

Mariagrazia Rizzi / Georg Jakob

Tabula Picta und Bildende Kunst: über Ursprünge und Gegenwart des Urheberrechts

So unproblematisch die Geschichte der Immaterialgüterrechte aus der Sicht zeitgenössischer Rechtsdogmatik manchmal scheinen mag, so umstritten ist sie in interessanten Details. So werden in regelmäßigen Abständen Arbeiten veröffentlicht, die einen rechtlichen Schutz künstlerischer Tätigkeit oder mitunter gar Ursprünge des Urheberrechts schon in der Antike suchen wollen, obwohl die Quellenlage dies, wenn überhaupt, nur sehr fragil stützt. Besonderes Augenmerk soll der Frage geschenkt werden, wie die Malerei Eingang in die modernen urheberrechtlichen Kodifikationen fand und welche vielleicht überraschenden Probleme dies heute noch aufwirft — und wie sie gelöst werden können.

Category: Articles

Region: Italy; Germany

Citation: Mariagrazia Rizzi / Georg Jakob, Tabula Picta und Bildende Kunst: über Ursprünge und Gegenwart des Urheberrechts, in: Jusletter IT next: 11. September 2014 – Lachmayer

[Rz 1] 1. Die Bildende Kunst, speziell die Malerei, gehört zu den ältesten Kulturtechniken unserer Zivilisation¹. Das Urheberrecht ist im Vergleich dazu noch immer eine historisch relativ junge Erscheinung, setzt es doch in der Hauptsache an einem geradezu paradigmatisch neuzeitlichen Punkt an — der industriellen Vervielfältigung. Obwohl zwischen der Erfindung des Buchdrucks und der Einführung erster Autorenrechte mehr als zwei Jahrhunderte vergingen, ist diese Verbindung nahezu unbestritten. Erst die umfassende Verbreitung der Technik des Buchdrucks und ein völlig neuer Markt, der dadurch entstand, haben zusammen mit der aufklärerischen Vorstellung vom Menschen, der im Zentrum der Schöpfung selbst schöpferisch tätig ist, die herrschende Urheberrechtsordnung ermöglicht; diese Elemente bleiben bis heute prägend². In diesem Sinne könnte man formulieren, das Urheberrecht sei ideengeschichtlich ein Kind, das in der Renaissance gezeugt und in der Romantik geboren wurde; ohne eine kulturell etablierte Vorstellung vom *auteur* ist auch ein *droit d'auteur* nur schwer vorstellbar.

[Rz 2] Für die Bildende Kunst kommt noch ein weiterer Aspekt hinzu. Die Tatsache, dass das Urheberrecht zuerst an den Erfordernissen industriell vervielfältigter Literaturwerke modelliert wurde³, lässt die Werke der Malerei, die in ihrer reinen Form auf Handarbeit beruhen, in gewisser Weise als Fremdkörper erscheinen. Wenn überhaupt, so waren visuelle Darstellungen in den ersten Kodifikationen nur im Zusammenhang mit Druckwerken relevant⁴. Das Statute of Anne von 1710, das als erstes Autorenrechte einräumte, befasste sich ausschliesslich mit Druckwerken. Auch das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken des Norddeutschen Bundes von 11. Juni 1870⁵, das den bis dahin wohl umfassendsten Katalog von Werkkategorien aufstellte, bezog sich, soweit es über Literaturwerke hinausging, lediglich auf die mechanische Vervielfältigung und den Nachdruck von Musiknoten, die Aufführung dramatischer und musikalischer Werke sowie die mechanische Vervielfältigung von geographischen, topographischen, naturwissenschaftlichen, architektonischen, technischen und ähnlichen Abbildungen. Nicht vor der Berner Übereinkunft,

¹ «[...] die ältesten aller erhaltenen Bilder von Menschenhand [...] sind beinahe so alt wie die ersten Spuren menschlichen Könnens überhaupt». GOMBRICH, ERNST HANS, Die Geschichte der Kunst¹⁶, Phaidon Verlag, Berlin, 1996, S. 40. Die Informatik steckt im Vergleich dazu noch in den Kinderschuhen und es überrascht schon unter diesem Gesichtspunkt, das Programmieren von Computern, üblicherweise der theoretischen Mathematik oder aber dem Ingenieurwesen zugeschlagen, mit der Malerei zu vergleichen, obwohl Art. 10 des TRIPS ausdrücklich den Schutz von Computerprogrammen als Literatur i.S. der Revidierten Berner Übereinkunft vorsieht. GRAHAM, PAUL treibt diese Analogie in Hackers & Painters, O'Reilly Media, Sebastopol, 2010, S. 21 ff. noch weiter: Programmierung bedeute in erster Linie, Dinge herzustellen und dabei durch kreative Überlegung, vor allem durch eine Art Komposition, Probleme zu lösen. So ähnelten sich die Arbeitsweise von Malern und Programmierern in mehrfacher Hinsicht. Sein m.E. interessantestes Argument: Computerprogramme seien wie Gemälde für ein menschliches Publikum bestimmt, die besten Programmiersprachen erlaubten es daher, Algorithmen besser auszudrücken als natürliche Sprachen — so wie Farben und Leinwand geeignetere Mittel sind, um visuelle Eindrücke zu vermitteln, als ihre bloße sprachliche Beschreibung. Man könnte dem hinzufügen, dass im Fall von Serveranwendungen, wo der eigentliche Dienst auf einem entfernten Host ausgeführt wird, das auf dem Server laufende Programm in seiner Beziehung zu den Clients sogar dem Betrachten eines Kunstwerks in einem Museum oder sonstigem öffentlichem Raum vergleichbar sei. Diese Überlegung hat durchaus ihren Reiz; sie im Detail weiter zu verfolgen würde hier aber zu weit führen.

² REHBINDER, MANFRED, Urheberrecht¹⁶, C.H. Beck, München, 2010, S. 7 ff.

³ So schloss KANT, IMMANUEL, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, in: Berlinische Monatsschrift 5/1785, S. 403 ff, nachgedruckt in UFITA 106/1987, S. 145 ff, Werke der Bildenden Kunst von seiner Forderung nach einer Kontrolle der Reproduktion durch den Autor aufgrund des von ihm für Sprach- und Literaturwerke entwickelten Persönlichkeitsrechts (ius privatissimum) aus.

⁴ So hat HÖFFNER ECKHARD, mit seinem Opus Geschichte und Wesen des Urheberrechts, Band I2 und II, Verlag Europäische Wirtschaft, München, 2010/11, eine im Übrigen bahnbrechende Untersuchung vorgelegt, die sich umfassend mit den rechtshistorischen Fragen des Urheberrechts und seinen wirtschaftlichen Folgen befasst — und in der die Bildende Kunst so gut wie nicht vorkommt, vgl. lediglich den Hinweis auf Kant in Bd. I, S. 347.

⁵ Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Band 1870, Nr. 19, S. 339 — 353, kundgemacht am 20. Juni 1870.

vor allem in ihrer Berliner Fassung von 1908/09, kam es zu einer formalen Gleichstellung der verschiedenen Werkgattungen⁶ und erst § 15 Abs. 2 des KUG von 1909 verlangte explizit für jede Art von Verbreitung einer Nachbildung eines Werkes der Bildenden Künste die Zustimmung des Rechteinhabers der Vorlage. Erst in jüngerer Zeit kam es dann zu zusätzlichen Erweiterungen; so wurde das Folgerecht der RL 2001/847EC europaweit zeitlich erst nach den Regelungen über den Urheberrechtsschutz an Computerprogrammen eingeführt.

[Rz 3] 2. Trotz alledem werden die Ursprünge eines rechtlichen Schutzes nicht nur ganz allgemein für Autoren, sondern speziell auch für Urheber von Gemälden überraschend häufig schon viel früher gesucht und in der Literatur zum Teil heftig diskutiert⁷. Immer wieder gibt es Stimmen, die zumindest die Existenz einer, wenn auch noch so embryonalen Form des Rechtsschutzes für Maler in der Antike, insbesondere im Römischen Recht finden wollen.

[Rz 4] Diese Hypothesen werden vorwiegend auf einige historische Stellen gestützt, die das Verhältnis der Verbindung von *tabula* und *pictura* (also der Tafel und dem darauf gemalten Bild) und dessen Wirkung auf den Eigentumserwerb behandeln. Das älteste dieser Zeugnisse ist ein bekannterer Text des Gaius:

Gai 2.78: Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. cuius diversitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat: quo casu nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. illud palam est, quod sive tu subriperis tabulam sive alius, competit mihi furti actio.

[Rz 5] Im ersten Teil dieses Stücks liest man vom Fall, dass jemand auf eine fremde Tafel malt, zum Beispiel ein *imago*, und der herrschenden Meinung, die *tabula* der *pictura* zufallen zu lassen. Das *sed* zu Beginn und die Worte *contra probatur*, stellen die Verbindung her zu dem wohlbekanntem vorhergehendem Absatz, welcher der Frage nach der Verbindung von Papier/Pergament und Buchstaben (*litterae*) gewidmet ist. Dort wird nämlich die Lösung vertreten, dass der Eigentümer der Unterlage immer auch Eigentümer des resultierenden Manuskripts werde, selbst wenn goldenen Lettern verwendet worden wären (Gai 2.77)⁸. Wenn wir nun aber zum hier eigentlich zur

⁶ PACKARD, STEPHAN, Über die Prägung populärer Mythologie durch textuelle Kontrolle, in: Claude Conter (Hrsg.); Justitiabilität und Rechtmäßigkeit: Verrechtlichungsprozesse von Literatur und Film in der Moderne, Rodopi, Amsterdam, 2010, S. 121.

⁷ Dieses Thema war und ist Gegenstand einer lebhaften Diskussion, wie zahlreiche Publikationen dazu belegen. Für die Literatur vor 1984 vgl. die Monografie von LUCREZI, FREANCESCO, *La tabula pictata creatore e fruitore*, Jovene, Napoli, 1984 (siehe dazu auch die Rezensionen von HONSELL, HEINRICH, in: IURA, 35, 1984, S. 94 f.; WATKIN, THOMAS GLYN, in: SDHI, 51, 1985, S. 512 ff.; BÜRGE, ALFONS, in: ZSS, 103, 1986, S. 561 ff.; MAYER-MALY, THEODOR, in: Labeo, 32/1, 1986, S. 78 ff.; DOVERE, ELIO, in: Bollettino di Studi latini, 17, 1987, S. 181 ff.; CANNATA, CARLO AUGUSTO, in: TR, 54, 1986, S. 384 ff.; COPPOLA, GIOVANNA, in: INDEX, 16, 1988, S. 401 ff.). Zu den jüngeren Auseinandersetzungen mit diesem Thema unter anderem BAROCCI, UGO, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica. Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori*, Giappichelli, Torino, 2009, insb. S. 231; BYOUNG, JO CHOE, *Geistiges Eigentum im römischen Recht? — unter besondere Berücksichtigung des Urheberrechts*, in: Seoul Law Journal, 52.2, 2010, S. 20 ff.; PLISECKA, ANNA, *Tabula picta. Aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Cedam, Padova, 2012, mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Sehr weitgehend BEHRENS, OKKO, *Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung oder: Der Kunstbegriff der vorklassischen Jurisprudenz im Rahmen ihrer Weltdeutung*, in: Hoyer, Andreas/Hattenhauer, Hans/Meyer-Pritzl, Rudolf/Schubert, Werner (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, Nomos, Baden-Baden, 2010, S. 65 ff.

⁸ GAI 2.77: *Eadem ratione probatur est, quod in chartulis sive membranibus meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranibus cedunt.*

Debatte stehenden Paragraph 78 zurückkehren, wird die genau umgekehrte Lösung angegeben, es soll der (Be-)Maler über den Eigentümer der Tafel obsiegen.

[Rz 6] Auf diese gegensätzliche Lösung, die offenbar nicht die Zustimmung des Gaius findet, wie sich aus *cuius diversitatis vix idonea ratio redditur* erkennen lässt, folgt dann die Beschreibung der prozessualen Regeln zwischen Maler und dem Eigentümer der Tafel. Der Maler kann demnach, sollte der ursprüngliche Eigentümer sich im Besitz der nun bemalten Tafel befinden, das *imaginem* von diesem heraus verlangen, sofern er den Wert der Tafel ersetzt, und so das gesamte Gemälde erhalten. Andernfalls müsse er die *exceptio doli* gegen sich gelten lassen. Sollte umgekehrt der Maler im Besitz des Bildes sein, dann kann der ursprüngliche Eigentümer der Tafel mit einer *actio utilis* gegen ihn vorgehen. Sollte letzterer jedoch nicht bereit sein, die *impensa picturae* abzugelten, steht nun seinerseits dem Maler die *exceptio doli* zu⁹.

[Rz 7] Von den zahlreichen Problemen, die dieser Text aufwirft, hat vor allem die Tatsache für Verwirrung gesorgt, dass er für die Malerei eine Lösung enthält, die nicht nur zu der für vergleichbare Fälle des Beschreibens im Widerspruch steht, sondern auch all den anderen, die in den vorhergehenden Paragraphen zum Thema sachenrechtlichen Verbindung erwähnt werden¹⁰. Zieht man weitere Texte zum fraglichen Thema zu Rate, werden diese Zweifel noch verstärkt. So hat bereits wenige Jahre nach vollendeter Redaktion der *Institutiones* der Jurist Paulus eine der dem Gaius diametral entgegengesetzte Meinung vertreten:

Paul. 21 ad ed. D.6.1.23.3-4: sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. in omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare.

[Rz 8] Der severische Jurist will also hier in der Frage des Malens wie des Schreibens auf fremdem Untergrund das Eigentum an der resultierenden Sache dem ursprünglichem Eigentümer des jeweiligen Untergrundes zukommen lassen. Er führt sodann aus, dass *quidam contra senserint propter pretium picturae*, doch widerspricht er dem heftig, da das Bild ja ohne die Tafel nicht existieren könne.

[Rz 9] Die Lösung, den Eigentümer der Tafel obsiegen zu lassen, findet sich auch im Epitome Gai¹¹. Dagegen stammt die Lösung *pro pictore* aus den *res cottidianae*¹² und wir begegnen ihr erneut in den Institutionen des Justinian:

I. 2.1.34 : si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur

⁹ Am Ende dieses Textes wird klargestellt, dass der Maler gutgläubiger Besitzer der Tafel sein muss, da er andernfalls mit der *actio furti* belangt werden könnte.

¹⁰ In den Paragraphen 73-76 werden einige Fälle der Verbindung behandelt (*inaedificatio, implantatio, satio*), wobei als gemeinsames Prinzip der Grundsatz herausgearbeitet wird, dass der jeweilige Eigentümer des Untergrundes über den der aufgetragenen Sachen obsiegt. Weitere Komplikationen bringt der zweite Teil des Paragraphen 78, wo gleich nach der *actio* zugunsten des Malers gegen den besitzenden Eigentümer der Tafel eine *actio utilis* zugunsten des *dominus* gegen den Maler erwähnt wird.

¹¹ *Ep. GAI 2.1.4: Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant. . . quod et de tabula, hoc est si aliquis in tabula mea picturam fecerit, observatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat.*

¹² *GAI 2 rer. cott. D. 41.1.9.2: Sed non uti litterae chartis membranisque cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. Utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit, adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio.*

*picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere*¹³.

[Rz 10] Nachdem eingangs auf die in diesem Punkt bestehende Diskussion hingewiesen wird, wird dann ausgeführt, dass das sachenrechtliche Schicksal der Tafel dem darauf gemaltem Bild folgen müsse, da es *ridiculum* sei, dass das Gemälde eines Apelles oder Parrhasius einer *vilissima tabula* weichen solle.

[Rz 11] 3. Wie bereits angedeutet, ist ein Teil der Lehre der Ansicht, die eben genannten Texte enthielten Elemente, die die Lösung *pro pictore* in die Richtung eines Rechtsschutzes des Malers als Autor des fraglichen Bildwerkes deuten ließen oder wenigstens mit dem künstlerisch-individuellem Wert des Kunstwerks zu begründen wären. Die fraglichen Quellen werden, zusammen mit dem vermutetem, zunehmendem sozialen Status des Malers als Sieg des Künstlers über den Konsumenten seiner Werke gedeutet; die Malerei habe es geschafft, «die materialistische und konservative Logik der *accessio* zu zerstören und die Geburt eines Urheberrechts des Künstlers zu ermöglichen», sie sei als «Übergangsfall» auf dem Weg zu einer «vollständigen Anerkennung kreativen spirituellen Schaffens» zu sehen¹⁴. Darüber hinaus wird angeführt, «die klassische Strömung, die das Bild gegenüber der Tafel für entscheidend ansah, stützte sich auf den *pretium picturae*, der «non in substantia», also in den aufgetragenen Farben, «sed in arte», also im künstlerischem Wert» zu sehen sei¹⁵. Für einige römische Juristen sei die Grundlage des Rechtsschutzes des Malers die seinem Gemälde entgegengebrachte Wertschätzung (der *pretium picturae* im Text des Paulus), was die Annahme zuließe, sie hätten «über den wirtschaftlichen Wert der Farben hinaus den Wert der eigentümlichen geistigen Schöpfung wahrgenommen und so die Basis für eine spätere rechtliche Anerkennung geistiger Güter geschaffen»¹⁶. Weiters wurde behauptet, dass die aus Gai. 2.78 hervorgehende Lehre «die den Künstler gegenüber dem Eigentümer der Tafel bevorzugt, die ersten Anzeichen eines Schutzes für den Urheber» erkennen lasse¹⁷.

¹³ Der Text verläuft ganz ähnlich wie jener der Institutionen des GAIUS von den *actiones* zugunsten des Malers bzw. des Eigentümers zur Erwähnung der *actio furti*, falls der Maler die Tafel auf unlauterem Wege an sich gebracht hat: ... *Unde si a domino tabulae imaginem possidente is qui pinxit eam petat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali summoveri: at si is qui pinxit possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. illud enim palam est, quod, sive is qui pinxit subripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

¹⁴ LUCREZI, FRANCESCO, *La tabula picta*, op. cit., S. 227 f.

¹⁵ COPPOLA, GIOVANNA, Rez. zu Lucrezi, op. cit., S. 407 in Verbindung auch mit Paul. 7 ad ed. D. 50.16.14pr. (*Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem abesse, quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. item si dominus rem, quae furto sibi aberat, ignorans emerit, recte dicitur res abesse, etiamsi postea id ita esse scierit, quia videtur res ei abesse, cui pretium abest*). In diesem Text wird als Beispiel die Rückgabe eines zerrissenen Kleids gegeben, weiters ein zerbrochenes Glas angeführt und zuletzt eine Tafel «ohne Bild», weil letzteres zerkratzt wurde. Paulus erklärt nun, dass nach der Meinung des Labeo und des Sabinus all diese *res* nicht ordnungsgemäß zurückgegeben worden seien, weil ihr Wert nicht in der Substanz sondern *in arte* gelegen sei. Laut Coppola ginge aus dieser Stelle nun die Bedeutung des künstlerischen Werts der Malerei hervor, und dass in der Folge ein Teil der Sabinianer dazu tendiert hätte, diesen Wert als dominant gegenüber dem materiellen der Tafel zu erachten. Dazu ist jedoch zu sagen, dass der Terminus *ars* hier eben auch für ein Kleid gebraucht wird; der Fall der zu einem Kleid verarbeiteten Wolle ist nun aber eines der typischen Beispiele der Verarbeitung, die von Gaius, gemeinsam mit weiteren Fällen für Konstellationen angeführt werden, in denen der ursprüngliche Eigentümer des Materials über den Verarbeiter obsiegte, dass sich also hier der Eigentümer der Wolle gegen den durchsetzte, der aus seiner Wolle ein Kleid hergestellt hatte. Die Relevanz der *ars* kann also im Kontext dieser Quelle nicht die These der Autorin stützen, zumal dieser Ausdruck hier mit aller Wahrscheinlichkeit nicht auf einen künstlerischen Wert bezogen werden kann, sondern viel eher im Sinne technisch-handwerklichen Fähigkeiten zu verstehen ist.

¹⁶ PUGLIESE, GIOVANNI/SITZIA FRANCESCO/VACCA, LETIZIA, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2012, S. 274.

¹⁷ BARTOCCI, UGO, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria*, op. cit., S. 128.

[Rz 12] Zweifellos sind die hier zur Diskussion stehenden Stellen nicht einfach zu interpretieren. Allerdings scheint es kaum so, als ließe sich aus den vorhandenen Quellen in irgendeiner Weise auf eine römisch-rechtliche Anerkennung von Schutzrechten zugunsten des Malers schließen, die mit heutigen Standards vergleichbar wäre¹⁸, geschweige denn, dass sich darauf die These eines «Siegs des Künstlers» und der rechtlichen Schutzfähigkeit «geistigen Schaffens» aufbauen ließe¹⁹. Es überzeugt allerdings auch nicht, darin sozusagen «nur» eine erste Form der rechtlichen Anerkennung von Autorenrechten auf dem Weg eigentumsrechtlicher Schutzmechanismen sehen zu wollen. Denn zunächst einmal ist zu beachten, dass alle anderen Formen «künstlerischer Manifestation», wie etwa eine Skulptur oder auch das gesamte Feld der Literatur, ausgeschlossen blieben²⁰.

[Rz 13] Darüber hinaus deckt die Lösung zugunsten des Malers, wie sie sich in den hier besprochenen Stellen zeigt, auch keineswegs alle denkbaren Konstellationen ab, in denen es um Malerei geht. Sicher ist, dass die Lösung z.B. nicht im Fall der Wandmalerei oder beim Bemalen von Vasen zur Anwendung kam²¹. Worum es in unseren Texten geht, ist ein ganz spezielles Einzelproblem der eigentumsrechtlichen Folgen, wenn jemand in gutem Glauben die Tafel eines anderen bemalt. Die im Vergleich zu anderen Fällen der sachenrechtlichen Verbindung unterschiedliche Lösung ergibt sich daraus, dass «wenn man das einzelne, auf einer Tafel ausgeführte Bild in Betracht zieht, es sicher zutrifft, dass diese Malerei ohne die Tafel selbst nicht existieren kann, aber eine offensichtliche wirtschaftliche Überlegung dennoch nicht die Aussage erlaubt, dass in dieser Verbindung von Tafel und Gemälde die Tafel das vorrangige Element ist»²².

[Rz 14] Andererseits führt die Vereinigung von *tabula* und *pictura* zur Schaffung einer neuen *res*²³, dem Gemälde auf einer Tafel²⁴, und in der Entstehung dieser neuen *res* stammt der bedeutendste Beitrag zu ihrem wirtschaftlichem Wert (*pretium picturae*) überwiegend vom Maler und eben nicht vom Eigentümer der Tafel²⁵. Ob bei der Einschätzung dieses Werts²⁶ auch ein «künstleri-

¹⁸ Dieser These steht insbesondere das Fehlen jeglicher Konzeption eines Eigentums an immateriellen Sachen entgegen. Zu diesem Aspekt, neben anderen, BARTOCCI, UGO, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria*, op. cit., insb. S. 106 ff., 129 Fn. 129.

¹⁹ Dazu wurden zahlreiche Positionen bezogen, vgl. z.B. die Rezensionen von BÜRGE, ALFONS, *Rez. zu Lucrezi*, op. cit.; MAYER-MALY, THEODOR, *Rez. zu Lucrezi*, op. cit.; CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Rez. zu Lucrezi*, op. cit.

²⁰ Dies ist einer der wesentlichen Punkte, die von BEHRENS, OKKO, *Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung*, op.cit., S. 90 f., übersehen werden.

²¹ Vgl. hierzu schon CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Rez. zu Lucrezi*, op. cit., S. 385

²² CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Giappichelli, Torino, 2001, S. 275.

²³ Obwohl der fragliche Fall also weiterhin der Verbindung zugeordnet bleibt, wird durch die Vereinigung der unterschiedlichen Eigentümern gehörenden Sachen dennoch eine neue Sache geschaffen. In diesem Sinne zeigt diese Konstellation also andere Charakteristika als die sonstigen Fälle der Vereinigung und nähert sich so in gewisser Weise der Verarbeitung. In diesem Zusammenhang der Entstehung einer *nova res* sollte bekanntermaßen nach Ansicht der Sabinianer der Eigentümer des verarbeiteten Materials auch Eigentümer der resultierenden Sache sein, während nach Meinung der Proculianer der Verarbeiter Eigentümer werden sollte, weil nach deren Ansicht *nova res est nullius*. Dem vorgelagert ist jene Überlegung, die darauf abstellt, ob eine solche Transformation rückgängig gemacht werden kann oder nicht. Im ersten Fall soll der Eigentümer des Materials auch Eigentümer der neuen Sache werden, im zweiten derjenige, der die Verarbeitung durchgeführt hat (Gai 2.79). Einige Autoren haben nun die Meinung vertreten, die Gründe für die gaianische Lösung zur *tabula pictae* seien dieselben, die bei der Verarbeitung zum tragen kämen. Dem muss entgegeng gehalten werden, dass das Problem der Malerei systematisch als Verbindung abgehandelt wird und gegenüber jenen der Verarbeitung auch durchaus Besonderheiten aufweist und die Begründungen nicht ohne weiteres austauschbar sind. Zu den verschiedenen Theorien um das Verhältnis zwischen Verarbeitung und *tabula picta* vgl. zuletzt PLISECKA, ANNA, *Tabula picta*, op. cit., S. 70 ff., m.w.N.

²⁴ Dazu vgl. wiederum, CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Rez. zu Lucrezi*, op. cit., S. 275.

²⁵ Dies betont MAYER-MALY, THEODOR, *Rez. zu Lucrezi*, op. cit., S. 81.

²⁶ Die Frage nach diesem wirtschaftlichem Wert wurde jüngst von BASSANELLI, GISELLA, *Lezioni di diritto privato roma-*

scher» Wert eine Rolle spielt oder eher das technische Können des Malers ausschlaggebend ist, bleibt dabei im Hintergrund²⁷.

[Rz 15] 4. Während das Urheberrecht international beachtliche Tendenzen der Vereinheitlichung zeigt, sind Fragen der sachenrechtlichen Verbindung, Vermischung und Verarbeitung bis heute in verschiedenen Ländern unterschiedlich geregelt. So entwirft § 415 ABGB für das österreichische Recht eine differenzierte Lösung²⁸, die von der prozessualen Seite der gäianischen Lösung inspiriert sein mag²⁹, diese aber wesentlich um- und ausbaut. Grundsätzlich entsteht unter den Beteiligten Miteigentum, wobei der, dessen Sache schuldhaft verarbeitet wurde, ein Wahlrecht hat, ob er die Sache behalten oder seinen Anteil ersetzt haben möchte. Liegt kein Verschulden vor, so fällt dieses Wahlrecht dem zu, dessen Anteil mehr wert ist.

[Rz 16] Viel einfacher macht es sich das BGB. Wer nach deutschem Recht Papier, Leinwand oder sonstige Untergründe (sofern es sich dabei um bewegliche Sachen handelt) eines anderen beschreibt, bemalt oder bedruckt, wird als Verarbeiter angesehen und erwirbt Eigentum³⁰, sofern der geleistete Einsatz nicht erheblich geringer ist als der Sachwert³¹. Liegt im Beschreiben oder Bemalen auch eine schöpferische Leistung, so erwirbt der Autor zusätzlich auch noch das ent-

no. Istituzioni, 3, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2012 S. 110, und vor allem von PLISECKA, ANNA, Tabula picta, op. cit., S. 93 ff. mit ausführlichen vertiefenden Argumenten beleuchtet. Wenig überzeugend erscheint der Versuch der letztgenannten Autorin, die Lösungen zur *tabula picta* mit vertragsrechtlichen Aspekten in Verbindung zu bringen. Nach dem Hinweis, dass auf die Beziehung zwischen dem Besteller eines Bildes und Maler i.d.R. die Bestimmungen der *locatio-conductio* anzuwenden waren, lenkt sie ihr Augenmerk auf eine Reihe von Texten zu dieser (speziell Gai. 3.147) sowie auf die o.g. Stellen zur Verarbeitung. Die Proculianer hätten hier zum einen die Ansicht vertreten, der Verarbeiter würde Eigentümer der neu entstandenen Sache. Zum anderen ließen sie die *locatio conductio* grundsätzlich für Fälle des Eigentumsübergangs zu, ob nun der Handwerker eine vom Besteller zur Verfügung gestellte Sache verarbeitete, die zuvor in sein Eigentum übergegangen war oder das Werk von vorne herein mit eigenem Material ausführte und dann das Eigentum am Werk dem Besteller zu übertragen hatte. Die Sabinianer dagegen nahmen an, der Eigentümer des Materials würde auch Eigentümer der neu entstandenen *res*. Folglich wurden von ihnen Fälle, in denen es zu einer Eigentumsübertragung kam als Kauf angesehen; eine *locatio-conductio* lag für sie nur vor, wenn der Besteller dem Handwerker das Material zur Verarbeitung überließ, ohne Eigentum zu übertragen. Unter Anwendung dieser Überlegungen auf die *tabula picta* kommt die Autorin zu der Hypothese, die dortige Debatte habe nur zwischen den Sabinianern untereinander stattgefunden und die Lösung bei Gaius habe, in Analogie zu den Fällen der Verarbeitung, die ebenfalls einen Eigentumsübergang vorsehe, zur Neu Beurteilung der Beziehung zwischen Maler und Besteller als Kauf geführt. Ihre Ausführungen, was genau zu dieser Änderung geführt hätte, scheinen allerdings kaum geeignet, die von Gaius erwähnte Lösung zu erklären. Vor allem bleibt zweifelhaft, ob es wirklich das Ziel gewesen sein kann, die vertragsrechtliche Beurteilung dieses Falls zu ändern. Aus der Formulierung bei Gaius geht hervor, dass die Lösung, den Maler obsiegen zu lassen, zu seiner Zeit vorherrschend gewesen sein muss (*magis...dicitur*). Es lässt sich also mit KASER, MAX, Tabula Picta, in: TR, 36, 1968, S. 36, annehmen, dass dieser Ansicht nicht nur Proculianer anhängen, sondern auch einige Sabinianer. Verneint man einen Schulenstreit, wäre auch denkbar, dass diese Meinung jeweils von einem bedeutendem Teil beider Schulen vertreten wurde. Wer die Diskussion aber auf Sabinianer beschränkt sieht, muss zumindest einräumen, dass auch die Proculianer in dieser Frage eine Meinung hatten. Das führt zu zwei möglichen Hypothesen: dass sie nämlich entweder die allgemeinen Regeln der Verbindung anwendeten, oder den Maler obsiegen ließen. Sollte ersteres zutreffen, hätte Gaius seine Worte wohl anders gewählt (*magis enim dicitur tabulam picturae cedere*), da diese Lösung ja sowohl die Zustimmung der Proculianer als auch eines Teils der Sabinianer gefunden hätte. Die zweite Möglichkeit hätte aber nur für die befürwortenden Sabinianer mit einer Neu Beurteilung als Kauf in Verbindung gestanden, die Proculianer hätten damit keine vertragsrechtlichen Aspekte verknüpft.

²⁷ Nicht in vollem Umfang zugestimmt werden kann der Ansicht von BYOUNG, JO CHOE, Geistiges Eigentum im römischen Recht?, op. cit., S. 23, der einerseits zwar zutreffend annimmt, dass dieser Lösung zugunsten des Malers ökonomische Überlegungen zugrunde liegen, andererseits aber dann meint, sie «impliziert damit auch dessen Wert als Kunstprodukt.»

²⁸ Dazu allg. KOZIOL, HELMUT/WELSER, RUDOLF, Bürgerliches Recht 13, Bd. I: Sachenrecht, Manz, Wien, 2006, S. 319.

²⁹ Zu den Details der historischen Diskussion und ihres Einflusses in den Materialien zum ABGB MADL, RAIMUND, Grundprobleme der Verarbeitung nach österreichischem Recht, Dissertation an der Universität Wien, 1999, S. 42 ff.

³⁰ BGH NJW 1991, 1480.

³¹ So z.B. BGHZ 56, 88.

sprechende Urheberrecht³². Es handelt sich also um zwei zu trennende Ebenen, wie sich sehr schön an folgendem Beispiel verdeutlichen lässt: A bedruckt in seiner Druckerei Papier des B mit einer neuen Auflage des Bestseller-Romans des C. Nach österreichischem Recht werden A und B sachenrechtlich Gemeineigentümer der Auflage, nach deutschem Recht wird A Alleineigentümer. Wenn sich nun herausstellt, dass A dazu gar keine gültige Lizenz hatte, kann nun C aus seinem Urheberrecht den Vertrieb der Auflage untersagen und ggf. sogar deren Einstampfen verlangen. Diese grundsätzliche Trennung von sachen- und urheberrechtlicher Seite ist ein ganz wesentlicher Aspekt des zeitgenössischen Urheberrechts. Wer einen Roman in der Buchhandlung kauft, erwirbt damit eben keine Nachdruckrechte; für Werke der Bildenden Kunst wird ausdrücklich geregelt, dass selbst der Käufer eines Originals im Zweifel kein Werknutzungsrecht erwirbt³³.

[Rz 17] 5. Nach unserem bisherigen Erkenntnisstand muss es also dabei bleiben, dass das Urheberrecht in seinen wesentlichen Grundpfeilern eine Errungenschaft der Neuzeit darstellt. Für die Bildende Kunst und die Malerei konnte hier zudem gezeigt werden, dass sie im Vergleich zu anderen Kunst- und WerkGattungen erst relativ spät Eingang in die urheberrechtlichen Regelungen gefunden hat. Ein interessanter Aspekt ergibt sich nun aus der Tatsache, dass die Bildende Kunst in ihrer reinen Form regelmäßig keine industriellen Herstellungs- oder Vervielfältigungswege einschließt. Damit ist das scheinbar offensichtliche gemeint, dass z.B. ein Maler eigenhändig malt, Bilder ausstellt und verkauft und aus dieser — sozusagen handwerklichen — Herstellung von Einzelstücken, Originalen seinen Lebensunterhalt bestreitet. Zur Musik, Literatur, auch der Fotografie etc. stellt dies einen nicht zu unterschätzenden Unterschied dar, ist doch hier immer die industrielle Vervielfältigung ganz wesentlicher Teil und der Verkauf der Vervielfältigungsstücke in möglichst großer Zahl Kern des verfolgten Geschäftsmodells. Selbstverständlich kommt es inzwischen auch im Bereich der Bildenden Kunst zum sogenannten Merchandising — vom Original werden also Faksimilen auf Poster, T-Shirts, Kaffeetassen etc. gedruckt. Diese Art der Vervielfältigung dem Urheberrecht zuzuschlagen wirft keine grundsätzlichen Probleme auf; das Beispiel zeigt einmal mehr, wie sehr das Urheberrecht in seinem Kern auf industrielle Gegebenheiten abstellt. Nun ist aber auch das Merchandising erstens eine eher neue Errungenschaft, die erst seit den dreißiger Jahren des Zwanzigsten Jahrhunderts existiert³⁴. Zudem kommt dieses Instrument ganz überwiegend für solche Künstler in Frage, die ihren Durchbruch bereits geschafft haben, die sozusagen als Marken etabliert sind. Für den Bildenden Künstler handelt es sich hier also um ein zusätzliches Geschäftsmodell, nicht um eins, das das alte ersetzt. Wenn also das Original und seine manuelle Herstellung im Zentrum dieses Geschäfts bleiben, ergibt sich die Frage, was geschehen soll, wenn ein Bildender Künstler das Werk eines anderen 1:1 kopiert.

[Rz 18] Am aggressivsten stellt diese Frage seit Ende der siebziger Jahre — und damit doch um einiges früher als Napster, Piratenpartei & Co. — eine eigene zeitgenössische Kunstgattung, die sogenannte Appropriation Art³⁵, die das Konzept der Autorenschaft ganz bewusst in Frage stellt. Die Rechtsordnung beantwortet die Frage eigentlich recht klar — die 1:1 Kopie ist genau das, was das Urheberrecht untersagt, und zwar in jeder Form. Ist die von Hand hergestellte Kopie

³² WOLF, MANFRED/WELLENHOFER, MARINA, Sachenrecht²⁵, C.H. Beck, München, 2010, S. 128.

³³ Für Österreich § 33 Abs. 2 UrhG; für Deutschland § 44 Abs. 1 UrhG.

³⁴ Ausführlich zu den historischen Ursprüngen, der wirtschaftlichen Bedeutung sowie juristischen Fragen GINSBURG, JANE, Exploiting the Artist's Commercial Identity: The merchandizing of Art Images, in: RIDA 1995, S. 3 ff.

³⁵ RÖMER, STEFAN, Appropriation Art, in: Hubertus Butin (Hrsg.), DuMonts Begriffslexikon der zeitgenössischen Kunst, Köln, 2006, S. 15 ff. Vgl. dazu auch KAKIES, CELIA, Kunstzitate in Malerei und Fotografie, DuMont, Köln, 2007, S. 16 ff.

auf Papier oder einem ähnlichem Träger als freie Werknutzung zum privaten Gebrauch gerade noch zulässig³⁶, so ist eine Verbreitung, d.h. Ausstellung oder Verkauf ohne die Zustimmung des Urhebers des Originals unzulässig³⁷. In der Urheberrechtslehre wurde dies lange Zeit nahezu widerspruchslos vertreten, erst langsam treten erste Zweifel an dieser Auffassung auf³⁸. Dabei wird einerseits das pragmatische Argument angeführt, die Rechtsordnung und damit auch das Urheberrecht³⁹ dürfe sich nicht so weit von ihrem Regelungsgegenstand, hier: der zeitgenössischen Kunst, entfernen, dass ganze Kunstströmungen illegal würden. Auf der juristischen Ebene wird versucht, dies mit der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Kunst zu untermauern.

[Rz 19] Aus urheberrechtsdogmatischer Sicht ist dem hinzuzufügen, dass das Verbreitungsverbot von händisch hergestellten Kopien in der Bildenden Kunst letztlich ohnehin auf eher schwachen Beinen stehen dürfte. Wie schon im ersten Abschnitt dargestellt, ist es relativ spät und sozusagen fast zufällig «in die Kodifikationen gerutscht». Die Rechtsprechung scheint damit auch nicht sehr glücklich. Selbst in so stark kommerzialisierten Bereichen wie der Werbegraphik wird die Anforderung für eine unabhängige Eigenschöpfung auch bei sehr großer visueller Ähnlichkeit doch recht niedrig angesetzt⁴⁰. Zweitens sind nach der Rspr. selbst für den Fall offenkundiger Fälschungen die dem Rechteinhaber zur Verfügung stehenden urheberrechtlichen Mittel sehr begrenzt, grundsätzlich dürfen künstlerische Eigenheiten wie der Stil eines Malers kopiert werden⁴¹. Zusammen mit dem im Urheberrecht herrschenden Grundsatz der Motivfreiheit wird der argumentative Spielraum für ein ernsthaftes urheberrechtliches Vorgehen gegen Appropriation Artists also auch schon ohne eine Bezugnahme auf das Grundrecht der Kunstfreiheit sehr eng. Und schließlich wurde relativ aktuell einem Suchmaschinenbetreiber gestattet⁴², verkleinerte Versionen von Gemäldeproduktionen, die eine Künstlerin auf ihrer Webseite veröffentlicht hatte, auf seiner eigenen Seite zu speichern, weil die Indizierung durch Suchmaschinen nicht ausdrücklich in der Datei robots.txt⁴³ untersagt worden war.

[Rz 20] Letztendlich stellt sich also hier die Frage, warum ein Künstler, der sich offen zu seiner, oft mit beträchtlichen handwerklichen Fähigkeiten und durchaus künstlerischem Geschick hergestellten Kopie bekennt, und damit zu einem gesellschaftlich-künstlerischem Diskurs beitragen will, urheberrechtlich schlechter dastehen soll als ein kommerzieller Suchmaschinenanbieter, der auf Basis einer automatisierten Indexierung eine Vervielfältigung durchführen lässt — oder gar ein Fälscher.

³⁶ Vgl. § 42 Abs. 1 UrhG.

³⁷ DREIER, THOMAS, Original und Kopie im rechtlichen Bildregime, in: Ariane Mensger (Hrsg.), *Déjà-vu?: die Kunst der Wiederholung von Dürer bis YouTube*, Staatliche Kunsthalle Karlsruhe/Staatliche Hochschule für Gestaltung Karlsruhe, Bielefeld, 2012, S. 146 ff. (152).

³⁸ Für einen Überblick über diese Diskussion nochmals DREIER, THOMAS, Original und Kopie im rechtlichen Bildregime, op. cit., S. 153 ff., m.w.N.

³⁹ Es geht hier wohlgerne gerade eben nicht um strafrechtliche Fragen der Fälschung. Obwohl manche Vertreter der Appropriation Art sogar die Signatur der Originalkünstler kopieren, geben sie nicht vor, ein Original hergestellt zu haben oder anzubieten.

⁴⁰ OGH vom 8. März 1994, ÖBl. 1995, S. 14.

⁴¹ BGH GRUR 1995, S. 668 — NOLDE, EMIL.

⁴² BGH, Urteil vom 29. April 2010 — I ZR 69/08, BGHZ 185, 291 — Vorschaubilder I und noch weiter BGH, Urteil vom 19. Oktober 2011, I ZR 140/10 — Vorschaubilder II. Allerdings kam es in durchaus vergleichbaren Fällen zu erfolgreichen Abmahnungen gegen Facebook-Benutzer, vgl. <http://heise.de/-1518541>. Google hat seine Bildersuche unter <http://images.google.com/inzwischen> so verändert, dass nicht nur Thumbnails, sondern auch Originalabbildungen gespeichert werden; auch hier ist die Diskussion also wohl noch nicht abgeschlossen.

⁴³ Ausführliche Informationen zu diesem Quasi-Standard unter <http://www.robotstxt.org>.

[Rz 21] Allerdings ist im internationalen Vergleich auch eine entgegengesetzte, weit restriktivere Tendenz zu beobachten. Das Bezirksgericht Tokio verurteilte einen Unternehmer, der eine dem Gemälde eines Künstlers ähnliche Abbildung zur Werbung für sein Geschäft benutzt hatte, zur Zahlung von insgesamt 4 Millionen Yen Schadenersatz sowie einer öffentlichen Entschuldigung⁴⁴. Und vor kurzem sorgte die Entscheidung eines englischen Gerichts⁴⁵ für Aufsehen: Die Fotografie eines roten Londoner Busses vor schwarz-weißem Hintergrund auf einer Teedose wurde als Verletzung der Urheberrechte einer Postkarte, die ein ähnliches Motiv (nicht dasselbe Foto) zeigte, gesehen, obwohl diese und vergleichbare Fälle wohl viel eleganter über Wettbewerbsrecht zu lösen wären. Mittel- bis langfristig ist daher wohl eine weitere Klarstellung auf gerichtlicher oder sogar legislativer Ebene unvermeidlich bzw. wünschenswert⁴⁶.

Mariagrazia Rizzi, Ricercatore, Università degli Studi di Milano-Bicocca, Milano, Italien. Georg Jakob, Geschäftsführer, patalyst.com, Milano, Italien, München, Deutschland.

⁴⁴ HANREI JIHO1695, S. 115 ff (2000).

⁴⁵ *Temple Island Collections v. New English Teas*EWPC 1 (12. Jänner 2012).

⁴⁶ Dies insbesondere auch wegen der Subsidiarität der entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften zu anderen Bestimmungen des gewerblichen Rechtsschutzes. Vgl. dazu EMMERICH, VOLKER, *Unlauterer Wettbewerb*9, C.H. Beck, München, 2012, S. 134 f. oder z.B. auch OGH vom 8. März 1994, ÖBl. 1995, S. 14.