989 – 3 U 29/89 = GRUR 1990, 36 (37) – Foto-Entnahme.

⁸³ *Maaßen*, ZUM 2003, 830 (836).

⁸⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 27.7.1989 – 3 U 29/89 = GRUR 1990, 36 (37) – Foto-Entnahme.

⁸⁵ Oben Fn. 4.

⁸⁶ Vgl. § 313 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 S. 1 ZPO, wonach das Gericht im Tatbestand die erhobenen Ansprüche und die Angriffs- und Verteidigungsmittel „nur ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp“ darstellen soll. Näher *Liebenau*, *Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem*, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

dass Bilder in juristischen Entscheidungen häufig kleiner und schwarz-weiß abgedruckt sind. Solche Fair-Use-artigen⁸⁷ Argumente sind der Zitatschranke fern, werden aber häufig tatsächlich das Verhalten der Richterinnen und Richter prägen.

Es geht daher darum, wie man behutsam gerade bei Bildziten den Zitatzweck erweitern kann, denn bei Bilderjurisprudenz geht es nicht klassisch um eine Auseinandersetzung mit dem Bild an sich.

b) Grundrechts-, richtlinien- und konventionskonforme Auslegung und Bildzitat

Unter dem Einfluss von grundrechts- und richtlinienkonformer Auslegung ist die Zitatschranke in jüngster Zeit in Bewegung geraten. Für Bildzitate liegt aber noch keine Rechtsprechung vor; daher können hier nur Tendenzen aufgezeigt werden.

Erstens ist zu erwarten, dass das Erfordernis der Quellenangabe zukünftig strenger gehandhabt wird. Das Erfordernis der Quellenangabe und seine Ausnahmen sind im deutschen Recht in § 63 UrhG als allgemeine Vorschriften für mehrere Schranken geregelt. Die traditionelle Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Erfordernis der Quellenangabe ist nicht, dass eine ansonsten von der Schranke gedeckte Nutzung unzulässig wird, sondern vielmehr, dass eine Nutzung ohne Quellenangabe untersagt werden kann. Allerdings ist diese Ansicht zunehmend in Zweifel zu ziehen, da nach der Infosoc-RL einige Schranken – so auch die Zitierschranke in Art. 5 Abs. 3 lit. d) Infosoc-RL – das Erfordernis der Quellenangabe als konstitutives Tatbestandsmerkmal enthalten. Daher wird die Ansicht vertreten, dass in richtlinienkonformer Auslegung ein Fehlen der Quellenangabe, sofern diese erforderlich war, zur Unzulässigkeit der Nutzung führt.⁸⁸ Der BGH hat diese Frage bisher offengelassen.⁸⁹

Zweitens war bisher ständige Rechtsprechung im deutschen Urheberrecht, dass die Zitatfreiheit nur demjenigen zugutekommt, der selbst ein Werk schafft.⁹⁰ Der EuGH verzichtet auf dieses Erfordernis⁹¹ und der Gesetzgeber scheint sich dem angeschlossen zu haben.⁹² Wäre dem nicht so, hätte man erwägen können,

⁸⁷ Vgl. insbesondere Faktor 1 und 4 in 17 U.S.C. § 107. Zu Fair Use im Rechtsvergleich: *Liebenau*, ZUM 2023, 678 (679 ff.); zu Fair-Use-Argumenten in der Pastiche-Schranke (§ 51a UrhG): *Kraetzig*, ZUM 2024, 1 (4 ff.) (ablehnend).

⁸⁸ Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/*Spindler*, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 31, § 63 UrhG Rn. 20.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 10.1.2019 – I ZR 267/15 = GRUR 2019, 813 Rn. 67 – Cordoba II.

⁹⁰ BGH, Urt. v. 30.6.1994 – I ZR 32/92 = BGHZ 126, 313 = GRUR 1994, 800 (802) – Museumskatalog (zum Bildzitat m. w. N. allgemein).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798) Rn. 129 ff. – Painer.

⁹² BT-Drs. v. 15.5.2017 18/12329, S. 32 (mit Verweis auf den Wortlaut von § 51 S. 1 UrhG).

ob das deutsche Recht bei Gerichtsentscheidungen das Zitatrecht überhaupt zugelassen hätte.⁹³ Denn gem. § 5 Abs. 1 UrhG handelt es sich um gemeinfreie Werke, allerdings nicht, weil diese nicht schutzfähig wären, sondern weil ihnen der Schutz aus übergeordneten Gesichtspunkten verwehrt wird.⁹⁴

Drittens ist in der neueren, stark grundrechtsgeprägten Rechtsprechung des EuGH⁹⁵ eine großzügigere Behandlung des Zitatzwecks erkennbar.⁹⁶ Zwar bleibt es dabei, dass keine freie Grundrechtsabwägung außerhalb der Schranken⁹⁷ und kein diffuses Allgemeininteresse⁹⁸ anerkannt werden. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Teile von Sprachwerken und gerade nicht auf das Bildzitat, dessen Krux ist, dass das Werk in seiner Gänze wiedergegeben wird und daher ein intensiver Eingriff vorliegt. Außerdem führt die grundrechtsbezogene Betrachtung für die Bilderjurisprudenz nicht weiter, weil der Staat nicht grundrechtsberechtigt ist. So schlägt zwar noch das Informationsinteresse der Allgemeinheit (Art. 11 Abs. 1 S. 2 GRCh) zu Buche, bei einem potenziellen Rechtsstreit um Bilderjurisprudenz stehen sich aber der/die Urheber einerseits und der Staat andererseits gegenüber. Die Einbeziehung solcher Interessen Dritter ist dogmatisch nicht trivial und jedenfalls kein Automatismus.⁹⁹ Statt in subjektiven Rechten könnte man einen solchen Gedanken auch im Rechtsstaatsprinzip verorten. Der EuGH hat zu erkennen gegeben, dass er objektive Rechtsprinzipien in die Auslegung urheberrechtlicher Normen einbezieht.¹⁰⁰ Der Rekurs auf objektives Recht wird jedoch ebenfalls nicht als unproblematisch angesehen.¹⁰¹

Allenfalls hilft ein Blick ins Designrecht, um eine weniger strenge Handhabung des Bildzitats aus Sicht des europäischen Rechts zu begründen: Im Designrecht geht es um die Frage, ob ein Dritter eine designrechtlich geschützte Ware abbilden darf, um damit eine von ihm angebotene Dienstleistung oder Zubehör zur geschützten Ware zu bewerben – also auch um ein Bildzitat. Die Schranke des Zitatrechts im Designrecht – Art. 20 Abs. 1 lit. c) GVV, § 40 Nr. 3

93 So aber bereits *Maaßen*, ZUM 2003, 830 (833); Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/*Spindler*, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 46.

94 Näher unten D.

95 EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17 (ECLI:EU:C:2019:623) Rn. 60, 73 – Funke Medien NRW; Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 (ECLI:EU:C:2019:625) Rn. 45 – Spiegel Online.

96 *Ohly*, Vorlesungsmaterialien und Urheberrecht, in: FS Dreier, 2022, S. 187 (193 f.).

97 EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17 (ECLI:EU:C:2019:623) Rn. 55 ff. – Funke Medien NRW; Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 (ECLI:EU:C:2019:625) Rn. 40 ff. – Spiegel Online.

98 Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/*Spindler*, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 14.

99 Näher *Liebenau*, Copyright as anti-discrimination, in: Sappa (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Inclusivity, 2024, S. 229 (235 ff.).

100 EuGH, Urt. v. 3.9.2014 – C-201/13 (ECLI:EU:C:2014:2132) Rn. 25 – Deckmyn (zu Parodie, Art. 5 Abs. 3 lit. k) Infosoc-RL: Gemeinwohl als „tragender Grundsatz des Rechts“, s. ErwG. 3 Infosoc-RL).

101 *Riesenhuber*, LMK 2014, 363019; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/*Peukert*, 6. Aufl. 2020, Vorb. §§ 12 ff. UrhG Rn. 47.

DesignG = Art. 13 Abs. 1 lit. c) GeschmMRL – hat einen anderen Wortlaut („Zitierung“) als § 51 UrhG,¹⁰² ist aber vergleichbar, so jedenfalls der BGH.¹⁰³

In der *ICE*-Entscheidung hat er deshalb die engen urheberrechtlichen Grundsätze zum Zitatrecht ins Designrecht übertragen: Erforderlich sei auch für eine designrechtliche „Zitierung“ eine „innere Verbindung“ zwischen dem wiedergegebenen Design und eigenen Gedanken des Zitierenden; daher müsse die Wiedergabe des Designs „als Belegstelle oder Erörterungsgrundlage für eigene Ausführungen des Zitierenden dienen“.¹⁰⁴

Der EuGH hat dagegen in *Nintendo* den Begriff der „Zitierung“ weit im Sinne von Illustration verstanden.¹⁰⁵ Für das Designrecht ist dies sinnvoll, da sich die wesentlichen Wertungen aus den anderen Kriterien der Schranke, insbesondere der Redlichkeit des Verhaltens, ergeben können.¹⁰⁶ Diese Redlichkeit wiederum wird wie im Markenrecht ausgelegt, was zeigt, dass der EuGH durchaus schutzrechtsübergreifende Überlegungen durchführt.¹⁰⁷

Da es auch im urheberrechtlichen Zitatrecht – bisher weitgehend unbeachtet¹⁰⁸ – ein Tatbestandsmerkmal der „anständigen Gepflogenheiten“ (Art. 5 Abs. 3 lit. d) Infosoc-RL; Art. 10 Abs. 1 RBÜ) gibt, könnte man durchaus erwägen, ob es für Bildzitate sinnvoll ist, die geistige Auseinandersetzung mit dem Bild so stark zu betonen, wie dies die deutsche Rechtsprechung bisher unternommen hat. Stattdessen könnte eine Interessenabwägung anhand des Kriteriums der Redlichkeit des Verhaltens erfolgen. Ein Aspekt dafür könnte – trotz der oben geäußerten Bedenken, die Zitatschranke nicht Fair-Use-artig zu erweitern – die Wiedergabe des Bildes in schlechterer Qualität sein. Dadurch ist das Risiko der Weiterverwendung durch Dritte minimiert.

¹⁰² Neben dem Begriff der „Zitierung“ gibt es noch weitere einschränkende Kriterien – Vereinbarkeit mit den Gepflogenheiten des redlichen Geschäftsverkehrs, Beeinträchtigung der normalen Verwertung des Designs und Angabe der Quelle.

¹⁰³ BGH, Urt. v. 7.4.2011 – I ZR 56/09 = GRUR 2011, 1117 Rn. 45 – *ICE*.

¹⁰⁴ BGH, Urt. v. 7.4.2011 – I ZR 56/09 = GRUR 2011, 1117 Rn. 46 – *ICE*; krit. *Hofmann*, GRUR 2020, 915 (917 f., 922) (das Problem auf „remedy“-Ebene lösend).

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 27.9.2017 – C-24/16 und C-25/16 (ECLI:EU:C:2017:724) Rn. 68 ff. – *Nintendo*.

¹⁰⁶ *Kur*, GRUR 2017, 1127 (1128); *Starcke*, GRUR 2018, 1102 (1105). Anders als die ausdifferenzierten Schranken im Urheberrecht kennt das Designrecht nur vereinzelte Schranken, was ein weiteres Verständnis derselben nahelegt. Zu geplanten Änderungen des Designrechts auch *Kur/Endrich-Laimböck/Huckschlag*, GRUR Int. 2023, 557 (561 f.).

¹⁰⁷ Abgelehnt wird dagegen die direkte Schranken-Übertragung von einem Recht des Geistigen Eigentums auf ein anderes: EuGH, Beschl. v. 6.10.2015 – C-500/14 (ECLI:EU:C:2015:680) Rn. 38 ff. – *Ford Motor Company*; *Kur*, GRUR 2017, 1127 (1128).

¹⁰⁸ Vgl. *Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner/Spindler*, 6. Aufl. 2020, § 51 UrhG Rn. 49 ff.; zum Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers beim Zitatrecht: EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 (ECLI:EU:C:2019:625) Rn. 27 ff. – *Spiegel Online*. Der EuGH stellte in *Pelham* maßgeblich auf die „anständigen Gepflogenheiten“ ab, um zu begründen, dass das zitierte Werk erkennbar sein muss, s. EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17 (ECLI:EU:C:2019:624) Rn. 69 ff. – *Pelham* u. a.

Eine zukünftige EuGH-Rechtsprechung zum urheberrechtlichen Bildzitat sollte sich mit diesen – aus dem Designrecht stammenden und in der Infosoc-RL und RBÜ abgesicherten – Erwägungen auseinandersetzen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Das Zitatrecht wird beim Bildzitat eng, aber kontextspezifisch verstanden. Das Bildzitat muss zur Erläuterung des Textes dienen. Danach wäre Bilderjurisprudenz, die rein illustrative oder für sich selbst stehende Bilder verwendet,¹⁰⁹ nach dem Zitatrecht unzulässig. Die Grundsätze des Zitatrechts sind aber im Fluss und aus europäischer Sicht für Bildzitate noch nicht geklärt. Es bleibt auch für die Schranke des Zitatrechts eine erhebliche Rechtsunsicherheit für Bilderjurisprudenz. Hier wurde vorgeschlagen, anstatt sich nur auf die geistige Auseinandersetzung im Rahmen des Zitatzwecks zu kaprizieren, eine Interessenabwägung anhand der „anständigen Gepflogenheiten“ (Art. 5 Abs. 3 lit. d) Infosoc-RL; Art. 10 Abs. 1 RBÜ) durchzuführen.

4. Keine Einwilligungslösung

Eine Frage, die sich aufdrängt, wurde bisher noch nicht behandelt: Wenn das Gericht Werke Dritter in seine Entscheidung aufnimmt, dann entnimmt sie diese – schon wegen des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes – den Schriftsätzen der Parteien.¹¹⁰ Handelt dann das Gericht nicht schon mit Zustimmung des Urhebers? Parteien dürften *prima facie* nichts dagegen haben, wenn das Gericht zur Begründung diejenigen Bilder verwendet, die schon die Parteien für ihre eigene Begründung verwendet hatten. Eine solche Einwilligungslösung ist gleichwohl nicht tragfähig.

Eine Einwilligungslösung – hier in der „Stufenleiter der Gestattungen“¹¹¹ dogmatisch zu verorten als konkludente, einseitige Einwilligung in die Rechtsverletzung statt der konkludenten Einräumung von Nutzungsrechten – wird häufig dann ins Spiel gebracht, wenn urheberrechtliche Schranken versagen.¹¹² So war es etwa in der ersten *Vorschaubilder*-Entscheidung des BGH.¹¹³ Dort ging es um die Nutzung von Thumbnails durch Suchmaschinen. Der BGH löste den Fall dahingehend, dass derjenige, der Fotos auf eine Website hochlädt und sich nicht abweichend äußert, grundsätzlich darin einwilligt, dass eine Suchmaschine diese

109 Beispiele bei *Liebenau*, Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

110 Vgl. zu möglichen Gegenbeispielen, vom Gericht selbst eingebrachter und/oder angefertigter Bilder oben Fn. 80. Näher *Liebenau*, Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

111 *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 141 ff., 276 f.; *Ohly*, GRUR 2012, 983 (986 f.).

112 Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 97 UrhG Rn. 37 („Notlösungsscharakter“).

113 BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08 = GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder I.

Fotos in verkleinerter Form als Thumbnail öffentlich zugänglich macht und zu diesem Zweck vervielfältigt.¹¹⁴ Eine solche Einwilligungslösung ist also rechtsgeschäftlich bzw. rechtsgeschäftsähnlich¹¹⁵ – es kommt jedenfalls auf den objektiv erkennbaren Willen (vgl. §§ 133, 157 BGB) des Urhebers an. Diese Rechtsprechung ist mittlerweile überholt, aber ähnliche Kriterien gehen im Recht der öffentlichen Wiedergabe auf, das der EuGH durch eine umfangreiche Kasuistik geprägt hat.¹¹⁶ Zuletzt wurden Fototapeten-Fälle mit der Einwilligung bzw. der konkludenten Nutzungsrechtseinräumung gelöst.¹¹⁷ Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, warum die Einwilligungslösung bei Bilderjurisprudenz nicht verfährt.

Erstens dürfen durch die Einwilligungslösung nicht die europarechtlich determinierten Schranken umgangen werden. Die Infosoc-RL lässt zwar das Vertragsrecht und damit die Einräumung von Nutzungsrechten unberührt (Art. 9 Infosoc-RL, ErwG. 30, 45 Infosoc-RL). Auch der EuGH erkennt an, dass selbst eine „implizite Zustimmung“, wie er es nennt, eine Verletzung ausschließt.¹¹⁸ Je weiter sich aber eine nationale Einwilligungslösung vom Willen des Urhebers entfernt und stattdessen auf objektive, typisierte Interessenabwägungen abstellt, desto mehr besteht die Gefahr, eine Quasi-Schranke zu schaffen.¹¹⁹ Mit *Pelham*¹²⁰ sind solche Quasi-Schranken als mit der Infosoc-RL unvereinbar abzulehnen.

Zweitens ist die Einwilligungslösung ein „Instrument der Selbstbestimmung im Bereich subjektiver Rechte“.¹²¹ Dadurch kann nur einwilligen, wer auch tatsächlich Rechtsinhaber ist: Wenn das Bild eines Dritten verwendet wird, kann nicht eingewilligt werden.¹²² Wenn der Kläger ein Bild der angegriffenen Verletzungsform der Beklagten in seinem Schriftsatz verwendet, dann kann der Kläger nicht hinsichtlich einer Verwendung des Gerichts einwilligen. Selbst für ein eigenes Werk ist zweifelhaft, ob der Kläger selbstbestimmt einwilligt. Denn er wird schließlich durch die Verletzung zur Klage und durch das Prozessrecht

114 BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08 = GRUR 2010, 628 Rn. 33 ff. – Vorschaubilder I.

115 Genaue dogmatische Einordnung offen gelassen in BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08 = GRUR 2010, 628 Rn. 35 – Vorschaubilder I; näher *Ohly*, GRUR 2012, 983 (985).

116 Ausführlich *Ohly*, GRUR 2018, 996 (998 ff.) zu BGH, Urt. v. 21.9.2017 – I ZR 11/16 = GRUR 2018, 178 – Vorschaubilder III. S. auch *Ohly*, GRUR 2018, 187 (188). Für eine kategoriale Trennung von Einwilligung und der Reichweite des Verwertungsrechts: *Hofmann*, ZUM 2018, 641 (647). Überblick bei Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 97 UrhG Rn. 35 ff.

117 OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.2024 – 20 U 56/23 = GRUR-RS 2024, 1629 Rn. 38 – Fototapete; LG Köln, Urt. v. 18.8.2022 – 14 O 350/21 = ZUM-RD 2023, 312 Rn. 65 ff.; LG Stuttgart, Urt. v. 25.10.2022 – 17 O 39/22 = GRUR-RS 2022, 48323 Rn. 14 – Fototapete; ablehnend *Wypchol*, ZUM 2023, 688 (691 f.).

118 EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15 (ECLI:EU:C:2016:878) Rn. 35 – Soulier und Doke.

119 Vgl. bereits *Ohly*, GRUR 2012, 983 (986 f.) zum Unterschied von Schranke und Einwilligung. Ähnlich auch *Wypchol*, ZUM 2023, 688 (692) im Fototapeten-Fall.

120 EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17 (ECLI:EU:C:2019:624) Rn. 63 – *Pelham* u. a.

121 *Ohly*, GRUR 2012, 983 (992).

122 *Ohly*, GRUR 2012, 983 (988) ablehnend zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 = GRUR 2012, 602 – Vorschaubilder II.

zur Darlegung „gezwungen“. Die Beklagte wird wohl einer Verwendung durch das Gericht ebenfalls nicht zustimmen, da sie schon nicht mit einer Verwendung durch den Kläger einverstanden war, mit dem dieser seinen – für sie nachteiligen – Anspruch geltend machte.¹²³ Anders könnte man dies sehen, wenn man einen solchen Willen für unbeachtlich¹²⁴ halten würde, weil noch immer beide Parteien an einem rechtsstaatlichen Verfahren mitwirken und ein allgemeines Interesse an einer möglichst aussagekräftigen Entscheidungsbegründung haben.

Drittens, diesen Gedanken weiterführend, darf sich die Einwilligung aber nicht zu weit vom tatsächlichen Willen entfernen und zur bloßen Fiktion werden. Auch eine konkludente Einwilligung braucht ein Willens- und Kommunikationselement,¹²⁵ damit sie noch von einer mutmaßlichen Einwilligung mit Widerspruchsvorbehalt, die es nur in Ausnahmefällen im Deliktsrecht (vgl. § 630d BGB) gibt,¹²⁶ unterschieden werden kann. Im Urheberrecht wird stets betont, dass die Anforderungen an eine konkludente Einwilligung „streng“ seien, weil andernfalls das Zustimmungsrecht des Urhebers gefährdet sei.¹²⁷ Da aber in einem Gerichtsverfahren der wirkliche Wille durch die Mitwirkung am rechtsstaatlichen Verfahren überformt wird, kann man kaum sagen, was der wirkliche Wille ist: Der Wille einer Beklagten, ob ihr vermeintlich verletzendes Produkt in der Gerichtsentscheidung auftauchen darf, mag aus ihrer Sicht auch davon abhängen, ob sie gewinnt oder verliert. Er mag ferner davon abhängen, ob die Entscheidung veröffentlicht wird, wie der *Cariou-Fall*¹²⁸ zeigt: Der Beklagte hat dort kein Interesse an der hochauflösenden Wiedergabe seiner Fotos im Internet, da eine Gefahr der Substitution besteht. Vielleicht hat er nicht einmal ein Interesse an einer Verwendung durch das Gericht, wenn man nur die Zustellung an die Parteien selbst betrachtet, da er sein Werk kennt und auf eine Wiedergabe durch das Gericht verzichten kann. Da der Wille objektiv erkennbar sein muss, mag die Bilderverwendung je nach Rechtsgebiet unterschiedlichen Konventionen¹²⁹ unterliegen, die als zusätzlicher Filter über dem Willen liegen und die Rechtsunsicherheit erhöhen. Diese Auslegungsvarianten zeigen, dass Ausführungen zum (objektiv er-

123 Vgl. zum Argument einer Generaleinwilligung *Ohly*, GRUR 2012, 983 (988).

124 Vgl. den Gedanken einer *protestatio facto contraria* in BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 = GRUR 2012, 602 Rn. 28 – Vorschaubilder II.

125 *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 327 ff.

126 Vgl. *Ohly*, GRUR 2012, 983 (986).

127 EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15 (ECLI:EU:C:2016:878) Rn. 37 – Soulier und Doke; Wandtke/Bullinger/v. Wolff/Bullinger, 6. Aufl. 2022, § 97 UrhG Rn. 40. Bei einer Konstruktion als vertragliches Nutzungsrecht ist ebenfalls Zurückhaltung geboten und zudem der Zweckübertragungsgedanke (§ 31 Abs. 5 UrhG) zu beachten, s. Schrickler/Loewenheim/*Ohly/Leistner*, 6. Aufl. 2020, § 31 UrhG Rn. 11.

128 Oben Fn. 9 ff.

129 Oben Fn. 5 f. Vgl. OLG München, Urt. v. 27.11.2014 – 29 U 1004/14 = GRUR-RR 2015, 331 Rn. 45 („gewohnheitsrechtliche“ Nutzung von Klappentexten zur Bücherwerbung, aber nicht online – gemeint ist hier wohl der Empfängerhorizont, der sich aus einer sozialen Übung ergibt, nicht Gewohnheitsrecht im engeren Sinne).

kennbaren) Willen reine Unterstellungen sein können – und umgekehrt die Einwilligungslösung ins bilderfeindliche Gegenteil umschlagen könnte, wenn sich einbürgert, dass Parteien einen ausdrücklichen Vorbehalt im Schriftsatz erklären.

Viertens, den Gedanken des rechtsstaatlichen Verfahrens fortführend, muss auch der Justizgewährungsanspruch berücksichtigt werden. Das Recht auf Rechtsschutz darf nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Diese Konzeption staatlichen Zwangs (Justizgewährungspflicht) und effektiven Schutzes (Justizgewährungsanspruch) passt nur mit einer Schrankenlösung zusammen, nicht aber dem Autonomie-Konzept der Einwilligungslösung.

Es zeigt sich also, dass die Einwilligungslösung keine Defizite auf Schrankenebene zu überspielen vermag und deshalb die Schranken in der vorgeschlagenen Weise auszulegen (§ 51 UrhG) sind bzw. vom Gesetzgeber überarbeitet werden sollten (§ 45 UrhG).

III. Kein Eingriff ins Urheberpersönlichkeitsrecht der Werkintegrität (§ 14 UrhG)

Urheberrechtliche Eingriffe können nicht nur in Verwertungsrechte (§§ 15 ff. UrhG), sondern auch ins Urheberpersönlichkeitsrecht erfolgen. Soweit nach der hier vertretenen Auffassung Bilder in gerichtlichen Entscheidungen nicht von der Gemeinfreiheit nach § 5 UrhG erfasst sind, bleibt grundsätzlich Raum für urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutz. Bisweilen ist die in Entscheidungen abgedruckte Reproduktion so schlecht, dass man an eine Urheberrechtsverletzung unter dem Aspekt des Integritätsschutzes (§ 14 UrhG) denken kann. Nach hier verteilter Ansicht scheidet aber eine solche Verletzung aus.

Beiläufig hat der BGH in einem Fall zur Privatkopie unveröffentlichter Werke entschieden, dass durch technische Verfahren – Ausdrucken, Einscannen, Abspeichern – bewirkte Veränderungen keine Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung darstellen.¹³⁰ Es ist aber zweifelhaft, ob dies so absolut gilt oder bei einer Darstellung außerhalb der im digitalen Raum typischen Sehgewohnheiten zumindest eine Beeinträchtigung vorliegt.¹³¹

Als Beispiel für einen Fall, in dem man in der Tat eine Beeinträchtigung i. S. d. § 14 UrhG annehmen könnte, kann die Entscheidung des LG Berlin zum Ölgemälde „The Unknowable“ dienen.¹³² Bekannt als eine der ersten Entscheidungen zum Pastiche gem. § 51a UrhG, soll es hier aber nicht um diesen, sondern die Sachverhaltsdarstellung und Begründung im Urteil gehen. Das vom Gericht in seinem Urteil abgedruckte Abbild des Werks des Beklagten weicht stark von einer originalgetreuen Kopie desselben ab (Abb.).

¹³⁰ BGH, Urt. v. 19.3.2014 – I ZR 35/13 = GRUR 2014, 974 Rn. 60 – Porträtkunst.

¹³¹ Vgl. Wandtke/Bullinger, 6. Aufl. 2022, § 14 UrhG Rn. 65; Fromm/Nordemann/Dustmann, 12. Aufl. 2018, § 14 UrhG Rn. 62; Maaßen, ZUM 2003, 830 (838 f.).

¹³² LG Berlin, Urt. v. 2.11.2021 – 15 O 551/19 = GRUR-RR 2022, 216 – The Unknowable.



Abb.: Martin Eders Ölgemälde „The Unknowable“. Die Darstellung auf der linken Seite zeigt das Werk, wie es in der Entscheidung des LG Berlin abgedruckt ist. Die Darstellung auf der rechten Seite ist eine originalgetreue Reproduktionsfotografie (Fotograf: Uwe Walter), die hier mit freundlicher Einwilligung gezeigt wird.

Dass ein Gericht die technischen Möglichkeiten der Reproduktion nicht ausschöpft, weil die Kopie der Kopie aus dem Schriftsatz vervielfältigt wurde, ist zunächst nichts Ungewöhnliches,¹³³ sondern unmittelbare Folge des Beibringungsgrundsatzes, wonach die Parteien den tatsächlichen Prozessstoff beibringen und das Gericht mit diesem arbeiten muss. Das LG Berlin beschäftigte sich eingehend mit dem kommunikativen Gehalt des Werkes in einer ausführlichen Bildanalyse.¹³⁴ Es griff hierfür auf die originalgetreue Kopie in der mündlichen Verhandlung zurück.¹³⁵ Für die unbeteiligte Leserin des Urteils, die zunächst nur das im Urteil wiedergegebene Bild kennt, erscheint aber der ästhetische (und auch der kommunikative?) Gehalt der schlechten Kopie ein anderer als der der originalgetreuen. Der collagenartige Charakter und die fotorealistischen Details im Vordergrund, auf die die Entscheidungsbegründung maßgeblich abhebt,¹³⁶ sind in der schlechten Kopie kaum zu erkennen. Angesichts des Zwecks, den das eingefügte Bild erfüllen soll – der Öffentlichkeit den Sachverhalt darzulegen, nicht den Parteien, die die streitgegenständlichen Werke ja kennen – handelt es sich um eine durch technische Verfahren eingetretene Veränderung, die jedenfalls grundsätzlich die Interessen des Urhebers berührt.

133 Durch das digitale Arbeiten in der e-Akte wird dieses Problem entschärft werden; es bleibt die Frage, wie viel Repräsentation angesichts neuer technischer Möglichkeiten die Begründung einer gerichtlichen Entscheidung liefern sollte. Näher *Liebenau*, Bilderjurisprudenz. Visualisierung in gerichtlichen Entscheidungen als Rechts- und Methodenproblem, ZfPW 2024 (im Erscheinen).

134 LG Berlin, Urt. v. 2.11.2021 – 15 O 551/19 = GRUR-RR 2022, 216 Rn. 38 – *The Unknowable*; krit. zum Prüfungsprogramm *Liebenau*, ZUM 2023, 678 (687); positiv die kunstsensible Betrachtung hervorhebend *Bibi*, ZUM-RD 2022, 505 (507); *Pötzlberger*, GRUR-RR 2022, 222 (223); *Stützle/Bischoff*, ZUM 2022, 683 (692 f.).

135 LG Berlin, Urt. v. 2.11.2021 – 15 O 551/19 = GRUR-RR 2022, 216 Rn. 40 (der Maßstab sei, mit einer „Offenheit für Kunst“ das Original „in Ruhe“ zu betrachten).

136 LG Berlin, Urt. v. 2.11.2021 – 15 O 551/19 = GRUR-RR 2022, 216 Rn. 40.

Ein Eingriff in das Recht der Werkintegrität setzt aber ferner voraus, dass die Entstellung geeignet ist, die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden. In eine hier vorzunehmende Interessenabwägung wird man einzustellen haben, dass sich der Urheber wegen §§ 45, 51 UrhG – trotz der oben geäußerten Unsicherheiten, jedenfalls in der hier bevorzugten Auslegung – regelmäßig nicht gegen das „Ob“ der Verwendung durch das Gericht wehren kann, aber bei § 14 UrhG gegen das „Wie“. Wie oben gesehen kann aber eine Wiedergabe in schwarz-weiß oder verkleinerter Form den Interessen des Urhebers gerade entsprechen, da dann unwahrscheinlich ist, dass im Markt das Werk aus der Entscheidung eine lizenzierte Kopie des Werks substituiert. Insofern ist die schlechte Kopie das urheberrechtlich mildere Mittel. Das sollte über das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht wieder korrigiert werden.

IV. Ergebnisse

Für die urheberrechtlichen Fragen der Bilderjurisprudenz war zu differenzieren zwischen zwei Situationen: erstens die Aufnahme der urheberrechtlich geschützten Werke in die gerichtliche Entscheidung und zweitens ihre Veröffentlichung. Während die erste Situation urheberrechtlich jedenfalls gem. § 45 Abs. 1 UrhG privilegiert ist, bereitet die zweite Situation erhebliche Schwierigkeiten.

Erstens ist zwar eine Zustellung keine öffentliche Wiedergabe – urheberrechtlich ist das Gericht publikumslos. Die Frage wirft aber ein Schlaglicht auf den Öffentlichkeitsbegriff, der für körperliche und nicht-körperliche Verwertungen gleich beurteilt werden sollte. Daneben stehen Vervielfältigungen und – bei einer Veröffentlichung der Entscheidung in Datenbanken oder Zeitschriften – eine öffentliche Wiedergabe im Raum, weshalb es auf die Schranken ankommt.

Zweitens ist jedoch die Schranke des § 45 UrhG in mehrerlei Hinsicht untauglich: Durch ihr Anknüpfen an „einzelne Vervielfältigungsstücke“ passt sie nach der bisher wohl herrschenden Auslegung nicht auf elektronische Zustellungen und Urteilsveröffentlichungen. Sie wurde nicht an die Infosoc-RL angepasst, weicht aber erheblich von dem ihr entsprechenden Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL ab. Obwohl eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in Betracht kommt, sollte aus Transparenzgründen der Gesetzgeber die Vorschrift an Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL anpassen und dabei die digitale Justiz in den Blick nehmen.

Drittens hilft die allgemeine Schranke des Zitatrechts bei Bilderjurisprudenz nur bedingt weiter. Denn bei Bildzitatzen wird der Zitatzzweck traditionell eng verstanden – zu eng, wie der Beitrag argumentiert. Mithilfe einer richtlinien- und konventionskonformen Auslegung und einem Seitenblick ins Designrecht wird vorgeschlagen, die Redlichkeit des Verhaltens in die Betrachtung der Zitatsschranke einzubeziehen.

Viertens ist Bilderjurisprudenz folglich über die Schranken des Urheberrechts zu lösen – es bleibt kein Raum für eine Einwilligungslösung. Denn die auf dem

Autonomiegedanken und dem tatsächlichen Willen beruhende Einwilligung liefert keine tragfähigen Ergebnisse für Parteien, die in einem staatlichen Verfahren mitwirken.

Schließlich: Selbst wenn das Urteil eine „schlechte“ Kopie abdruckt und veröffentlicht, scheidet eine Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung unter dem Aspekt des Integritätsschutzes (§ 14 UrhG) aus. Dies liegt zwar nicht – wie bisher wohl angenommen – daran, dass schon eine Entstellung ausscheidet, sondern dass in die Interessenabwägung einzubeziehen ist, dass eine „schlechte“ Kopie den Interessen des Urhebers gegen Marktsubstitution dienlich sein kann.

D. Weiternutzung durch Dritte des vom Gericht benutzten Werks Privater

Benutzt das Gericht private Werke in seiner Entscheidung, wirft dies nicht nur im Verhältnis Urheber – Gericht, wie eben gesehen, Probleme auf, sondern auch im Verhältnis zu Dritten. Denn ist das Werk einmal Teil der Gerichtsentscheidung, wird es scheinbar als amtliches Werk gemeinfrei gem. § 5 Abs. 1 UrhG. Nach dem Wortlaut ist das Bild dann *free for all* (I.). Dieses Ergebnis ist aber zu korrigieren (II.). Im Folgenden wird ein eigener Auslegungsvorschlag vorgestellt, der § 5 Abs. 1 UrhG als Ausdruck von Informationsfreiheit versteht und entsprechend teleologisch reduziert (III.). So kann das Spannungsverhältnis zwischen dem amtlichen Werk (§ 5 Abs. 1 UrhG) und der amtlichen Schranke (§ 45 UrhG) aufgelöst werden (IV.).

I. § 5 UrhG als Ausnahme vom Urheberrechtsschutz

Gem. § 5 Abs. 1 UrhG genießen sog. amtliche Werke – Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze zu Entscheidungen – keinen urheberrechtlichen Schutz. Jeder kann von § 5 Abs. 1 UrhG erfasste Werke ungehindert vervielfältigen, verbreiten, bearbeiten und sogar als eigene ausgeben – denn sogar Urheberpersönlichkeitsrechte bestehen nicht.¹³⁷

§ 5 Abs. 1 UrhG setzt schon auf der ersten logischen Stufe der urheberrechtlichen Prüfung an: Es wird das amtliche Werk vom urheberrechtlichen Schutz ausgeschlossen; Anschlussfragen nach Eingriff (Schutzbereich, zugewiesene Rechte, inklusive Urheberpersönlichkeitsrechte) oder Rechtfertigung (Schran-

¹³⁷ BT-Drs. v. 23.5.1962 IV/270, S. 39; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 5. Während Amtsträger also urheberrechtlich die Kontrolle über das Werk verlieren, sind Amtshandlungen und amtliche Werke strafrechtlich in besonderen Fällen geschützt, s. etwa §§ 132, 353d StGB.

ken) auf den folgenden Stufen stellen sich nicht mehr. § 5 Abs. 1 UrhG ist daher keine Schranke, sondern eine Ausnahme vom urheberrechtlichen Schutz.¹³⁸

Trotz dieser sehr weiten Rechtsfolgen ist die Norm wohl mit der Verfassung vereinbar.¹³⁹ Ob sie auch europarechtskonform ist, wurde noch nicht entschieden.¹⁴⁰ Zwar hat sie kein Vorbild in der Infosoc-RL,¹⁴¹ aber Ausnahmen für amtliche Werke finden sich im Völkerrecht in Art. 2 Abs. 4 RBÜ¹⁴² und im nationalen Recht der meisten Mitgliedstaaten.¹⁴³

Der EuGH hat sich bisher nur indirekt zum urheberrechtlichen Schutz amtlicher Werke geäußert: In *Public.Resource.Org* entschied er, dass harmonisierte

-
- 138 Beides liefe auf das Gleiche hinaus, so *Schack*, GRUR 2021, 904 (907); unentschieden auch *Fromm/Nordemann/Nordemann*, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 6. Es zeigt sich aber unten unter D.II.1. und 4., dass es durchaus einen Unterschied macht, ob man § 5 UrhG als Ausnahme oder Schranke versteht. Wie hier als Frage des Schutzgegenstands *Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger*, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 12a; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 5 UrhG Rn. 3; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 114, § 5 UrhG Rn. 2; a.A. *Götting*, *Amtliche Werke* (§ 5), in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2021, § 31 Rn. 1 („weitreichendste Schranke“); *BeckOK/Ahlberg/Lauber-Rönsberg*, 40. Ed. 1.5.2023, § 5 UrhG Rn. 1 („besondere Schrankenbestimmung“); vgl. auch *Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner/Stieper*, 6. Aufl. 2020, vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 34 (Schranken als negative Tatbestandsmerkmale).
- 139 BVerfG, Beschl. v. 29.7.1998 – 1 BvR 1143/90 = GRUR 1999, 226 (229) – DIN-Normen (offen gelassen, jedenfalls Zustimmung, dazu sogleich); v. *Albrecht*, *Amtliche Werke und Schranken des Urheberrechts zu amtlichen Zwecken in fünfzehn europäischen Ländern*, 1992, S. 27 ff.; *Grünberger*, ZUM 2020, 175 (185 f.); *Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger*, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 17 ff.; verfassungskonforme Auslegung nötig: *Martini*, ZGE 11 (2019), 373 ff.
- 140 Vgl. die Vorlagefrage zu „amtlichen Datenbanken“ in BGH, Beschl. v. 28.9.2006 – I ZR 261/03 = GRUR 2007, 500 – Sächsischer Ausschreibungsdienst hinsichtlich der Datenbank-RL. Der EuGH entschied nicht, weil das Verfahren in einem Vergleich endete: v. *Gierke*, *Amtliche Datenbanken?*, in: FS Loschelder, 2010, S. 87 (88). Für die militärischen Lageberichte in *Afghanistan-Papiere* kam diese Frage nicht auf, s. *Hauck*, ZUM 2020, 769 (771); *Schack*, GRUR 2021, 904 (907).
- 141 Art. 9 Infosoc-RL lässt den „Zugang zu öffentlichen Dokumenten“ unberührt, s. auch ErwG. 60 Infosoc-RL, meint aber damit Informationsfreiheitsgesetze, s. EuGH, Urt. v. 28.10.2020 – C-637/19 (ECLI:EU:C:2020:863) Rn. 30 – BY (Preuve photographique). An der Richtlinienkonformität zweifelnd *Fromm/Nordemann/Nordemann*, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 6.
- 142 Art. 2 Abs. 4 RBÜ lautet: „Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, den Schutz amtlicher Texte auf dem Gebiet der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung sowie der amtlichen Übersetzungen dieser Texte zu bestimmen“. *Schack*, GRUR 2021, 904 (907) konstruiert eine völkerrechtliche Bindung für die EU über Art. 3 WCT. Da die Vorschrift aber „halbstarr“ formuliert ist, können die Verbandsstaaten den Schutz für amtliche Staaten beliebig ausgestalten und auch abbedingen, s. *Rehbinder*, *Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit*, in: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft, 1986, S. 357 (359).
- 143 v. *Albrecht*, *Amtliche Werke und Schranken des Urheberrechts zu amtlichen Zwecken in fünfzehn europäischen Ländern*, 1992, S. 111 ff.; *Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger*, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 12a, *Zentner*, ZGE 1 (2009), 94; vgl. für USA und Canada: *Richter*, IIC 2021, 6 (8 ff.).

technische Normen frei zugänglich sein müssen.¹⁴⁴ Der Fall betraf eine informationsfreiheitsrechtliche Frage auf Grundlage von Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1049/2001 (Transparenz-VO). Danach darf der öffentliche Zugang zu einem Dokument dann verweigert werden, wenn der Schutz geschäftlicher Interessen, einschließlich des geistigen Eigentums, beeinträchtigt ist, es sei denn ein überwiegendes Interesse an der Verbreitung besteht. Der EuGH ließ ausdrücklich offen, ob urheberrechtlicher Schutz besteht, weil jedenfalls ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliege.¹⁴⁵ Die Generalanwältin dagegen ließ sich ausführlich zum urheberrechtlichen Schutz ein, den sie verneinte: Sie stützte ihre Argumentation aber nicht auf amtliche Werke allgemein, sondern speziell auf die technischen Normen, die Teil des Unionsrechts geworden sind.¹⁴⁶ Auf die deutschen Regelungen zu technischen Normen wird zurückzukommen sein.

Das Ergebnis *free for all* erscheint speziell für private Werke in gerichtlichen Entscheidungen ungerecht – wenn sich der Urheber nicht gegen die Bildverwendung durch das Gericht wehren können soll,¹⁴⁷ aber gleichzeitig sein Werk gemeinfrei wird, weil das amtliche Werk es usurpiert. Zwar wird auch eine solche umfassende Gemeinfreiheit vertreten.¹⁴⁸ Dritte könnten dann das Werk umfassend nutzen, nur weil es zufälligerweise Teil einer Gerichtsentscheidung gewesen ist. Der Dritte könnte dann z. B. mit der digitalen Kopie des Werks aus der Entscheidung eine Tasse bedrucken und verkaufen, also etwa eine Tasse mit „Orange Prince“, dem Werk aus der *Warhol*-Entscheidung.¹⁴⁹ Mit Blick auf die

144 EuGH, Urt. v. 5.3.2024 – C-588/21 P (ECLI:EU:C:2024:201) – *Public.Resource.Org and Right to Know v. Commission and Others*; zur Vorinstanz *Gérardy*, EJRR 2022, 532 (536 f.).

145 EuGH, Urt. v. 5.3.2024 – C-588/21 P (ECLI:EU:C:2024:201) Rn. 87, 69 ff. – *Public.Resource.Org and Right to Know v. Commission and Others*.

146 Schlussanträge GA *Medina* v. 22.6.2023 – C-588/21 P (ECLI:EU:C:2023:509) Rn. 62, 66 ff. – *Public.Resource.Org and Right to Know v. Commission and Others*.

147 Trotz der oben unter C. beschriebenen Rechtsunsicherheit zur Auslegung von §§ 45, 51 UrhG ist das wohl das rechtspolitische Desiderat.

148 So wohl Wandtke/Bullinger/Marquardt, 6. Aufl. 2022, § 5 UrhG Rn. 13; Heese, Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Zeitalter der Digitalisierung. Entwicklungsstand und Entwicklungsdefizite einer Funktionsbedingung des modernen Rechtsstaats, in: FS Roth, 2021, S. 283 (305 Fn. 139).

149 Auch ausländische amtliche Werke sind in Deutschland gemeinfrei, weil es sich um eine Frage des Werks handelt und daher das Schutzlandprinzip gilt: *Schack*, GRUR 2021, 904 (908); *Katzenberger*, GRUR 1972, 686 (695); *Schricker/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger*, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 95; a.A. *Fromm/Nordemann/Nordemann*, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 8 (differenzierend nach dem Regelungszweck; Gemeinfreiheit nur für solche Werke, die Relevanz haben für die deutsche Staatsgewalt); nach dieser Ansicht wäre die *Warhol*-Entscheidung in Deutschland nicht gemeinfrei, was zu dem eigenartigen Ergebnis führt, dass die amerikanische Entscheidung in Deutschland urheberrechtlich geschützt ist, obwohl sie selbst in den USA gemeinfrei ist. Die Gemeinfreiheit ergibt sich schon aus der ersten urheberrechtlichen Entscheidung des Supreme Court in *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 668 (1834); s. mittlerweile auch 17 U.S.C. § 105; vgl. auch *Tresansky*, 30 Cath. U.L. Rev. 605, 611 f. (1981). Das amerikanische Recht hat aber dieses Phänomen erkannt und beansprucht für sich,

The Unknowable-Entscheidung (Abb.) fragt sich zudem: Welches Bild wird hier gemeinfrei und darf übernommen werden: die „schlechte“ Kopie aus dem Urteil oder „das“ Werk als solches?

II. Ansätze für eine einschränkende Auslegung von § 5 Abs. 1 UrhG

Überwiegend wird jedoch vertreten, dass § 5 Abs. 1 UrhG für Bilder in juristischen Entscheidungen keine umfassende Gemeinfreiheit anordnet. Bei genauerem Hinsehen sind diese Ansätze aber höchst unterschiedlich. Sie wurden bisher nicht systematisch untersucht und differenziert erläutert. Diese Systematisierung leistet der Beitrag (1.–4.) und liefert eine alternative, vorzugswürdige Lösung (III.).

1. § 5 Abs. 1 UrhG als relative Gemeinfreiheit – Schrankenlösung

Erstens wird vertreten, dass Bilder in Entscheidungen nur insoweit als gemeinfrei anzusehen seien, als die spätere Nutzung einen Bezug zur gerichtlichen Entscheidung habe.¹⁵⁰ Von § 5 Abs. 1 UrhG sei demnach etwa eine Besprechung eines Urteils in einem Aufsatz oder Lehrbuch erfasst, in der das verwendete Bild benutzt wird – nicht aber eine allgemeine werbliche Verwendung des Bildes.¹⁵¹ Hiernach darf der Kontext der gerichtlichen Entscheidung nicht verlassen werden; isoliert dürfte dann der Dritte nur nutzen, wenn ihm seinerseits Schranken wie § 51 UrhG zugutekommen.¹⁵²

Dagegen spricht aber: Eine solche „relative Gemeinfreiheit“,¹⁵³ d. h. eine Kontextspezifität der Nutzung, lässt sich in Wortlaut und Systematik des § 5 Abs. 1 UrhG nicht finden. Erstens ordnet § 5 Abs. 1 UrhG einen Ausschluss der Schutzfähigkeit an,¹⁵⁴ der sich aus der Natur des Werks ergibt. Dieser ist gerade keine kontextspezifische Schranke wie das Zitatrecht (§ 51 UrhG), das durch den Zitat Zweck bestimmt wird.¹⁵⁵ Er greift bereits auf der ersten Stufe (Entstehung des Schutzes) und ist nicht kontextsensitiv für eine bestimmte Nutzung wie die

auch im Inland gemeinfreie Werke im Ausland wahrzunehmen, s. H. R. Rep. No. 94–1476, at 59 (1976).

150 OLG Braunschweig, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 U 28/10 = InstGE 12, 286 Rn. 5 – Kühnen II; *Maaßen*, ZUM 2003, 830 (833); *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 38; *Fromm/Nordemann/Nordemann*, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 13; vgl. aber LG München, Urt. v. 10.3.1987 – 21 S 20861/86 = GRUR 1987, 436 (437) – Briefmarke (keine Beschränkung der Rechtsfolgen auf Verwertungshandlungen im amtlichen Interesse).

151 OLG Braunschweig, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 U 28/10 = InstGE 12, 286 Rn. 5 – Kühnen II; *Maaßen*, ZUM 2003, 830 (833); *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 38.

152 *Fromm/Nordemann/Nordemann*, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 13.

153 *Maaßen*, ZUM 2003, 830 (833).

154 Oben Fn. 139.

155 Vgl. oben zum Zitatzweck C.II.3.

Schranken des Urheberrechts auf der dritten Stufe (Rechtfertigung des Eingriffs). Für diese Einordnung spricht die systematische Stellung im Abschnitt 2 („Das Werk“), die auch derjenigen im Völkerrecht (Art. 2 Abs. 4 RBÜ) entspricht, sowie der rechtsvergleichende Befund.¹⁵⁶ § 5 Abs. 1 UrhG ist keine Schranke und sollte auch nicht durch die Hintertür des hier behandelten Sonderproblems zu einer solchen Schranke gemacht werden.

Zweitens hätte der Gesetzgeber, wenn er eine Schranke für die kontextspezifische Kommunikation *über* gerichtliche Verfahren gewollt hätte, eine solche schaffen müssen. Dafür hätte er sogar eine Grundlage gehabt in Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 a.E. Infosoc-RL („Gerichtsverfahren oder der Berichterstattung darüber“). Er hat sich aber in § 45 UrhG nur für eine Privilegierung *im* Verfahren entschieden. § 5 Abs. 1 UrhG kann man aus Transparenzgründen¹⁵⁷ nicht in diesem Sinne auslegen; „Berichterstattung darüber“ über die in Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 a.E. Infosoc-RL genannten staatlichen Verfahren ist nicht gleichbedeutend mit der in § 5 Abs. 1 UrhG angeordneten, umfassenden Freistellung amtlicher Werke.

§ 5 Abs. 1 UrhG regelt daher eine absolute und gerade keine relative Gemeinfreiheit. Da es sich um einen Ausschluss auf Ebene des Schutzgegenstands handelt, kann die Schranken-Logik der Kontextspezifität nicht angewendet werden.

2. § 5 Abs. 1 UrhG als teilweise Gemeinfreiheit – Zurechnungslösung

Zweitens wird erwogen, § 5 Abs. 1 UrhG „nur“ auf die gerichtliche Entscheidung selbst anzuwenden und die Bilder hiervon zu trennen.¹⁵⁸ Dahinter steht die Erwägung, dass die Werke vorher urheberrechtlich geschützt waren und nicht deshalb einen Statuswechsel vollziehen, nur weil sie jetzt in einem Urteil zu finden sind. Begründen könnte man dies mit einem historischen Argument: Der Gesetzgeber rechtfertigt § 5 Abs. 1 UrhG einerseits mit dem öffentlichen Interesse an einer möglichst großen Verbreitung von amtlichen Werken und andererseits mit einem kraft ihres Amtes fehlenden Interesses von Richterinnen und Richtern an der Verwertung ihrer Leistungen.¹⁵⁹ Beides trifft nicht auf Private zu, deren Werke genutzt werden.

Gegen eine solche teilweise Gemeinfreiheit spricht aber zweierlei: Erstens steht in § 5 Abs. 1 UrhG kein „soweit“. Amtliche Werke sind nach außen einheitlich.¹⁶⁰ Dies anders zu sehen, würde speziell dem Phänomen der Bilderjurisprudenz nicht gerecht. Bei Bilderjurisprudenz handelt es sich zwar um einen nicht

¹⁵⁶ Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 12a.

¹⁵⁷ Oben C.II.2.c).

¹⁵⁸ Vgl. Maaßen, ZUM 2003, 830 (833).

¹⁵⁹ BT-Drs. v. 23.5.1962 IV/270, S. 39.

¹⁶⁰ Vgl. BT-Drs. v. 6.11.2002 15/38, S. 16.

immer notwendigen, aber wenn vorhanden, dann integralen Bestandteil der Entscheidung – nicht bloß um einen Annex, den man ebenso gut streichen könnte.

Zweitens ist allgemein anerkannt, dass man § 5 Abs. 1 UrhG auch auf private Werke anwenden kann.¹⁶¹ Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH können private Werke unter § 5 Abs. 1 UrhG fallen.¹⁶² Der BGH hat dies für unterschiedliche Werke Privater entschieden – wie z. B. DIN-Normen oder Vergaberichtlinien. Freilich ist aber das private Werk nicht immer *zurechenbarer* Teil eines amtlichen Werks.

Als ein solches Zurechnungsproblem löst der BGH z. B. den Fall, dass ein urheberrechtlich geschützter Landkartenausschnitt aus einer privaten Stellungnahme in ein Bauleitverfahren inkorporiert wird.¹⁶³ Die Gemeinde wolle nur den bauplanungsrechtlichen Vorschriften zur Öffentlichkeitsbeteiligung genügen und mache sich daher nicht den Kartenausschnitt zu eigen, so der BGH.¹⁶⁴

Bei Bilderjurisprudenz liegt der Fall aber anders: Die Bilder sind integraler Teil der Entscheidung; zwar ist das kein Zu-eigen-machen im Sinne von Als-eigenes-ausgeben, sondern ein Zur-eigenen-Entscheidung-machen.¹⁶⁵ Anders als im Bauleitverfahren, wo der Landkartenausschnitt im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung lediglich zur Wahrung eines formellen Verfahrens in Bezug genommen wird, sind Bilder in gerichtlichen Entscheidungen nicht nur ein formaler Akt, sondern Teil der materiellen Entscheidung.

Insbesondere Bilder in gerichtlichen Entscheidungen kann man daher nicht als Teile des amtlichen Gesamtwerks herauslösen. § 5 Abs. 1 UrhG regelt eine einheitliche, keine teilweise Gemeinfreiheit. Das Zurechnungskriterium, das bei privaten Werken allgemein sinnvoll erscheint,¹⁶⁶ kann bei Bilderjurisprudenz nicht sinnvoll angewendet werden.

161 Dreyer / Kotthoff / Meckel / Hentsch, 4. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 6; Zentner, ZGE 1 (2009), 94 (110).

162 BGH, Urt. v. 26.4.1990 – I ZR 79/88 = GRUR 1990, 1003 (1005) – DIN-Normen; Urt. v. 6.7.2006 – I ZR 175/03 = GRUR 2006, 848 (850) – Vergaberichtlinien; Urt. v. 21.1.2021 – I ZR 59/19 = GRUR 2021, 711 Rn. 13 ff. – Kastellaun.

163 BGH, Urt. v. 21.1.2021 – I ZR 59/19 = GRUR 2021, 711 Rn. 11 f. – Kastellaun.

164 BGH, Urt. v. 21.1.2021 – I ZR 59/19 = GRUR 2021, 711 Rn. 11 f. – Kastellaun.

165 Vgl. LG Köln, Urt. v. 7.7.2010 – 28 O 721/09 = GRUR-RR 2011, 4 (6) – Antragsschriftsatz. Dort wird mit viel Aufwand begründet, dass durch die Formulierung „Die einstweilige Verfügung war aus den Gründen der verbundenen Antragsschrift nebst Anlagen zu erlassen“ die Antragsschrift zu einem amtlichen Werk nach § 5 Abs. 1 UrhG qua Zurechnung werden könne, weil die einstweilige Verfügung auf sie zur Begründung Bezug nimmt und sie verbindet. Zust. Fromm / Nordemann / Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 17.

166 Gibt die Entscheidung etwa Sprachwerke wieder, z. B. Auszüge aus einem rechtswissenschaftlichen Aufsatz, dann ist sofort erkennbar, dass hinsichtlich der wiedergegebenen Passage keine Zurechnung zu einem amtlichen Werk erfolgt und die Passage daher nicht ihren urheberrechtlichen Schutz verliert: Schrickler / Loewenheim / Ohly / Leistner / Katzenberger / Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 37.

3. § 5 Abs. 1 UrhG als sprachwerkbezogene Gemeinfreiheit – formalistische Lösung

Drittens wird vertreten, dass § 5 Abs. 1 UrhG nur Sprachwerke erfasse, nicht aber Werke der bildenden Kunst.¹⁶⁷ Für diese Ansicht scheint die völkerrechtskonforme Auslegung zu sprechen – in Art. 2 Abs. 4 RBÜ ist von „Texten“ die Rede: „Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, den Schutz amtlicher Texte auf dem Gebiet der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung sowie der amtlichen Übersetzungen dieser Texte zu bestimmen.“

Was hier aber genau mit „Texten“ gemeint ist, müsste man seinerseits erst im Wege der Auslegung ermitteln (Art. 31 WVK). In der Gesetzgebungsgeschichte der RBÜ wurde Art. 2 Abs. 4 RBÜ gerade auf Initiative der deutschen Delegation eingebracht; daher ist zweifelhaft, ob man dem Wortlaut der völkerrechtlichen Vorschrift allzu viel Gewicht beimessen kann.¹⁶⁸ Denn nach der traditionellen deutschen Ansicht erfasst § 5 UrhG gerade alle Werkarten.¹⁶⁹ Daher wird Art. 2 Abs. 4 RBÜ gemeinhin so ausgelegt, dass die Norm alle Werkarten erfasst¹⁷⁰ – es kann also amtliche Werke jeder Werkkategorie geben und folglich auch amtliche Werkteile jeder Werkkategorie. Außerdem bleiben die Gerichtsentscheidungen insgesamt ein Sprachwerk – es handelt sich also um ein Problem des Teileschutzes, zu dem diese Ansicht nichts beitragen kann.

167 LG Berlin, Urt. v. 27.3.2012 – 15 O 377/11 = ZUM-RD, 2012, 399 (402); Möhring/Nicolini/Ahlberg, 4. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 10; Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 5 UrhG Rn. 4; Mestmäcker/Schulze/Obergfell, 38. AL April 2005, § 5 UrhG Rn. 14; Zentner, ZGE 1 (2009), 94 (97); Schrickler, GRUR 1991, 645 (656); a.A. BT-Drs. v. 23.5.1962 IV/270, S. 39; LG München, Urt. v. 10.3.1987 – 21 S 20861/86 = GRUR 1987, 436 (437) – Briefmarke; Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 10; differenzierend v. Ungern-Sternberg, GRUR 1977, 766 (769).

168 So v. Ungern-Sternberg, GRUR 1977, 766 (796); v. Albrecht, Amtliche Werke und Schranken des Urheberrechts zu amtlichen Zwecken in fünfzehn europäischen Ländern, 1992, S. 32 ff. Methodisch kann man dieses Argument angreifen, weil Erwägungen aus den *travaux préparatoires* nur sekundäres Auslegungsmaterial im Völkerrecht sind, s. Art. 32 WVK; vgl. dazu Metzger, Interpretation of IP Treaties in Accordance with Art 31–33 VCLT. A Case Study on the Practice of the European Patent Office, in: Grosse Ruse-Khan/Metzger (Hrsg.), Intellectual Property Beyond Borders, 2022, S. 157, 173 f. Daher ist zunächst eine Auslegung anhand der Auslegungsmethoden vorzunehmen (dazu sogleich).

169 Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 8 ff., 20. Zu § 5 Abs. 2 UrhG, aber der Begriff des amtlichen Werks ist der gleiche: BGH, Urt. v. 28.4.1972 – I ZR 108/70 = GRUR 1972, 713 (714) – Im Rhythmus der Jahrhunderte (Filmwerk); zur engeren Vorgängervorschrift bereits BGH, Urt. v. 3.7.1964 – Ib ZR 146/62 = GRUR 1965, 45 (46) – Stadtplan (Abbildung wissenschaftlicher Art). Nach BT-Drs. v. 23.5.1962 IV/270, S. 39 regelte die Vorgängervorschrift zu § 5 Abs. 2 UrhG nur Schriften; dies wurde auf alle Werkarten erweitert. Daraus folgt aber nicht, dass andere Werkarten nur unter Abs. 2 fallen, so aber Möhring/Nicolini/Ahlberg, 4. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 10.

170 Nordemann/Vinck/Hertin/Meyer, International Copyright, 1990, Art. 2/2bis BC Rn. 12; Rehlinger, Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit, in: FS 100 Jahre Berner Übereinkunft, 1986, S. 357 (360).

§ 5 Abs. 1 UrhG gewährt also keine nur sprachwerkbezogene Gemeinfreiheit; dieser Ansatz ist zu schematisch.

4. § 5 Abs. 1 UrhG als referenzielle Gemeinfreiheit – Zustimmungslösung

Viertens wird vertreten, dass das Bild in der Entscheidung lediglich ein Bildzitat ist (oder aus anderen Gründen berechtigterweise in der Entscheidung benutzt wird) und es diesen Charakter nicht durch § 5 Abs. 1 UrhG verliert, weil es letztlich Fremdkörper in der Entscheidung bleibt.¹⁷¹

Aus dieser Sicht wäre vor der Anwendung des § 5 Abs. 1 UrhG für jeden Werkteil zu prüfen, ob ihn eine Schranke wie § 45 oder § 51 UrhG privilegiert. Nach außen ist dies aber nicht unbedingt erkennbar und erhöht die Rechtsunsicherheit.¹⁷² Ein Gericht könnte nämlich durchaus auch selbst Bilder erstellen.¹⁷³ Letzteres mag zwar ein seltener Fall sein. Aber abgesehen von solchen praktischen Überlegungen ist das „Durchschlagen“ der unter C.II.2. und II.3. diskutierten Schranken-Ebene auf die Reichweite von § 5 Abs. 1 UrhG seltsam: Selbst bei einem unzulässigen Bildzitat würde man nicht § 5 Abs. 1 UrhG bejahen, sondern *erst recht* ein Erfassen von Bildern ablehnen. Aber warum ist dann die Zitatschranke überhaupt ein Differenzierungskriterium, wenn es auf ihre Voraussetzungen gar nicht ankommt?

Zutreffend verstanden knüpft diese Ansicht den Ausschluss von Bildern in Gerichtsentscheidungen nicht an Schranken an, sondern an die Erwägung, dass der ursprüngliche Urheber nicht *zugestimmt* hat. In einem anderen Zusammenhang bei § 5 UrhG ist das Zustimmungskriterium kontrovers diskutiert worden, nämlich bei von Privaten erarbeiteten technischen Normen als Teil von Rechtsnormen. So nimmt etwa das Bauordnungsrecht der Länder auf DIN-Normen Bezug. Der BGH entschied, dass DIN-Normen als Werke Privater unter § 5 Abs. 1 UrhG fallen.¹⁷⁴ Das BVerfG beanstandete diese Entscheidung aus Sicht von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG nicht, weil jedenfalls die Zustimmung des Rechtsinhabers vorliege.¹⁷⁵ *Martini* hat das Zustimmungskriterium zugespitzt: Er hält in verfassungskonformer Auslegung § 5 Abs. 1 UrhG bei der Inkorporierung privater

171 Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 37; Arnold, Amtliche Werke im Urheberrecht, 1994, S. 133 (in Bezug auf private AGB); v. Ungern-Sternberg, GRUR 1977, 766 (769 f.); Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 10, 13; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, 4. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 6.

172 Vgl. v. Albrecht, Amtliche Werke und Schranken des Urheberrechts zu amtlichen Zwecken in fünfzehn europäischen Ländern, 1992, S. 37.

173 Beispiele oben Fn. 80.

174 BGH, Urt. v. 26.4.1990 – I ZR 79/88 = GRUR 1990, 1003 (1004) – DIN-Normen. Der EuGH hat die Frage des urheberrechtlichen Schutzes für harmonisierte technische Normen jüngst offengelassen, s. oben Fn. 145 ff. und Text.

175 BVerfG, Beschl. v. 29.7.1998 – 1 BvR 1143/90 = GRUR 1999, 226 (229) – DIN-Normen; zum Zustimmungskriterium s. Zentner, ZGE 1 (2009), 94 (107 ff.).

Werke nur dann für erfüllt, wenn der Urheberrechtsinhaber zugestimmt hat.¹⁷⁶ § 5 Abs.1 UrhG ist in dieser Auslegung dann eine Norm, die nicht mehr die Voraussetzungen für die Inkorporation regelt, sondern nur noch ihre Folgen.

Auch das Zustimmungskriterium basiert darauf, dass das Verhältnis Urheber – amtlicher Nutzer (hier: ob die DIN-Norm aufgrund vertraglicher Beziehung zurecht im amtlichen Werk in Bezug genommen oder inkorporiert wurde) auf die hier behandelte Rechtsfrage, ob Anschlussverwendungen für Dritte erlaubt sein sollen, durchschlägt. Für dieses Durchschlagen gibt es keinen dogmatischen Anknüpfungspunkt; eine verfassungskonforme Auslegung ist nicht notwendig, wenn bereits innerhalb der Auslegungsmethoden ein verfassungskonformes Ergebnis erzielt werden kann – jedenfalls für die hier behandelte Bilderjurisprudenz. Mittlerweile hat der Gesetzgeber die Rechtslage bei DIN-Normen auch geändert: Wird in Gesetzen, Verordnungen, Erlassen oder amtlichen Bekanntmachungen auf DIN-Normen *verwiesen*, wird der Konflikt durch eine Zwangslizenz in § 5 Abs. 3 S. 2 UrhG gelöst – also keine *property rule* urheberrechtlichen Schutzes, aber dafür eine *liability rule*, weshalb der Verleger bei Verwendung der DIN-Norm trotzdem an den Urheber zahlen muss. Wird die DIN-Norm *inkorporiert*, ist man zurückgeworfen auf § 5 Abs.1 UrhG und dort ist die Preisfrage, ob es eines Zustimmungskriteriums überhaupt bedarf.¹⁷⁷

§ 5 Abs.1 UrhG gewährt daher keine referenzielle Gemeinfreiheit. Das Problem der privaten Werke in gerichtlichen Entscheidungen sollte weder mit einer Wertung aus den Schranken noch mit dem aus der Verfassung gewonnenen Zustimmungskriterium gelöst werden.

III. Eigener Ansatz: § 5 Abs. 1 UrhG als informationelle Gemeinfreiheit

Das Problem bei § 5 Abs.1 UrhG sollte man mit einem Ansatz lösen, der dogmatisch daran anknüpft, was § 5 Abs.1 UrhG regelt: den Schutzgegenstand. Für den hier behandelten Fall, dass ein Gericht private Werke nutzt, insbesondere bei Bilderjurisprudenz, ist § 5 Abs. 1 UrhG teleologisch zu reduzieren.

Um die teleologische Reduktion vorzubereiten, muss erst ein vorläufiges Auslegungsergebnis erzielt werden. Angesichts des kargen Wortlauts sollte hierfür Ausgangspunkt die völkerrechtskonforme Auslegung anhand Art. 2 Abs. 4 RBÜ sein. Aber anstatt „Texte“ so zu lesen, dass Bilder pauschal ausgeschlossen wären,¹⁷⁸ ist Art. 2 Abs. 4 RBÜ seinerseits auszulegen.¹⁷⁹

Nach Art. 31 Abs. 1 WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem

¹⁷⁶ Martini, ZGE 11 (2019), 373 (414).

¹⁷⁷ Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 12, 38 f.; Martini, ZGE 11 (2019), 373 (379 ff.).

¹⁷⁸ Vgl. oben D.II.3.

¹⁷⁹ Ähnl. v. Ungern-Sternberg, GRUR 1977, 766 (769).

Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Da im völkerrechtlichen Methodendiskurs daraus kein Vorrang der Wortlautauslegung („gewöhnliche Bedeutung“) abgeleitet wird,¹⁸⁰ ist die systematische Auslegung („in ihrem Zusammenhang zukommende Bedeutung“) in den Blick zu nehmen. In die Systematik können nicht nur die traditionellen Quellen systematischer Auslegung wie andere Vorschriften, Präambel und Anlagen (Art. 31 Abs. 2 WVK), sondern auch spätere Übungen der übereinstimmenden Vertragsparteien einbezogen werden (Art 31 Abs. 3 lit. b) WVK). Schließlich findet sich in Art. 31 Abs. 1 WVK auch eine teleologische Auslegung („im Lichte seines Zieles und Zweckes“).

Ob nun systematisch gestützt auf eine spätere Übung oder als objektiv verstandenen Zweck sollte auf den Grundsatz der Idee/Ausdruck-Dichotomie abgestellt werden. Diese durchwirkt zwar die RBÜ nicht ausdrücklich; die RBÜ ist aber über Art. 9 Abs. 1 S. 1 TRIPS in TRIPS integriert. Dort ist auf der Ebene des Schutzgegenstands die Idee/Ausdruck-Dichotomie anerkannt (Art. 9 Abs. 2 TRIPS).¹⁸¹ Im deutschen Recht wird zwar eher von fehlendem Ideenschutz und der Differenzierung zwischen Form und Inhalt gesprochen, wonach Urheberrecht nur die konkret ausgedrückte Form, nicht aber den Inhalt schützt.¹⁸²

Vielleicht als Folge dieses deutschen Begriffspaares Inhalt/Form statt des internationalen Begriffspaares Idee/Ausdruck¹⁸³ wird ein Aspekt, der aus der Dichotomie folgt, aber doch zentral ist, im deutschen Recht weniger betont: Bestimmte Werke liegen als Ausdruck schöpferischer Leistung eher im Kernbereich (z. B. Werke der bildenden Kunst, § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG) und andere eher im Randbereich, weil sie lediglich Informationen in einer noch schöpferischen Weise verkörpern (z. B. Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art wie technische Zeichnungen oder Landkarten, § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG). Die im Rand-

180 Überblick aus der Sicht des Geistigen Eigentums bei Metzger, Interpretation of IP Treaties in Accordance with Art 31–33 VCLT. A Case Study on the Practice of the European Patent Office, in: Grosse Ruse-Khan/Metzger (Hrsg.), Intellectual Property Beyond Borders, 2022, S. 157, 159 ff.

181 Art. 9 Abs. 2 TRIPS lautet: „Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such“; vgl. den Wortlaut von 17 U. S. C. § 102(b) („In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work“) und Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-RL („Der gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen. Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht im Sinne dieser Richtlinie urheberrechtlich geschützt“).

182 Vgl. die Kommentierung bei Schricke/Loewenheim/Ohly/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 73 ff., 76 ff.

183 Vgl. Haberstumpf, UFITA 2020/I, 36 (83 ff.); Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 246 f.

bereich liegenden Werke wie technische Zeichnungen und Landkarten können trotzdem schutzfähig sein, allerdings nur wegen ihres konkreten Ausdrucks, nicht der kommunizierten Information.

Diese Frage, inwieweit es um Ausdruck und inwieweit es um Information geht, sollte in § 5 Abs. 1 UrhG fruchtbar gemacht werden. Denn Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 UrhG ist es gerade, das „Interesse der Allgemeinheit an ungehinderter, durch freie Verwertung vermittelter Information über alle Äußerungen hoheitlicher Gewalt“¹⁸⁴ zu schützen. Nur durch eine teleologische, informationelle Auslegung ist gewährleistet, dass der Sinn und Zweck von § 5 Abs. 1 UrhG verwirklicht wird. Alle „Texte“ (verstanden als Informationen, die in ihrer Publizität mit Äußerungen der Staatsgewalt vergleichbar sind), sind vom Urheberrechtsschutz auszunehmen.

An diesen Maßstäben gemessen sind Werke der bildenden Kunst in Gerichtsentscheidungen nie „Texte“ i. S. d. Art. 2 Abs. 4 RBÜ, Art. 9 Abs. 1 S. 1 TRIPS. Werke der bildenden Kunst bzw. Lichtbilder derselben in Gerichtsentscheidungen transportieren keine Information, die über die Repräsentation ihrer selbst hinausgeht.¹⁸⁵ § 5 Abs. 1 UrhG ist daher in völkerrechtskonformer Auslegung teleologisch zu reduzieren.

Am anderen Ende des Spektrums liegen die technischen Zeichnungen: Diese werden in gerichtliche Entscheidungen aufgenommen, weil sie Informationen präziser transportieren als eine sprachliche Darstellung. Daher werden technische Zeichnungen in der Regel mit dem Rest der Entscheidung gemeinfrei gem. § 5 Abs. 1 UrhG, wenn sie es nicht bereits sind – wie technische Zeichnungen aus Patentschriften.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 40; ähnl. Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 7.

¹⁸⁵ Man könnte zwar meinen, dass in diesem Fall die Werke nicht durch (textbasierte) Informationen ersetzt werden können und genau deshalb verwendet wurden. Das „Zeigen“ und „Sehen“ ist aber keine Information, sondern Erfahrung.

¹⁸⁶ Die Rechtslage bei Dokumenten im Patentverfahren ist kompliziert und könnte auch besser mit den hier artikulierten Grundsätzen gelöst werden. Nach wohl h.M. ist zu differenzieren: Inhalte des Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- oder Markenregisters (z. B. im Patentrecht Offenlegungs-, Auslege- oder Patentschriften) fallen unter § 5 Abs. 2 UrhG; Entscheidungen über den Rechtsbestand (z. B. Patenterteilung durch das DPMA) fallen unter § 5 Abs. 1 UrhG, so Dreier/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 5 UrhG Rn. 8; Wandtke/Bullinger/Marquardt, 6. Aufl. 2022, § 5 UrhG Rn. 17; v. Gamm/v. Gamm, GRUR 1969, 595 (596); v. Albrecht, Amtliche Werke und Schranken des Urheberrechts zu amtlichen Zwecken in fünfzehn europäischen Ländern, 1992, S. 90; im Grundsatz auch Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 17; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 65; Arnold, Amtliche Werke im Urheberrecht, 1994, S. 142 ff. (analoge Anwendung von § 5 Abs. 2 UrhG). Nach Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 17, 23; Schrickler/Loewenheim/Ohly/Leistner/Katzenberger/Metzger, 6. Aufl. 2020, § 5 UrhG Rn. 37 verlieren (amtlich bekannt gemachte) Patentanmeldungen ihren Schutz vollständig, weil es ein spezifisches Verbreitungsinteresse an der technischen Information gebe und daher gerade eine „vollständige Urheberrechtsfreiheit“ erforderlich

Gleichsam in der Mitte liegen die Landkarten: Wird in einer gerichtlichen Entscheidung z. B. eine Karte aus Google Maps mit entsprechender Markierung abgedruckt, um einen Verkehrsunfall zu erklären, wird hier vor allem Information kommuniziert – gemeinfrei wird gem. § 5 Abs. 1 UrhG nur der spezielle, markierte Kartenausschnitt. Damit ist auch zugleich die oben unter C.III. (zu Abb.) aufgeworfene Frage beantwortet, ob die (ggf. „schlechte“) Kopie aus der Entscheidung oder „das“ Werk als solches gemeinfrei wird. Gemeinfrei wird die konkret in der Entscheidung abgedruckte Kopie. Geht es dagegen in einer urheberrechtlichen Entscheidung um die Schutzfähigkeit einer bestimmten Landkarte und wird diese abgedruckt, ist nicht die in der Karte verkörperte Information über die Straßen in einem bestimmten Gebiet entscheidend, sondern die Landkarte repräsentiert sich im Rahmen der Entscheidung selbst. Sie wird nicht mit der Entscheidung gemeinfrei. Das gleiche gilt für Werke der angewandten Kunst bzw. Lichtbilder derselben: Auch diese fallen in die mittlere Kategorie, in der differenziert werden muss.

Nach den gleichen Grundsätzen kann Bilderjurisprudenz gelöst werden, die nicht in die Entscheidung selbst inkorporiert ist, sondern auf die in der gerichtlichen Entscheidung (insbesondere im Tenor) nur verwiesen wird: Der Schriftsatz bzw. seine Anlage wird zu einem amtlichen Werk, wenn auf die Information als integraler Bestandteil verwiesen wird.¹⁸⁷

sei. Das sei gerechtfertigt durch eine Art Tauschhandel – der Patentinhaber „verliert“ das Urheberrecht an der Patentanmeldung mit darin enthaltenen Bildern, „gewinnt“ aber durch die Patenterteilung ein Patentrecht. Für Marken- und Designanmeldungen dagegen vertritt Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 23, dass bei § 5 Abs. 2 UrhG eine einschränkende Auslegung erforderlich sei, weil die Werke nur aufgrund von Schrankenbestimmungen in amtliche Werke aufgenommen werden und sich das Amt den Inhalt nicht zu eigen mache. Mit der hier vertretenen Ansicht würde man die Fälle leicht lösen können: mithilfe der Idee/Ausdruck-Dichotomie statt als Zurechnungsfrage, s. oben D.II.2. Danach würde die Abbildung der Bildmarke innerhalb der Markenmeldung als amtliches Werk gem. § 5 Abs. 2 UrhG nicht gemeinfrei werden, da sie sich selbst abbildet und keine darüberhinausgehende Information vermittelt; umgekehrt die technische Zeichnung in der Patentschrift. Die soweit ersichtlich einzige Entscheidung in diesem Bereich löst die Frage nicht materiell, sondern auf Ebene des Prozessrechts: Im Fall des OLG Münchens ging ein Rechtsinhaber gegen eine (vermeintliche) Verletzung seines Leitungsschutzrechts in einer Patentanmeldung vor. Damit er auf das Patenterteilungsverfahren, an dem er selbst nicht beteiligt war, nicht mittelbar Einfluss nehmen konnte, wendete das OLG München das prozessuale Privileg (oben Fn. 39) an und verneinte das Rechtsschutzbedürfnis seiner Verletzungsklage: OLG München, Urt. v. 9.11.2023 – 29 U 6382/20 = GRUR 2024, 461 Rn. 27. Geht es aber nicht um den Einfluss des Rechtsinhabers auf das Verfahren selbst, sondern um die Anschlussnutzung von Bildern aus der Patentanmeldung durch Dritte, stellen sich die hier aufgeworfenen materiellen Fragen.

187 Vgl. Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 5 UrhG Rn. 17; s. auch Fn. 165.

IV. Ergebnisse: Zum Verhältnis von Gemeinfreiheit und Schranke

Gerade weil § 5 Abs. 1 UrhG nach der hier vertretenen Ansicht – und im Übrigen nach den genannten anderen Ansichten, nur mit anderer, nicht konsequenter Begründung – nicht umfassend die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen mit allen enthaltenen Bildern für Dritte freistellt, ist es umso wichtiger, § 45 Abs. 1, 3 UrhG weiter als bisher zu regeln. So sieht es auch richtigerweise Art. 5 Abs. 3 lit. e) Infosoc-RL vor, der nicht umgesetzt wurde. Die Veröffentlichungstätigkeit der *Gerichte selbst* sollte umfassend aus urheberrechtlicher Sicht freigestellt werden. Denn es besteht ein enger Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Gemeinfreiheit.¹⁸⁸ Gerichtliche Entscheidungen müssen offen für neue technische und rechtsmethodische Entwicklungen, für die die Bilderjurisprudenz stellvertretend steht, und für die Öffentlichkeit in ihrer authentischen Form vollständig zugänglich sein. Dies setzt auch urheberrechtlich Anreize für eine verstärkte Publikationstätigkeit der Gerichte, die rechtssicher erfolgen muss. Das Urheberrecht darf keinen Rechtfertigungsgrund für die gegenwärtige lückenhafte Veröffentlichungspraxis bieten.

Während also nach hier vertretener Ansicht die Gerichte selbst stärker privilegiert werden sollten, ist § 5 Abs. 1 UrhG teleologisch zu reduzieren. Infolgedessen muss ein *Dritter* für die Nutzung der Bilder aus gerichtlichen Entscheidungen außerhalb von den eben skizzierten, informationellen Fällen regelmäßig durch eine eigene Schranke wie etwa das Zitatrecht (§ 51 UrhG) privilegiert sein. Dagegen sollte man § 5 UrhG selbst nicht schrankenartig auslegen und die Rechtsnatur des § 5 UrhG als Frage des Werkschutzes relativieren. *De lege ferenda* sollte der Gesetzgeber eine Schranke für die kontextspezifische Kommunikation *über* gerichtliche Verfahren schaffen auf Grundlage von Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 a.E. Infosoc-RL („Berichterstattung darüber“).

Die vermeintlich einfache Abgrenzung von § 5 und § 45 UrhG ist nicht trivial: Nach allgemeiner Ansicht richte sich die Rechtslage nur nach § 5 UrhG, sobald die gerichtliche Entscheidung „in der Welt“ ist; für das vorherige Verfassen derselben gelte § 45 UrhG.¹⁸⁹ Eine trennscharfe Abgrenzung von § 45 UrhG und § 5 UrhG wäre in der Tat nur gewährleistet, wenn § 45 UrhG eine Vorschrift für die Kommunikation innerhalb des Verfahrens, nicht aber für Kommunikation nach Abschluss des Verfahrens wäre.¹⁹⁰ Das greift aber zu kurz. Nach hier vertretener

¹⁸⁸ Vgl. Peukert, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, 2012, Rn. 116.

¹⁸⁹ Maaßen, ZUM 2003, 830 (835).

¹⁹⁰ Aus europäischer Sicht stellt sich dieses Abgrenzungsproblem nicht, da § 5 UrhG nicht europarechtlich determiniert ist und Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL durch „Berichterstattung darüber“ auch in den Anwendungsbereich von § 5 UrhG reicht. Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL hat kein Vorbild im internationalen Recht, § 5 UrhG dagegen schon. Jedenfalls der historische Gesetzgeber hatte eine enge Auffassung von § 45 Abs. 1 UrhG, der die Privilegierung darin begründet sah, dass die Nutzung nicht um des Werkes willen erfolge, sondern

Ansicht überlappt der Anwendungsbereich beider Vorschriften bei der öffentlichen Wiedergabe von gerichtlichen Entscheidungen.

E. Fazit

Der Beitrag behandelt die Rechtslage, wenn ein Gericht in seiner Entscheidung ein urheberrechtlich geschütztes Werk benutzt. Solche Visualisierungen (hier Bilderjurisprudenz genannt) sind gerade im Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht üblich. Urheberrechtlich sind drei Fragen zu differenzieren: erstens, ob das Gericht ein urheberrechtlich geschütztes Werk in seiner Entscheidung benutzen darf, zweitens, ob das Gericht eine solche Entscheidung auch physisch oder elektronisch verbreiten darf und drittens, wie Dritte ein in eine gerichtliche Entscheidung inkorporiertes Werk nutzen dürfen.

Während die erste Frage leicht mit einem Verweis auf die urheberrechtliche Schranke der Rechtspflege (§ 45 UrhG) zu lösen ist, ist dessen bisherige Auslegung untauglich zur Lösung der zweiten Frage. Dadurch, dass § 45 Abs. 1 UrhG an „einzelne Vervielfältigungsstücke“ anknüpft, passt die Vorschrift nicht auf elektronische Zustellungen und Urteilsveröffentlichungen. Sie wurde nicht an die Infosoc-RL angepasst, weicht aber erheblich von dem ihr entsprechenden Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL ab. Obwohl eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in Betracht kommt, sollte aus Transparenzgründen der Gesetzgeber die Vorschrift an Art. 5 Abs. 3 lit. e) HS 2 Infosoc-RL anpassen und dabei die digitale Justiz in den Blick nehmen. Bilderjurisprudenz wirft auch ein Schlaglicht auf die allgemeine Schranke des Zitatrechts (§ 51 UrhG). Bei Bilderzitataten wird der Zitat Zweck traditionell eng verstanden – zu eng, wie der Beitrag argumentiert. Mithilfe einer richtlinien- und konventionskonformen Auslegung und einem Seitenblick ins Designrecht wird vorgeschlagen, die Redlichkeit des Verhaltens in die Betrachtung der Zitatschranke einzubeziehen.

Die dritte Frage betrifft § 5 Abs. 1 UrhG. Danach können Dritte amtliche Werke frei nutzen. Die Reichweite der Vorschrift für Werke Privater in gerichtlichen Entscheidungen ist aber noch ungeklärt. Der Beitrag systematisiert bisherige Ansätze. Er legt eine neuartige, informationsbezogene Interpretation von § 5 Abs. 1 UrhG vor. Dieser Vorschlag vermeidet das Paradox, das daraus folgen würde, dass der Urheber eine Benutzung seines Werks durch das Gericht nicht verhindern kann und gleichzeitig sein Werk gemeinfrei würde.

Insgesamt löst der Beitrag das Spannungsverhältnis zwischen der Gemeinfreiheit amtlicher Werke (§ 5 UrhG) und den urheberrechtlichen Schranken (insbesondere §§ 45, 51 UrhG) wie folgt: Weil § 5 Abs. 1 UrhG gerichtliche Ent-

nur als Beweis- und Hilfsmittel im Verfahren diene, s. BT-Drs. v. 23.5.1962 IV/270, S. 63. An Bilderjurisprudenz dachte der historische Gesetzgeber nicht.

scheidungen mit Werken Privater eben gerade nicht umfassend freistellt, ist die Schranke des § 45 Abs. 1, 3 UrhG großzügiger als bisher zu regeln und auszulegen, um die Veröffentlichungstätigkeit der Gerichte selbst umfassend rechtssicher zu ermöglichen.

Summary

When a court uses private, copyrightable works in its opinion, for instance pictures to visualize the facts of the dispute, the state of the law is surprisingly muddy. The article clarifies the relationship between the harmonized exceptions for use in judicial proceedings (Art. 5(3)(e) Infosoc Dir.) and citation (Art. 5(3)(d) Infosoc Dir.) and the national rules exempting official works from copyright protection (Sec. 5(1) German Copyright Act). According to the article, German law does not correctly implement Art. 5(3)(e) Infosoc Dir. The current German jurisprudence on citing images is too narrow and needs to be broadened in accordance with European and international law. The article develops a novel approach based on the idea/expression distinction to explain that private works do not lapse into the public domain just because they are part of an official work.