

**DR. HELGA MÜLLER
RECHTSANWÄLTIN**

Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

zugelassen bei der Rechtsanwalts-
kammer Frankfurt am Main
Ziegelhüttenweg 19, 60598 Frankfurt
Tel.: 069/68 09 76 55
AB und Fax 069/63 65 79
Kanzlei@dr-helga-mueller.de
www.dr-helga-mueller.de
USt-Id-Nr.: DE 152708132

19. September 2014

In dem Rechtsstreit

der Künstlerin Isolde Klaunig, Holbeinstr. 19, 60596 Frankfurt,

Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Helga Müller,
Ziegelhüttenweg 19, 60598 Frankfurt,

gegen

..... J.

.....
.....

wegen

Verletzung der folgenden Grundrechte:

Art. 5 Abs. 3 GG (Kunstfreiheit/Werkbereich),
Art. 14 GG (geistiges Eigentum),
Art. 2 Abs. 1 u. 1 Abs. 1 GG (Urheberpersönlichkeitsrecht),
Art. 3 GG (Gleichbehandlungsgrundsatz)
i.V.m. Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie) und
Art. 20 Abs. 3 GG (Rechts- und Sozialstaatsprinzip)

lege ich namens und mit versicherter Vollmacht der Beschwerdeführerin

Verfassungsbeschwerde

gegen das **Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19. März 2014, Az.: I ZR 35/13 - Porträtkunst**, der Prozessbevollmächtigten 3. Instanz, Frau Rechtsanwältin Dr. Brunhilde Ackermann, zugestellt am 21. August 2014, ein.

Die Verfassungsbeschwerde wendet sich zugleich gegen die vorausgegangenen Instanzurteile des OLG Frankfurt vom 19. Februar 2013, Az.: 11 U 37/12, und des LG Frankfurt vom 28.3.2012, Az.: 2-03 O 416/11.

Namens und mit Vollmacht der Beschwerdeführerin beantrage ich,

das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19. März 2014, Az.: I ZR 35/13 – Porträtkunst, zugestellt am 21.8.2014, sowie die Urteile des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 19. Februar 2013, Az.: 11 U 37/12 und des Landgerichts Frankfurt vom 28.3.2012, Az.: 2-03 O 416/11, aufzuheben und die Sache unter Feststellung der verletzten Grundrechte an den Bundesgerichtshof, hilfsweise das Oberlandesgericht Frankfurt, hilfsweise an das Landgericht Frankfurt zur erneuten Entscheidung in der Sache zurückzuverweisen.

Der Verfassungsbeschwerde werden Abschriften des angegriffenen Urteils des Bundesgerichtshofes und der vorangegangenen Urteile des Oberlandesgerichtes Frankfurt und des Landgerichtes Frankfurt beigefügt. Ferner werden die schriftsätzlichen Ausführungen der Beschwerdeführerin mit der Berufungsbegründung und den erstinstanzlichen Schriftsätzen in Abschrift vorgelegt (**Anlagenkonvolut VB 1**).

Der Verfassungsbeschwerde beigefügt wird Bl. 250 d.A., eine Bildübersicht mit Reprographien von Öl- und Pastellgemälden der Beschwerdeführerin, die, wie die nachstehend genannte Mappe (**Anlagenkonvolut VB 4**), die die Frau Vorsitzende im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor dem Oberlandesgericht der Beschwerdeführerin zum Schutz vor Verlust oder unautorisierter Vervielfältigung zurückgereicht hatte (**Anlage VB 2**).

Der Verfassungsbeschwerde beigefügt wird ein Ringbuch aus sieben laminierten Blättern mit 14 Seiten an authentischen Selbstzeugnissen/Darstellungen der Beschwerdeführerin zum Geschehen (**Anlage VB 3**). Nach Abschluss des Verfahrens wird um Rückgabe gebeten.

Der Verfassungsbeschwerde beigefügt wird eine Mappe mit 82 authentischen Ausdrucken digitaler Gemälde der Beschwerdeführerin, die sie im Zeitraum der streitgegenständlichen Privatkopien ihrer streitgegenständlichen künstlerischen Entwürfe erschaffen hat, beigefügt (**Anlagenkonvolut VB 4**). Diese Mappe, die auch zwei lose Blattseiten mit Text der Beschwerdeführerin enthält, lag bereits dem Oberlandesgericht Frankfurt vor. Nach Abschluss des Verfahrens wird um Rückgabe dieser Mappe gebeten. Die Zusammenstellung war sehr kostenaufwändig.

Der Verfassungsbeschwerde beigefügt werden außerdem Kunstkarten vollendeter digitaler Gemälde der Beschwerdeführerin, die erstmals am 24.8.2014 – in

Ausdrucken auf Leinwand in der Größe 1,20 m x 1,40 m – der Öffentlichkeit vorgestellt worden sind (**Anlagekonvolut VB 5**). Die Dateien lassen in ihrer Informationsdichte Ausdrücke bis zu einer Wandgröße von 50 m x 50 m zu.

Der Verfassungsbeschwerde beigelegt wird ferner die Abschrift eines Schreibens der Justitiarin der VG Bild-Kunst vom 7.4.2014, die klargestellt hat, dass – entgegen der Annahme des Bundesgerichtshofes – eine Beteiligung der Beschwerdeführerin an der Geräteabgabe ausgeschlossen ist (**Anlage VB 6**).

Der Verfassungsbeschwerde beigelegt wird schließlich die Abschrift eines Entwurfs der Beschwerdeführerin zu einer Satire, überschrieben mit dem Titel „Mein täglich Brot als kunst- und kulturschaffender Mensch“ aus dem Jahr 1974 (**Anlage VB 7**).

Begründung:

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung für die Urheberrechte freischaffender bildender Künstler/innen, insbesondere

- für die Wahrung ihres Werkbereiches (Art. 5 Abs. 3 GG),
- der von ihnen vorgenommenen Funktionsbestimmung ihrer schöpferischen Betätigung und ihrer künstlerischen Identität und Ehre (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG) und
- für eine angemessene Beteiligung an der Nutzung ihrer Werkschöpfungen sowohl im Status des Entwurfs bzw. des unvollendeten unveröffentlichten Werkes als auch im Status des veröffentlichten Werkes im Wege der Privatkopie (Art. 14 Abs. 1 GG).

I.

Der Verfassungsbeschwerde liegt der folgende Sachverhalt zugrunde:

1.

Die Beschwerdeführerin ist freischaffende bildende Künstlerin mit einem Arbeitsschwerpunkt im Bereich der Portraiturekunst. Schon von den Eltern (einer Musikpädagogin und einem Studienrat) war sie darauf gestoßen worden „Guck den Menschen in die Augen, guck den Menschen ins Gesicht, guck auf das Verhalten der Menschen und frage, was die Hintergründe des Verhaltens sind“. Hieraus geweckt bildeten sich die Erfahrungen und Vorstellungen der Künstlerin, die ihre zukünftige künstlerische Betätigung prägen sollten. Die erste Bildnisausstellung (Portrait und Akt) hatte sie mit 16 Jahren in Berlin. Die zweite Ausstellung folgte mit 18 Jahren. Sie ist bei den Themen geblieben, hat diese ausgeweitet und vertieft und sich philosophisch und psychologisch weitergebildet. Das Hauptthema ihres Lebens, das Thema ‚Menschendarstellungen‘ bleibt immer erhalten, variiert in verschiedensten Phasen und Etappen ihrer Begegnungen, vertieft sich immer mehr zu den

Darstellungen geistiger Inhalte, wie Verlust und Gewinn im Dasein. Es sind die ureigensten Erfahrungen der Beschwerdeführerin, die den geistigen Gegenstand ‚Menschsein‘ begründen.

Am 18. Oktober 2009 machte sie, von 12 h mittags bis 18 h am Spätnachmittag, auf ihre eigene Initiative hin, also ohne irgendeinen Auftrag mit ihrer digitalen Kamera Portraitaufnahmen des Beschwerdegegners und seiner Nachbarin, einer Bekannten aus Verbands- und Vereinszusammenhängen, die die Beschwerdeführerin bereits seit vielen Jahren gleichsam betreut hatte. Die Beschwerdeführerin hatte der Bekannten, einer 90-jährigen, stark sehbehinderten Dame, den Vorschlag zu diesen Portraitaufnahmen gemacht, und während des Termins im Einvernehmen mit dieser Bekannten den Beschwerdegegner, gleichfalls einen Bekannten aus Verbands- und Vereinszusammenhängen, eingeladen hinzu zu kommen, um sich gleichfalls fotografieren zu lassen. Der Termin fand in der Wohnung der Nachbarin des Beschwerdegegners statt. Die Portraitaufnahmen sollten als Skizzen für digitale Gemälde dienen, bei denen die Maus die Funktion des analogen Werkzeugs, also des Pinsels oder Kreidestiftes übernimmt. Drei Wochen nach dem Termin nahm die Beschwerdeführerin in einem ersten Schritt erste Bearbeitungen der Fotografien vor, indem sie vor allem die Sinnesorgane und Haare sowie die Lichtführung als wichtige Bildelemente vorbearbeitete. Es wird dazu besonders auf die Kommentierungen der Beschwerdeführerin auf den Bearbeitungen (**VB 3**) hingewiesen. Die Beschwerdeführerin druckte diese aus, stellte exemplarisch 30 dieser Ausdrücke in einer Mappe vorläufig zusammen, brachte sie ihrer Bekannten, um deren Reaktion und die Reaktion der für den nächsten Tag erwarteten Tochter zur eigenen Selbstkontrolle und Situationsabwägung abzumessen. Da die Bekannte sich aufgrund ihrer Sehbehinderung Zeit benötigte, um sich auf die Betrachtung der Entwürfe einlassen zu können und die Tochter ja ohnehin erst am nächsten Tag erscheinen sollte, ließ die Beschwerdeführerin die Mappe vorübergehend bei ihrer Bekannten allein zur Betrachtung durch diese und deren Tochter. Ohne Einwilligung der Beschwerdeführerin erlaubte die Nachbarin dem Beschwerdegegner, die Mappe mit den bearbeiteten Fotoskizzen an sich und mit in seine Wohnung zu nehmen, wo er Besuch hatte. Der Beschwerdegegner betrachtete die Bildentwürfe zusammen mit seinem Besuch, nahm die einzelnen Ausdrücke aus den Klarsichthüllen heraus und scannte letztlich drei der Arbeiten, auf denen er sich selbst zu erkennen meinte, und speicherte die Daten auf seinem Computer ab.

Bis dahin hatte die Beschwerdeführerin bereits erhebliche zeitliche und materielle Aufwendungen eingesetzt,

- für die geistige Konzeptionierung des Termins,
- für die Fahrtkosten zur Wohnung der Bekannten,
- für insgesamt mehr als sechs Stunden für die Fotoaufnahmen in der Wohnung der Bekannten, also mit der Fahrzeit insgesamt rund sieben Stunden,
- an Vorhaltekosten für ihre digitale Kamera und ihre elektronischen Geräte,
- für die ersten Bearbeitungen der insgesamt rund 150 Aufnahmen, aus denen sie für die Mappe, die sie ihrer Bekannten überließ, nur 30 exemplarisch herausgegriffen hatte,
- für Farben und Fotopapier der Ausdrücke,
- für die Konzeptionierung und Ausführung der exemplarischen Zusammenstellung in der vorgenannten Mappe,
- für die Fahrtkosten zu einem zweiten Besuch in der Wohnung ihrer Bekannten

eine Woche nach dem Aufnahmeterrin, um der Bekannten die Mappe mit den Entwürfen zu zeigen und wegen deren Sehbehinderung zum bequemen Studium vorübergehend zu überlassen,

- für die anschließende Auseinandersetzung im Vereinskontext und die nachfolgenden rechtlichen Auseinandersetzungen um den Fortbestand der Vereinsmitgliedschaft und um die in diesem Verfahren geltend gemachten Unterlassungs-, Besichtigungs-, Auskunfts- und Vergütungsansprüche.

Die Beschwerdeführerin hat in der Entnahme, dem Scannen und Abspeichern auf dem eigenen Computer des Beschwerdegegners sofort einen unerlaubten Eingriff in ihr Urheberpersönlichkeitsrecht (§ 11 UrhG) und ihr ausschließliches Vervielfältigungsrecht (§§ 15, 16 UrhG) erkannt.

Die Klage auf Unterlassung, Besichtigung, Auskunft und – im Wege der Stufenklage – Schadensersatz hat das Landgericht Frankfurt nach erfolgloser außergerichtlicher Abmahnung des Beschwerdegegners durch Urteil vom 28.3.2012, Az.: 2-03 O 416/11 abgewiesen. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat die hiergegen gerichtete Berufung durch Urteil vom 19. Februar 2013, Az.: 11 U 37/12, zurückgewiesen, jedoch die Revision an den Bundesgerichtshof zugelassen. Der Bundesgerichtshof hat die Revision durch Urteil vom 19. März 2014, Az.: I ZR35/13 – Porträtkunst, zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde. Die Beschwerdeführerin sieht durch das Urteil des Bundesgerichtshofes wie durch die vorangegangenen Instanzurteile ihre Kunstfreiheit, ihr Urheberpersönlichkeitsrecht in Verbindung mit ihrer Menschenwürde, ihr geistiges Eigentum sowie das Diskriminierungs- und Willkürverbot des Gleichbehandlungsgrundsatzes verletzt.

Das angelegte Blatt 250 d.A. (**VB 2**), aus dem der Senat erkennen kann, dass die Fotoskizzen vom Bildaufbau den früheren Gemälden der Beschwerdeführerin, die sie mit analogen Mitteln erschaffen hat, entsprechen, lag dem Bundesgerichtshof nicht vor, da die beim Bundesgerichtshof beauftragte Anwältin die Einreichung der Reprographien mit der Revision verweigert hat.

Gleiches gilt für die Mappe mit 81 digitalen Gemälden der Beschwerdeführerin (**VB 4**), die zeitlich parallel zu den streitgegenständlichen Entwürfen entstanden sind.

Inzwischen hat die Beschwerdeführerin auf dem Gebiet der digitalen Malerei eine Fertigkeit erlangt, die dazu führt, dass ihre digitalen Gemälde aus handwerklicher Sicht ihren Öl- und Pastellgemälden ebenbürtig geworden sind, wie aus der angefügten Serie von Kunstkarten ersichtlich (**VB 5**). Die Maus hat, wie in den Verfahrensakten bereits erläutert worden ist, die Bedeutung des Pinsels bzw. der Kreide ersetzt. Pixel für Pixel, Punkt für Punkt, Strich für Strich hat die Beschwerdeführerin das Bildpersonal in seiner jeweiligen Umgebung eigenhändig gemalt. Besonders hingewiesen wird auf die Kunstkarte, auf der eine Reprographie des Ölgemäldes zum Frankfurter Oberbürgermeister Rudi Arndt, wie es in der Wandelhalle des Frankfurter Römers hängt, neben das digitale Gemälde des Limburger Bischofs Hans-Peter Tebartz van Eltz gestellt ist.

Die Zurückweisung der Revision hat der Bundesgerichtshof, wie folgt begründet.

Das Berufungsgericht habe mit Recht angenommen, dass die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung (§ 97 Abs. 1 UrhG), Besichtigung (§ 101a Abs. 1 UrhG), Schadensersatz (§ 97 Abs. 2 UrhG) und Erstattung der Abmahnkosten (§ 97a Abs. 1 S. 2 UrhG a.F.) unbegründet seien, weil der Beschwerdegegner keine durch das Urheberrechtsgesetz geschützten Rechte verletzt habe.

Der Beschwerdegegner habe durch das Scannen und Speichern zwar in das ausschließliche Vervielfältigungsrecht der Beschwerdeführerin aus § 16 UrhG eingegriffen. Dieser Eingriff sei jedoch durch die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG gedeckt gewesen. Die Schrankenregelung sei nicht einschränkend dahin auszulegen, dass sie lediglich Vervielfältigungen veröffentlichter Werke erlaube. Eine solche Einschränkung sei weder mit Blick auf entsprechende Einschränkungen anderer Schrankenregelungen noch mit Blick auf die Kunstfreiheit noch mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2001/29/EG geboten.

Die Beschränkung anderer Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes auf veröffentlichte und erschienene Werke ((§§ 46 Abs. 1 S. 1, 48 Abs. 1 Nr. 1, 51 S. 1 und 2 Nr. 1 bis 3, 52 Abs. 1 und 2, 52a Abs. 1, 52b S. 1, 53 Abs. 2 Nr. 4 lit. a) und Abs. 3, 53a S. 1 und 61 Abs. 1 und 2 UrhG) sei nicht entsprechend anwendbar, weil nicht von einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenslage ausgegangen werden könne.

Zum einen spreche der Umstand, dass nur einige Schrankenregelungen entsprechende Einschränkungen vorsähen, gegen eine planwidrige Regelungslücke. Zum anderen stehe auch das Gesetzgebungsverfahren gegen eine planwidrige Regelungslücke. In beiden Gesetzgebungsverfahren sei die Frage erörtert worden, ob und inwieweit die Schranke der Privatkopie mit Blick auf die digitalen Medien enger gefasst werden solle¹.

Hinsichtlich der Interessenslage ergäben sich Unterschiede daraus, dass die Motive für die abweichenden Regelungen in der besonderen Schutzwürdigkeit der ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf seine noch unveröffentlichten oder noch nicht erschienenen Werke lägen. Diese Interessen seien ungleich stärker betroffen, wenn eine Schrankenregelung auch noch die Verbreitung, das öffentliche Zugänglichmachen oder die öffentliche Wiedergabe des Werkes zulasse.

Die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebiete keine einschränkende Auslegung von § 53 Abs. 1 UrhG.

Die Werkentwürfe der Beschwerdeführerin seien nicht dadurch veröffentlicht worden, dass diese die Ausdrücke der Nachbarin des Beschwerdegegners zur Ansicht überlassen habe. Eine einzelne Person begründe keine Öffentlichkeit. Auch die Weitergabe an den Beschwerdegegner ohne die Zustimmung der Beschwerdeführerin habe nicht zur Veröffentlichung geführt.

Die Kunstfreiheit sei durchaus zu beachten, obgleich die Verfassungsmäßigkeit einer

¹ BT-Drs. 15/38, S. 20 f.; BT-Drs. 16/1828, S. 18-21.

Schrankenregelung des Urheberrechtsgesetzes grundsätzlich allein am Maßstab des Art. 14 GG zu messen sei und Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG als Prüfungsnorm grundsätzlich ausscheide, wenn es allein um die vermögenswerte Seite des Urheberrechts gehe. Im Streitfall gehe es um die Beeinträchtigung der künstlerischen Tätigkeit der Beschwerdeführerin. Diese Frage betreffe das Grundrecht der Kunstfreiheit.

Soweit die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG die Vervielfältigung unveröffentlichter Werkentwürfe der Beschwerdeführerin durch den Beschwerdegegner zulasse, greife diese in das Grundrecht der Kunstfreiheit ein. Das Grundrecht der Kunstfreiheit richte sich zwar in erster Linie gegen den Staat. Sie sei als objektive Wertentscheidung aber auch im Verhältnis von Privaten zueinander zu berücksichtigen. Die Kunstfreiheit schütze in gleicher Weise den Werkbereich als den Bereich der eigentlichen künstlerischen Betätigung und den Wirkbereich der Darbietung und Verbreitung. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts greife die Vervielfältigung unveröffentlichter Entwürfe nicht in den Wirkbereich, sondern in den Werkbereich der Kunstfreiheit ein.

Der Eingriff in die Kunstfreiheit sei jedoch gerechtfertigt. Sie finde ihre Grenze unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung. Zu diesen Bestimmungen zählten die Grundrechte anderer Rechtsträger wie das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Der Schutzbereich dieses Grundrechts sei gegenständlich nicht beschränkt; er umfasse jedes menschliche Verhalten ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht ihm für die Persönlichkeitsentfaltung zukomme². Die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG diene gleichfalls dieser Freiheit. Ihr liege der Gedanke zugrunde, dass der private Bereich von Ansprüchen des Urhebers freibleiben müsse.

Die allgemeine Handlungsfreiheit sei allerdings nur in den durch das Grundgesetz bezeichneten Schranken garantiert, insbesondere durch die Rechte anderer und die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG) wie das Grundrecht der Kunstfreiheit. Bei Aufeinandertreffen mehrerer grundrechtlicher Positionen sei diesen nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz Geltung zu verschaffen.

Die Schrankenregelungen des Grundgesetzes seien bereits das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägung zwischen dem Interesse des Urhebers an einer möglichst umfassenden und uneingeschränkten Ausschließlichkeitsbefugnis und den Interessen der Allgemeinheit an einem möglichst unbeschränkten Zugang und einer möglichst umfassenden Nutzung des urheberrechtlich geschützten Werkes.

Der Bundesgerichtshof hat anerkannt, dass die durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geforderte kunstspezifische Betrachtung es verlangen kann, einer Schrankenbestimmung im Wege der Auslegung zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der für Kunstwerke günstiger ist als für nichtkünstlerische Werke.

Doch ist der Spruchsenat nach diesen Maßstäben zu dem Ergebnis gelangt, dass die Handlungsfreiheit des Beschwerdegegners hinsichtlich der Anfertigung von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch die durch die Kunstfreiheit der Beschwerdeführerin geschützten Interessen überwiege. Dabei sei zu berücksichtigen,

² Unter Berufung auf BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1989, Az.: 1 BvR 921/85; BVerfGE 80, 137 = NJW 1989, 2525 – Reiten im Walde; Kammerbeschluss vom 21. Dezember 2011, Az.: 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062, Rn 17 – Sonnenstudioverbot, jew. m.w.Nw.

dass ein Urheber auch die Vervielfältigung von Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Kunst zum privaten oder sonstigen Gebrauch hinnehmen muss und nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich an der Ausführung dieser Pläne und Entwürfe gehindert sei (§ 53 Abs. 7 UrhG). Außerdem dürften die Vervielfältigungsstücke weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden (§ 53 Abs. 6 S. 1 UrhG).

Sofern das Berufungsgericht angeführt habe, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Schaffensblockade sei eine unbeachtliche persönliche Disposition, sei dies frei von Rechtsfehlern. Die Beschwerdeführerin könne solches vermeiden, indem sie Werke im Entwurfsstadium nicht aus ihrer Obhut entlasse.

Entgegen der Ansicht der Revision könne auch nicht angenommen werden, dass für die Vervielfältigung unveröffentlichter und vollendeter Werke zum privaten Gebrauch kein Anspruch auf eine angemessene Vergütung bestehe und die Beschwerdeführerin folglich keinen gerechten Ausgleich im Sinne der Informations-Richtlinie erhalte.

Sei nach der Art eines Werkes zu erwarten, dass es nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG vervielfältigt werde, so habe der Urheber gemäß § 54 Abs. 1 UrhG einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung gegen den Hersteller von Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme von Vervielfältigungen. Daneben haften der Importeur und der Händler sowie der Betreiber solcher Speichermedien. Diese Ansprüche werden durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht. Jedem Berechtigten stehe ein angemessener Anteil an den gezahlten Vergütungen zu.

Mit dem Begriff „Art eines Werkes“ in § 54 Abs. 1 UrhG seien die in § 2 Abs. 1 UrhG beispielhaft aufgezählten Werkarten gemeint. Eine Werkart der unveröffentlichten oder unvollendeten Werke gäbe es nicht.

Es könne auch nicht angenommen werden, unveröffentlichte oder unvollendete Werke blieben im Verteilungssystem der Verwertungsgesellschaften unberücksichtigt, weil diese keinen Tarif für die Vervielfältigung unveröffentlichter oder unvollendeter Werke aufgestellt hätte. Die Erfassung unveröffentlichter oder unvollendeter Werke durch die Tarife der Verwertungsgesellschaften könne offen bleiben, gleichfalls die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften zur Aufstellung solcher Tarife. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 13 Abs. 1 S. 1 WahrnG zur Aufstellung von Tarifen hätte jedenfalls nicht zur Folge, dass die Verwertungsgesellschaften an der Geltendmachung des von ihnen wahrgenommenen Anspruchs auf angemessene Vergütung gehindert wären. Sie seien auf Verlangen der Berechtigten verpflichtet, den zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Anspruch zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen (§ 6 Abs. 1 S. 1 UrhWG).

Die Revision könne auch nicht mit dem Argument durchdringen, bei unveröffentlichten und unvollendeten Werken funktioniere der gerechte Ausgleich nicht, weil diese Werke – wie auch Unikate – den Verwertungsgesellschaften nicht gemeldet würden. Die Berechtigten hätten es, wie die Beschwerdeführerin, selbst in der Hand, solche Ansprüche anzumelden.

Die Revision mache außerdem ohne Erfolg geltend, der Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG sei im Blick auf § 60 Abs. 1 UrhG bei Porträts als Werken der

bildenden Kunst auf die Vervielfältigung in Form einer Fotografie als analogem Medium zu beschränken und erfasse daher nicht die hier in Rede stehende Vervielfältigung auf einem digitalen Träger. § 60 Abs. 1 S. 2 UrhG erlaube zwar nur die Vervielfältigung durch Lichtbild. Bei § 60 UrhG handele es sich jedoch nicht um eine vorrangige Sonderregelung. § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG erlaube sowohl die analoge als auch die digitale Vervielfältigung.

Entgegen dem Vortrag der Revision könne die Ausnahmevorschrift des § 53 Abs. 4 UrhG nicht auf die von der Klägerin geschaffene Porträtkunst analog angewandt werden. Es sei weder eine planwidrige Regelungslücke zu erkennen noch eine vergleichbare Interessenlage. Der Grund der Regelung liege darin, dass der Absatz von Noten, Büchern und Zeitschriften zulasten der Berechtigten unzumutbar beeinträchtigt würde, wenn es zulässig wäre, graphische Aufzeichnungen von Werken der Musik sowie im wesentlichen vollständige Bücher und Zeitschriften ohne Einwilligung des Berechtigten zu vervielfältigen. Das sei bei Porträtkunstwerken grundsätzlich anders. Soweit solche Werke zu dessen Lebzeiten nur für den Porträtierten von Bedeutung und Wert sind, fehle es bereits an einem Absatzmarkt. Soweit es sich bei einem Porträtkunstwerk um ein Auftragswerk handele, habe es der Urheber zudem selbst in der Hand, mit dem Auftraggeber ein Honorar zu vereinbaren, das etwaige Vervielfältigungen zum Privatgebrauch abgilt.

Im Ergebnis zu Recht habe das Berufungsgericht angenommen, dass der Beschwerdegegner durch das Einscannen und Speichern der Dateien der Werkentwürfe nicht in das Urheberpersönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin eingegriffen habe. Es sei daher unerheblich, dass ein Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht durch die Regelung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG gerechtfertigt sein kann, weil dieses allein das Vervielfältigungsrecht aus §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG einschränke.

Der Beschwerdegegner habe schließlich das Erstveröffentlichungsrecht (§§ 12, 6 UrhG) der Beschwerdeführerin genauso wenig verletzt wie das Entstellungsverbot (§ 14 UrhG).

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes hat der Streitfall keine entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung des Unionsrechts aufgeworfen, die nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union erforderte. Es bestehe kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht im Blick auf Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2001/29/EG einschränkend dahin auszulegen sei, dass sie lediglich eine Vervielfältigung veröffentlichter Werke erlaube.

3.

Das Berufungsgericht hatte gleichfalls eine Verletzung sowohl des Urheberpersönlichkeitsrechts als auch des Vervielfältigungsrechts der Beschwerdeführerin verneint.

Das urheberpersönlichkeitsrechtliche Erstmitteilungsrecht sei in dem Moment verbraucht gewesen, in dem die Beschwerdeführerin die Mappe mit den Fotoskizzen

ihrer Nachbarin gezeigt und überlassen hatte. Da § 53 Abs. 1 UrhG auch die Vervielfältigung unveröffentlichter Werke erlaube, hätte die Beschwerdeführerin die damit verbundenen Beeinträchtigungen des künstlerischen Schaffensprozesses grundsätzlich hinnehmen müssen.

Auch liege keine Verletzung des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsverbot vor, da es durch das Scannen und Speichern der Dateien nicht zu einem Eingriff in das Integritätsinteresse der Beschwerdeführerin gekommen sei.

Der Eingriff in das Vervielfältigungsrecht sei von der Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG gedeckt gewesen. Der Beschwerdegegner habe nur einzelne Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch angefertigt. Die Vorschrift sei auch im Lichte der Kunstfreiheit nicht einschränkend dahin auszulegen, dass sie nur die Vervielfältigung veröffentlichter Werke erlaube. Nichts anderes ergebe sich auch aus § 60 Abs. 1 UrhG, der bei einem Bildniswerk eine Vervielfältigung des Abgebildeten nur durch Lichtbild zulasse. Der Begriff des Lichtbildes erfasse auch Verfahren, wie das Scannen. Die Vervielfältigung von Portraitkunstwerken sei auch nicht in entsprechender Anwendung der Ausnahmeregelung des § 53 Abs. 4 Nr. 1 und 2 UrhG verboten.

4.

Zuvor hatte auch das Erstgericht eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts und des Vervielfältigungsrechts der Beschwerdeführerin verneint.

II.

Das Urteil des Bundesgerichtshofes beruht auf fehlenden Sachinformationen. Diese werden nachstehend in der gebotenen Kürze ergänzt.

1.

Das künstlerische Schaffen im Werkbereich, die künstlerische Betätigung per se, d.h. die Kreativität ist maßgeblich durch den Geist des/r Künstlers/in bzw. seine/ihre persönlichen Erfahrungen und Vorstellungen geprägt, durch seine/ihre errungenen und gespeicherten Erinnerungen und seine/ihre persönliche Gedächtniskultur. Das bedeutet, die künstlerische Betätigung wird von seiner persönlichen Willensbildung und von seinen verinnerlichten Grundüberzeugungen, seinen psycho-emotionalen und geistigen Eigenschaften und seinen Zielen und Hoffnungen bestimmt³.

Die Wahrnehmung bildender Kunst ist im öffentlichen Raum der Gegenwart vielfach und in ganz breitem Umfang geprägt

- von der massiv auftretenden Freizeitkultur von Hobbykünstlern/innen, die in der Mehrzahl der Fälle nicht den kleinsten intellektuellen Anspruch mit ihrem Hobby verbinden und keine dezidierten Wertvorstellungen und auch keinen Impetus einer Botschaft in sich tragen. Sie haben Spaß an ihrem Hobby und erleben ihre

³ Diese Beschreibung ist auf die Beschwerdeführerin selbst zurückzuführen.

Freizeitbeschäftigung als willkommene Abwechslung und Ausdehnung ihres Gesichtskreises. Diese Hobbykünstler streben nach Imitation, nach einem Schmuck über ihrem Sofa. Selbst gemalt. Je perfekter die Nachahmung gelungen erscheint, desto glücklicher sind sie.

Dadurch wird verdeckt, das freie bildende Kunst der Hochkultur und hieraus besonders die in der heutigen Bundesrepublik wenig beachtete Portraitkunst vor allem eine geistige Tätigkeit ist, die – abgesehen von der handwerklichen Seite – den gleichen Gesetzen folgt, wie jede andere geistige Tätigkeit.

Im angegriffenen Urteil hat sich der Bundesgerichtshof bereits gegen die Quelle aller künstlerischen Betätigung gewandt, gegen den Geist, der als gesamtes neurologisches System gilt. Im Einklang mit dem Berufungsgericht. Das ist in einer Weise geschehen, die darauf hinausläuft, dass der Beschwerdeführerin von Staatswegen Vorschriften dazu gemacht werden, wie sie ihren Geist gebrauchen bzw. ihre künstlerische Betätigung auszuüben hat, nämlich mit dem Fokus nicht auf das Werkschaffen, sondern auf den Eigenschutz.

Der Bundesgerichtshof hat im Einklang mit dem Berufungsgericht festgestellt, ihr Motivationsverlust – eine „Schaffensblockade“ als Erklärungsmodell ist nie vorgetragen worden – sei eine nicht zu berücksichtigende persönliche Disposition. Um diese ihre angebliche „Schwäche“, die bei anderen Künstlern/innen nicht in der gleichen Weise bestehen müsse, zum Selbstschutz zu umgehen, hat der Bundesgerichtshof der Beschwerdeführerin aufgegeben, Werkentwürfe nicht aus ihrer Obhut zu geben. Sie habe also auf ihre Selbstkontrolle durch die Konfrontation von Außenstehenden mit ihren Werkentwürfen zu verzichten. Die vorgenommene Umdefinition und Entstellung des tatsächlichen Sachverhaltes durch den Bundesgerichtshof und das Berufungsgericht geht am Tatbestand des Motivationsverlustes völlig vorbei. Bei allen selbst gewählten Tätigkeiten ist einzig und allein die Motivation maßgebend, also von Kernbedeutung. Die freie Entfaltung ist ein unmittelbarer Ausdruck von Selbstmotivation. Sie ist der *Ursprung an sich* von jeder künstlerischen Entfaltung. Die Mitochondrien⁴ in den menschlichen Zellen sind die Energielieferanten an sich. So ist die Motivation der Energielieferant für alle freien Tätigkeiten.

Die aufgegebene Selbstschutzmaßnahme beschränkt die Beschwerdeführerin per se in in ihrer künstlerischen Selbstentfaltung und Betätigung.

Aus der Kognitionsforschung weiß man, dass jede Form von Instruktionen von außen die unbefangene und umfassende Wahrnehmung einengt bzw. blockiert. Das Heben von Erfahrungen, Einsichten und Erkenntnisse in die Bewusstheit, wie es die künstlerische Betätigung prägt, bleibt aus. Die Konzentration wird abgelenkt auf Vorschriften, die einzuhalten sind.

Die Einschränkung des unbefangenen Hebens von Vorgängen in den Bereich bewusster Reflexionen, Emotionen, Motivationen, Volitionen und Validierungen greift unmittelbar in den Vorgang der schöpferischen Wahrheitsfindung ein, also in die Authentizität, in der die Wirklichkeit eines Ausdrucks mit der Hoffnung, der Erwartung in eins zusammenfallen.

⁴ Schon Joseph Beuys hat sich im Kontext seines Werkes ‚Die Capri-Batterie‘ mit diesem Thema befasst.

Die künstlerische Betätigung zielt immer auf die Wiedergabe authentischer Erkenntnis des/r Künstlers/in. Durch die Vorgabe, Werkentwürfe nicht aus der eigenen Obhut zu geben, schließt der Bundesgerichtshof bestimmte Resonanzverfahren aus dem Kreis der Wahrnehmungen aus, die die Beschwerdeführerin, wie alle Künstler/innen, zur Vollendung der Werke sucht.

Die „Verunmöglichung“ des authentischen Werkprozesses richtet sich im Ergebnis gegen die authentische Werkentwicklung als solche und das Sichtbarwerden der kulturell geprägten Persönlichkeit in ihrer vollen Gestalt. Damit richtet sie sich gegen die *conditio humana*. Zur Identitätsentwicklung wie zur Entwicklung von Kunstschöpfungen benötigt jeder Mensch den Schutz seiner Intim- und Privatsphäre – im kulturell geprägten Kontext ist diese zugleich die Schaffenssphäre – vor fremden Eingriffen, vor Fremdkontrolle.

Die Versagung eines Ausgleichs im Falle des schädigenden Zugriffs auf Unfertiges, der zugleich jede realistische Verwertung in der Zukunft ausschließt, wendet sich darüber hinaus gegen die notwendige Versorgung auch eines/r Künstlers/in mit Alltagsgütern wie Nahrung, Kleidung, Wohnung und Arbeitsmittel.

2.

Jedes menschliche Handeln ist von der Sinn- und Zweckfrage getragen, entweder schwerpunktmäßig egoistisch oder altruistisch betont. Ein Sinn entfällt, wenn ein Mensch sein eigenes Handeln nicht mehr kontrollieren darf. Der Kontrolleur gewinnt durch das Mittel seiner Verfügungsmacht an Prestige und sammelt Charisma für seine Bedeutungsmacht.

Gerade im künstlerischen Bereich ist die Herrschaft und also Autorität und Meisterschaft des/r Künstlers/in sein/ihr eigenes Handeln betreffend Grund aller authentischen Kunstaübung, ihr Sinn und Zweck. Nur das ‚*autós épha*‘, das ‚*éphata*‘, das ‚*öffne dich*‘, die Metapher für das, was jeder aufgeschlossene Mensch in der unbefangenen, auf Gemeinschaft zielenden Kommunikation mit einem/r Künstler/in erlebt, bewirkt diejenige kulturelle Bildung, diejenige Meinungsbildung, um derentwillen die Kunst im demokratischen Kulturstaat geschützt ist. Die Anerkennung der Autorität und Meisterschaft des/r Künstlers/in über sein Werkschaffen und Werkgut ist essentielle Voraussetzung der kulturellen Bedeutung von Kunst als gemeinschaftsbildendem Kommunikationsgut. Die Anerkennung der Andersheit des Kunstwerkes ist Voraussetzung dafür, dass der Moment des *Kairos*, d.h. der Augenblick, in dem der/die Künstler/in in seinem pädagogischen Ansatz das Werkstück Außenstehenden zur Rezeption, nicht zum Konsum darbietet. Das Anderssein haben die Beteiligten im konkreten Fall alle erkannt, aber nicht anerkannt. Sie haben jedoch von der Beschwerdeführerin gefordert, dass sie sich den jeweiligen Partikularinteressen unterzuordnen habe, ja diese zu bedienen habe. Sie haben damit das Anderssein diskriminiert.

Nur unter der Autorität und Meisterschaft des/r Künstlers/in über sein/ihr Werkgut ist jedoch die geistige Erweiterung und Fortentwicklung einer Gemeinschaft über das

gesellschaftlich Bekannte hinaus denkbar und möglich⁵.

Freie künstlerische Arbeit knüpft in allen Bereichen an ein emotionales und soziales Bindungssystem an. Sie ist das genaue Gegenteil von Konsum. Konsum baut keine Bindung auf. Konsum hat keine langfristige Beziehung zum Gegenstand der Beschäftigung.

Freie künstlerische Arbeit ist überdies das genaue Gegenteil von kognitiver Perspektivübernahme. Aktive Kunstschöpfung und Kunstwahrnehmung ist nur möglich in affektiver Resonanz. Bei der Rezeption von Kunst kommt es auf den materiellen Besitz des Werkstückes nicht an, sondern ausschließlich auf den geistigen affektiven Zugang, das Nachvollziehen und das Sich-Annähern an die künstlerischen Reflexionen und Aussagen.

In dem Moment, in dem die Autorität bzw. Meisterschaft über das,

- was der/die Künstler/in als authentisches Kultur- bzw. Schöpfungsgut nach außen bringen will,
- was, wann, wie, worauf gerichtet bei Rezipienten, d.h. Betrachtern nach seinem/ihrem Impetus, seinem/ihrem Antrieb und seiner/ihrer Motivation wirken soll,

nicht mehr bei dem/r Künstler/in liegt, in dem Moment wird seiner/ihrer „Kunst“, seinem/ihrem Kommunikationsinteresse, seiner/ihrer absichtsvollen, die Kultur der Gesellschaft weiter führenden Botschaft der Boden entzogen.

Ohne Anerkennung der Autorität und Meisterschaft des/r Künstlers/in gibt es keine authentische Werkschöpfung, sondern nur Dekoration auf Anforderung.

Mit Eingriffen, wie durch den Beschwerdegegner, kommt es zur Vernichtung von Motivation und Sinnstiftung, in der es keinen Austausch, kein Gespräch über die geistige Botschaft, keine Rückbindung an unsere tradierte Kultur mehr stattfindet.

Die Beschwerdeführerin hat nach dem Eingriff des Beschwerdegegners, wie vor diesem Eingriff, täglich rund zehn bis zwölf Stunden an ihren Gemälden gearbeitet, nur nicht mehr am Bildnis des Beschwerdegegners. Sonst wäre nicht gleichzeitig die Vielzahl von digitalen Gemälden, die die Beschwerdeführerin in der vorgelegten Mappe (**VB 4**) zusammengefasst hat, und vor allem nicht die Vielzahl der erstmals im Jahr 2014 zur öffentlichen Darbietung gebrachten digitalen Gemälde, wie nunmehr ausschnittsweise durch die vorgelegten Kunstkarten dokumentiert (**Vb 5**), entstanden.

Der unautorisierte Eingriff in die Herrschaft bzw. Meisterschaft des/r Künstlers/in, konkret der Beschwerdeführerin, nimmt jedoch dem einstigen künstlerischen Plan bzw. der einstigen Intention und Funktionsbestimmung der künstlerischen Betätigung seine Grundlage. Den künstlerischen Plan bzw. die Intention und Funktionsbestimmung gibt es ob der totalen Fremdkontrolle des Beschwerdegegners

⁵ In der Öffentlichkeit am bekanntesten ist vielleicht der Künstler und Performance-Philosoph Bazon Brock, der dieses par excellence in seinen Darbietungen immer wieder vorgeführt hat – vgl. z.B. <http://www.bazonbrock.de/werke/detail/?id=1727> zur Ausstellung ‚Strategien der Meisterschaft‘ im Jahr 1998 in Berlin.

nicht mehr. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin ihre Selbstwirksamkeit vollständig genommen. Mit der Entmachtung der Beschwerdeführerin als Person ist ihre Umwandlung zum Instrument erfolgt.

Die Vervielfältigung von unveröffentlichten Werkentwürfen ist ein untaugliches Mittel in untauglicher Absicht am untauglichen Objekt und an einer untauglichen Person nach Maßgabe des grundrechtlichen Kunstschutzes.

Es liegt ein Eingriff vor, der in seiner Absicht und Wirkweise staatlichen Eingriffen vergleichbar ist, die es besonders

- in literarisches Werkschaffen im 19. Jhd. und
- in bildnerisches Werkschaffen in der ersten Hälfte des 20. Jhdts. gegeben hat,

weil das Kollektiv den/die Künstler/in selbstverständlich als verlängerten Arm und Instrument seiner ästhetischen Projektionen normativ einsetzen wollte.

Mit der Vervielfältigung des unveröffentlichten Werkentwurfes und dem vermeintlichen Recht dazu werden normative Werte gesetzt, die den/die Künstler/in seiner/ihrer Position vollständig entheben. Man kann und darf so verfahren. Das hat der vorliegende Rechtsstreit auch gezeigt. Erhalten Personen, wie der Beschwerdegegner, Gelegenheit, wie durch das konkrete Verfahren, werden sie den vervielfältigten Werkentwurf gegen die/den Künstler/in wenden. Geht es nicht um einen Urheberstreit, so steht einem Nutzer das Instrumentarium des § 45 UrhG zur Seite. Das ist der Beschwerdeführerin bereits widerfahren⁶.

3.

Die Frage der Authentizität und des Integritätsinteresses der Beschwerdeführerin ist im Urteil des Bundesgerichtshofes nur unter Verneinung eines Eingriffs in das Entstellungsverbot angesprochen worden. Sie ist jedoch für die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen von zentraler Bedeutung, und zwar

- im Hinblick auf den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekt der künstlerischen Identität und Authentizität,
- im Hinblick auf den diskriminatorischen Aspekt von Eingriffen durch fremde Wertsetzungen in einen künstlerischen Plan bzw. die Intention und Funktionsbestimmung der künstlerischen Betätigung und
- im Hinblick auf die Diskriminierung der Kommunikationsinteressen aller potentiell Beteiligten.

⁶ Der Beschwerdeführerin ist dies bereits in den Jahren 1992-1994 widerfahren, als ihr geschiedener Ehemann in einem Verfahren um nahehelichen Unterhalt den Entwurf der Satire „Mein täglich Brot als kunst- und kulturschaffender Mensch“ aus dem Jahr 1974 (VB 7) zum 1:1-Nachweis einer Unterhaltsneurose vorlegte und bewirkte, dass dieser Entwurf zur Grundlage der gerichtlichen Anordnung einer psychiatrischen Untersuchung der Beschwerdeführerin gemacht wurde: AG Seligenstadt, Urteil vom 9.8.1993, Az.: 1 F 277/90; OLG Frankfurt, Urteil vom 21.4.1994, Az.: 1 UF 182/93. Landgericht und Oberlandesgericht Frankfurt sahen dies in einem späteren Schadensersatzprozess als rechtens an: LG Ffm, Urteil vom 16.7.1998, Az.: 2/3 O 182/97; OLG Ffm, Urteil vom 20.4.1999, Az.: 11 U 38/98.

a.

Das Authentizitäts- und Integritätsinteresse ist an erster Stelle ein Thema des Identitäts- und Individualitätsschutzes der Künstlerpersönlichkeit.

Die Authentizität ist die Voraussetzung für die Geltung des künstlerischen Individuums in seiner wahren Identität.

Bereits in der Berufungsbegründung ist zu den Voraussetzungen der Entwicklung einer Identität ausgeführt worden. Dazu gehört, dass es ohne Zweifel zu jeder menschenwürdigen Entfaltung der eigenen Persönlichkeit und somit auch der künstlerischen Urheberpersönlichkeit gehört, ungestört probehandeln zu dürfen, ohne sich extrinsischen Vorgaben und Kontrollen stellen zu müssen, also Entwurfszeichnungen und Manuskripte „auf dem Küchentisch“ unbeeinträchtigt liegen lassen zu dürfen. Bloßstellungen, die mit fremden Zugriffen in die geistige Intim- und Privatsphäre unvermeidlich verbunden sind, gelten in unserer Gesellschaft als Gewaltakte.

Das zeigen sog. Spanner, die beobachten, obgleich sie nicht zur Beobachtung eingeladen worden sind. In ganz extremer Ausgestaltung waren derartige Bloßstellungen auf den Fotoaufnahmen aus Abu Graibh zu sehen, durch die wir nachempfinden können, wie amerikanische Soldaten entblößte Menschen auf Haufen stapelten und sie den Angriffen bissiger Hunde aussetzten.

Die Frage, ‚was, das soll Kunst sein?‘, wie sie der Beschwerdegegner während des Rechtsstreites gestellt hat, war Gewalt gegen ein Probehandeln im künstlerischen Intim- und Privatbereich, weil er sich über seine Nachbarin, die 90-jährige, auf einem Auge vollständig erblindete, alte Dame, den Zugang erschlichen hatte.

Mit dem Authentizitäts- und Integritätsinteresse der Beschwerdeführerin verbunden ist neben der künstlerischen Identität die kulturelle, künstlerische Ehre. Auch dazu ist in den Schriftsätzen der Berufungsinstanz bereits vorgetragen worden.

So, „wie der/die Künstler/in sich gegen nachträgliche Änderungen seines/ihrer vollendeten Werkes zur Wehr setzen darf, muss es ihm auch überlassen bleiben, dieses überhaupt erst zu definieren“⁷.

Erst dann, wenn ein/e Künstler/in sein/ihr Werk für vollendet erklärt, wird daraus ein ‚vervielfältigungsreifes Werk‘. „Bis dahin muss es ihr/ihm überlassen sein, alle unveröffentlichten Werke zu vernichten, um der Nachwelt das Werk nur in seiner vollendeten Form zu hinterlassen.

Weder das Gemeinwohlinteresse noch der Gutgläubensschutz legitimieren hier einen Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht zur privaten Vervielfältigung zu Konsumzwecken“⁸.

Das Authentizitäts- und Integritätsinteresse der Urheberpersönlichkeit ist ein

⁷ So schon Thum, Private Vervielfältigung unveröffentlichter Werke, GRUR-Prax 2013, 231.

⁸ Thum, a.a.O. [Fn 7].

Ausfluss des notwendigen Respektes vor der Urheberidentität. Die Urheberidentität ist lediglich eine speziell geformte Persönlichkeit und deshalb im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch den allgemeinen Persönlichkeitsschutz beanspruchen können. Ohne Respekt vor der Urheberpersönlichkeit gibt es keine Autorität und Meisterschaft zugunsten der kulturellen Bildung der Gemeinschaft. Zum Respekt gehört aber auch die Kommunikation, die Rückversicherung über den Willen des/r Urhebers/in, also das Nachfragen, ob etwas bereits als ‚fertig‘ bzw. als ‚vollendet‘ zu betrachten ist und vervielfältigt werden darf, sofern noch kein Übereinkommen darüber besteht, dass das Werkstück bereits als veröffentlicht und der gesellschaftlichen Kultur überantwortet anzusehen ist.

Ohne Versicherung über den Willen eines Urhebers zu Entwürfen und unvollendeten, unveröffentlichten Werken liegt eine Art von umgekehrtem Kolonialismus gegenüber der Schöpferin vor, eine Herrschaftsbeziehung eines Nutzers oder einer Mehrheit von Nutzern gegenüber der Minderheit von Künstlerinnen, d.h. eine Beziehung, in der die zentralen Entscheidungen über Leben und Arbeit der Minderheit durch eine kulturell vollständig verschiedene Wertsetzung der Mehrheit getroffen wird.

Die Künstlerin wird contra definitione im demokratischen Kulturstaat in eine bedienende, untergeordnete Funktion gezwungen und damit entpersonalisiert, als Instrument nutzbar gemacht.

Hinsichtlich des vermögenswerten Anteils von Werkschöpfungen kommt es gar nicht erst zu Vertragsverhandlungen, wie sie unter dem Aspekt der Vertragsautonomie normalerweise von demjenigen ausgehen, der etwas haben will. Stattdessen wird selbstverständlich angenommen, dass sämtliche Arbeiten und Kosten zulasten der/die Künstler/innen gehen und Partikularinteressen vergütungsfrei bedient werden.

Widerstand seitens der Künstlerin führt immer zum gleichen Aggressionsmuster. Die Künstlerin wird angegriffen. Ihr wird die Künstlerschaft abgesprochen. Ihr wird Deutungshoheit über die künstlerische Absicht und die Definitionshoheit über das eigene Werk aberkannt. Aus Opportunismus wird die Arbeit als wert- und qualitätslos eingestuft, obgleich sie zuvor als faszinierend und interessant erlebt wurde, so dass sie zu einer Vervielfältigung ohne Zustimmung der Urheberin reizte. Anlass der Abwertung ist allein Profitgier. Maßstab sind nicht künstlerische Kategorien der betroffenen Gattung. Zur Rechtfertigung des passiv-aggressiven Handelns wird die Gattung der gewerblichen Auftragsfotografie bemüht, z.B. für biometrische Passfotos, also eines vollständig anderen Berufszweiges.

Der Kulturausdruck der Künstlerinnen wird gezielt verleugnet.

b.

Derjenige, der eine Privatkopie vom unveröffentlichten Werkentwurf macht, denkt nicht und kann nicht an die Potenz, die in dem Entwurf steckt, denken.

Diejenigen, die nicht lesen und die nicht schreiben können, sind nicht in der Lage, sich eine Welt der Lesenden und Schreibenden vorzustellen.

Mit der zulässigen Privatkopie des unveröffentlichten Werkentwurfs wird das

Nichtdenken und Nichtdenkenkönnen, das Sich-Nicht-Vorstellen-Können zur gesellschaftlichen Norm erhoben und dem Lesenden und Schreibenden übergestülpt. Diese Normsetzung beschränkt.

Die freie Entfaltung der Potenz im Entwurf wird durch die Normsetzung der Nichtlesen- und Nichtschreiben-Könnenden unterdrückt.

Wenn die Nichtlesen- und Nichtschreiben-Könnenden den Ton angeben, dann ist das eine Umkehrung unserer geltenden Kulturordnung. Das Werkpotential hat keinerlei Einfluss mehr. Die Funktionen von Gestaltungsmöglichkeiten laufen leer. Potential, das über das Denken der Mehrheit hinausgeht, wird aufgrund des Gewichtes der Mehrheit bedeutungslos gemacht und damit diskriminiert.

Es handelt sich um einen alltäglichen Vorgang in der Kulturgeschichte, von Galileo Galilei bis Mao und darüber hinaus. Was im Großen geschieht, geschieht auch im Kleinen.

Hiergegen sieht das Grundgesetz einen Minderheitenschutz vor, einen Schutz von Intellektuellen, die mehr sehen, mehr hören und mehr lesen und schreiben können als die breite Mehrheit.

4.

Die Funktionen von Kunst im Allgemeinen, d.h. von Entitäten, die Vorkommnisse von Kunst sind, und von Werken der bildenden Kunst bzw. von bildnerischen Portraitwerken im Besonderen knüpfen zunächst an die Bestimmung des Kunstwerkes als eines Artefaktums an, über dessen Kunststatus ein weitreichender intersubjektiver Konsens besteht.

So hat ein Kunstwerk im Sinne der philosophischen Ästhetik genau dann eine bestimmte Kunstfunktion, wenn entweder der/die Urheber/in bei der Erschaffung des Werkes oder ein Rezipient bei der Rezeption des Werkes diese Funktion intendiert und das Kunstwerk die Funktion tatsächlich erfüllt oder prinzipiell erfüllen könnte⁹.

Der Konsument des Kunstwerkes fällt aus dieser Bestimmung bereits von vorneherein heraus. Denn er rezipiert nicht, ist nicht Rezipient, sucht sich nicht mit den Wahrnehmungen und Reflexionen der Urheberin nachvollziehend anzunähern⁹.

Die vorgenannte Bestimmung des Kunstwerkes zeigt, dass die klassische Aufzählung von vier Funktionen der Kunst, der religiösen, der politischen, der ästhetischen und der abbildenden Funktion, viel zu kurz greift. Der/die Künstler/in können viele weitere Funktionen bestimmen, ebenso der/die Rezipient/in.

Als die wichtigste Funktion wird einhellig immer wieder die Funktion erkannt, „eine bestimmte ästhetische Erfahrung hervorzurufen, die sich von der ästhetischen Erfahrung, die andere Sinnesdinge hervorrufen, in spezieller Weise unterscheidet“. Diese Funktion, die der emotiven Funktion eines Werkes sehr nahe ist, ist dazu

⁹ Vgl. in diesem Sinne stellvertretend für viele Amrei Bahr, Funktionen der Kunst, in: Bockhorst/Reinwand/Zacharias, Handbuch Kulturelle Bildung, München 2012, jetzt auch nachzulesen auf Kulturelle Bildung >> Online = www.kubi-online.de.

geeignet in ein Verstehen einzumünden¹⁰.

Gerade Portratarbeiten erfüllen in breitem Maße eine informativ-dokumentarische Funktion, über Vorlieben einer Zeit, in Haltung, Kleidung und Lebensumständen, aber auch – in der Kunstwelt – für künstlerische Stile, Praktiken und Innovationen.

Eine breite Funktion von Werken bildender Kunst ist darüber hinaus ihre Expressions- und Kommunikationsfunktion im Kontext kultureller Bildung durch ein Medium, das Mitteilungen erlaubt, die auf literarischer oder musikalischer Ebene nicht möglich sind. Kein anderes Medium kann, wie Bildnisse und Bilder, die verschiedenen Zeiten Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft gleichzeitig darstellen.

Kunst hat überdies erhebliche kognitive Funktionen, also erkenntnisgenerierende Funktionen sowohl auf Seiten des/r Urhebers/in als auch der Rezipienten, die von anderen methodischen Ansätzen, z.B. den Wissenschaften, nicht geleistet werden können. Bilder können eine durch nichts vorbereitete Erfahrung vermitteln. Sowohl der Urheber als auch der Rezipient sind mit der Überwältigung der unmittelbaren Erfahrung konfrontiert. Sie haben das überwältigende Erlebnis nicht unter Kontrolle. Profanes Beispiel: das bin ja ich, das ist ja unsere Straße etc. In der Überwältigung liegt die Faszination. Nicht ohne Grund steht die Kunst in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gleichwertig in einer Reihe mit der Wissenschaft.

Nähme man an, die Kunst bzw. die künstlerische Betätigung, die durch die Kunstfreiheit zu schützen ist, habe keinerlei Funktion, ließe sich ihr Schutzanspruch nicht mehr einsichtig machen.

In den Ausführungen des Bundesgerichtshofes im angegriffenen Urteil fehlt jede Auseinandersetzung mit den schutzwürdigen Funktionen von künstlerischen Werkschöpfungen und ihre Bedrohung durch ein unerwünschtes, fremdes Eingreifen in den Schöpfungsprozess im Wege der Vervielfältigung.

Die verschiedenen vorgenannten Funktionen auf Urheberseite, besonders die seitens freier Künstler/innen individuell bestimmten Funktionen werden mit der Vervielfältigung von Werkentwürfen und unvollendeten unveröffentlichten Werken ohne Zustimmung der Urheber null und nichtig gestellt. Die Erlaubnis der Privatkopie vom unveröffentlichten Werkentwurf tastet die vom Künstler gesetzten Funktionen unmittelbar an und damit den Kerngehalt der Kunstfreiheit. Die Überwältigung durch ein Bild bewirkt, dass es nie wieder eine Überraschung sein wird und nie mehr gemeinsam mit dem Urheber gefeiert werden kann. Der Künstler hat nie mehr etwas zu bieten. Er kann sein Werk nicht feierlich in einem Ritual – gleich einer Eröffnungsfeier – enthüllen. Die sinnstiftende kommunikative Funktion des gesellschaftlichen Ereignisses entfällt.

5.

Hinter der verfassungsrechtlichen Garantie der Kunstfreiheit steht eine Geschichte wiederkehrender Kunstverbote oder Künstlerverfolgungen¹¹. Der herrschafts-

¹⁰ Vgl z.B. Reinhold Schmücker, Was ist Kunst? Eine Grundlegung, München 1998, S. 23 ff.

¹¹ Vgl. i.d.S. Ingolf Pernice, in: Dreier, GG, 2010, Art. III (Kunst), Rn 2 m.w.Nw.

funktionalen Kunstpolitik des totalitären Staates im ‚Dritten Reich‘¹² folgte bis in die 1980er Jahre eine freiheitsorientierte, die bildende Kunst in ihrer kritischen Dimension für die Entwicklung der freiheitlichen Gesellschaft anerkennende Haltung. Mit ihr einher ging breite intellektuelle Kritik an jedweden Eingriffen staatlicher und privater Instanzen in die schöpferische Freiheit des/r einzelnen Künstlers/in. Inzwischen wird das Kulturleben ganz massiv von Wirtschaftsinteressen beherrscht. Die herrschaftsfunktionale Kunstpolitik des totalitären Staates hat sich gewandelt. Herrschaftsbeziehungen wünscht sich jetzt jedermann zu haben. Der private Nutzer ist im Rahmen dieser Herrschaftsbeziehung auf eine egoistische Ausbeutung des einzelnen Kreativen aus.

6.

Der vom Bundesgerichtshof argumentativ eingebrachte Wille des Gesetzgebers und das vom Bundesgerichtshof ins Feld geführte Gesetzgebungsverfahren können – entgegen dem Bundesgerichtshof – nicht lediglich mit Blick auf die neuen digitalen Verfahren beachtlich sein. Es muss darüber hinaus beachtet werden,

- inwieweit sich der Gesetzgeber in der Vergangenheit überhaupt mit den Besonderheiten, die bildende Künstler/innen bzw. ihre Werke betreffen, befasst hat;
- inwieweit sich der Gesetzgeber mit der Frage des Eingriffs in das Urheberpersönlichkeitsrecht durch die Erlaubnis der Privatkopie befasst hat;
- inwieweit sich der Gesetzgeber mit der Frage der Enteignung bildender Künstler/innen aufgrund der Eigenart und Bedeutung ihrer Werke durch die Privatkopie befasst hat;
- inwieweit sich der Gesetzgeber mit der Frage befasst hat, ob die Privatkopie vom unvollendeten und unveröffentlichten Werk womöglich die Kunstfreiheit in ihrem Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG) antastet.

Zu keinem dieser Aspekte hat der Bundesgerichtshof im angegriffenen Urteil Ausführungen gemacht.

Der Urheberrechtsgesetzgeber hat sich tatsächlich bis heute in keinem der sog. Körbe zur Reform des Urheberrechts mit den Rechten der bildenden Künstler/innen dezidiert befasst.

Zulässigkeit, Umfang und Bedeutung der digitalen Privatkopie waren bereits anlässlich der Urheberrechtsreform 2003 – der „Erste Korb“ – umstritten¹³.

Im sog. zweiten Korb war die Privatkopie ein wichtiges Thema. ihre Zulässigkeit war, unabhängig von der digitalen Privatkopie, auch hier umstritten und ist es bis

¹² Dazu m.w.Nw. Ingolf, Pernice, a.a.O. [Fn 11], Rn 3.

¹³ Vgl. Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft; <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/anhoerung.php3> mit einem Protokoll der Anhörung – dort besonders Bodo Schwarz vom ZVDF mit seiner Ablehnung von § 53 UrhG, Dr. Sprang gegen die digitale Kopie und Prof. Schwarz für film 20 und SPIO zur Verhinderbarkeit der digitalen Kopie.

heute. Sie ist letztlich nur erlaubt worden, weil ein Verbot mangels Kontrollierbarkeit des privaten Handelns als schlichtweg nicht durchsetzbar angesehen worden ist¹⁴. Die Kontrollmöglichkeiten bildender Künstler/innen sind nicht bedacht worden.

Es wird eine Abgabe auf Kopiergeräte und Träger gezahlt, die aber ausschließlich die sog. Massengeschäfte der populären Musik- und Filmbranche und schon weniger der Literaturbranche interessieren können. Die Interessen von Schöpfern kleiner Auflagen oder gar von Unikaten werden in der Abgabe auf Kopiergeräte und Träger überhaupt nicht erfasst. Erst recht wurden die Interessen der Schöpfer bedeutender Kulturwerke bis hin zu Meisterwerken ignoriert, deren Erschaffung oftmals Monate und Jahre andauert. Ein paar Cent als Ausgleich für die Privatkopie des hochrangigen Werkes der bildenden Kunst stellt sich lediglich als systematische Diskriminierung des/r bildnerisch arbeitenden Urhebers/in dar.

In der Erlaubnis der Privatkopie von Werken, die typischerweise nur als Unikate verwertet werden, liegt eine weitestgehende Geringschätzung des Herstellungsprozesses und der dazu eingesetzten komplexen Ressourcen. Die soziale Gerechtigkeit, die nicht nur omnikulturelle Bedeutung hat, sondern von den Mitgliedern einer Gesellschaft einander auch geschuldet ist¹⁵, ist bei der einseitigen Bevorzugung von Nutzern unter vollständiger Entehrung und Geringschätzung des/r Schöpfers/in in keiner Weise bedacht worden.

Bereits im Jahr 2009¹⁶ hatte das Bundesverfassungsgericht Anlaß sich mit § 53 Abs. 1 UrhG zu befassen. Allerdings waren es Vertreter der Musikindustrie, die gegen die seit dem 1.1.2008 geltende Fassung Verfassungsbeschwerde erhoben hatten, und zwar wegen Unvereinbarkeit der Vorschrift mit Art. 14 GG, soweit sie digitale Privatkopien ohne hinreichende Einschränkungen für zulässig erkläre. Die Verfassungsbeschwerde wurde aus formalen Gründen nicht zur Entscheidung angenommen. Die angegriffene Vorschrift bestand bei Erhebung der Beschwerde bereits länger als ein Jahr. Der Gesetzgeber hatte in Umsetzung der sog. Informations-Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 klargestellt, dass § 53 Abs. 1 UrhG auch für digitale Privatkopien gilt¹⁷.

Bei der nicht kontrollierbaren Privatkopie war die Privatkopie des bereits veröffentlichten Werkes gemeint, die ihrer Natur nach allein die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften in Gang setzen kann, nicht die Privatkopie unveröffentlichter Werkentwürfe, die ohne Zustimmung eines/r Urhebers/in in den Besitz des zum Eigengebrauch vervielfältigenden Nutzers gelangt sind.

Der „Zweite Korb“ befasste sich hauptsächlich mit den Auswirkungen der Privatkopie für die Musikwirtschaft, nicht für die bildenden Künstler/innen, denen kein einziger Wirtschaftszweig zur Seite steht. Der Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ zur Umsetzung der Europäischen Informations-Richtlinie zeigt¹⁸, dass in der gegenwärtigen Fassung von § 53 Abs. 1

¹⁴ Vgl. dazu Reto Hilty, Jetzt drohen neue Probleme, in: Frankfurter Rundschau vom 6.10.2003, S. 10.

¹⁵ Vgl. dazu Otfried Höffe, Soziale Gerechtigkeit ist mehr als Fürsorge, in: FAZ, Nr. 118, 24. Mai 2013. S. 12.

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 7.10.2009, Az.: 1 BvR 3479/08.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 7.10.2009, Az.: 1 BvR 3479/08, zu I.1. m.Hw. auf BT-Drs. 15/38. S. 1, 20, und zu II.2.a) und b).

¹⁸ BT-Drs. 16/7000 – vom 11.12.2007 – S. 261, 263 f..

UrhG vor allem File-Sharing-Systeme im Fokus standen. Die prekäre Lage bildender Künstler/innen und ihre faktisch vollständige Schutzlosigkeit durch das geltende Urheberrecht ist in diesem Bericht zwar deutlich thematisiert worden. Es wurden jedoch keine Konsequenzen gezogen.

Die Umsonstkultur ist immerhin kritisiert¹⁹ und eine Reform der Privatkopie gefordert worden²⁰.

Die besondere Problematik der digitalen Vervielfältigung eskaliert im Bereich der bildenden Kunst, wo nur Unikate geschaffen und zur Verwertung angeboten werden. Für die Vervielfältigung von Unikaten gibt es keine angemessene Beteiligung über die Geräteabgabe, wie unten zu **7.** ausgeführt werden soll.

Im Fall der digitalen Malerei, die im Wege des Scannens und des Abspeicherns tatsächlich 1:1 vervielfältigt werden kann, ihrer Art nach tatsächlich aber lediglich zur Verwertung als Unikat bestimmt und geeignet ist, eskaliert die Vergütungsfreiheit der Privatkopie im Bereich des größten Teils der bildenden Kunst zur vollständigen Enteignung. Hier hat ein Nutzer im Wege des Scannens anders als bei einem Ölgemälde, einem Aquarell oder einer Pastellzeichnung, bei denen es noch auf Pastosität u.dgl. für den dreidimensionalen Bildeindruck ankommt, die vollständige Datei in Händen. Er hat keinen Anreiz mehr, das Original zu erwerben.

Kommt es im privaten Bereich zu weiteren Vervielfältigungen etwa im Wege des E-Mail-Versandes, mag zwar von dem ursprünglichen Nutzer aus gesehen eine Veröffentlichung oder Verbreitung nicht beabsichtigt sein. Tatsächlich ist dies aber von ihm nicht zu kontrollieren. Die Verbreitung im digitalen Netz ohne Zustimmung des/r Künstlers/in ist unkontrollierbar und unvermeidlich²¹.

7.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes gibt es keinen Vergütungsanspruch für unvollendete und unveröffentlichte Werke und lässt sich ein solcher weder inhaltlich noch organisatorisch im Einklang mit den Grundrechten darstellen.

Informatorisch wird dazu vorsorglich ein Schreiben der Justitiarin der VG Bild-Kunst vom 7.4.2014 in Abschrift vorgelegt (**Vb 6**), aus dem die Position der VG Bild-Kunst sehr deutlich hervorgeht.

¹⁹ Brigitte Zypries, in: der Zeitung des Deutschen Kulturrates *politik und kultur* Nr. 03/06, S. 14 und 15

²⁰ Ferdinand Melichar, in: <http://www.kulturrat.de/dokumente/puk2006/puk03-06.pdf>.

²¹ Heimo Schack, Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung, ZUM 2002, 497 ff. [500] hat bereits frühzeitig vor den immer bedrohlicheren Ausmaßen der privaten Kopiertätigkeit gewarnt, die die normale Auswertung des Werkes massiv beeinträchtigt. Er hat die teleologische Reduktion von § 53 UrhG gefordert; davor schon hat Herta Däubler-Gmelin, Private Vervielfältigungen unter dem Vorzeichen digitaler Technik, ZUM 1999, 769 [772 ff], gefordert, dass die gebotene Interessensabwägung für jede Fallkonstellation und Technik gesondert durchgeführt wird, da schon damals Minderheitenkulturen zulasten der kulturellen Vielfalt im wohlverstandenen Interesse der Allgemeinheit durch das Vergütungsnetz gefallen sind.

Frau Dr. Schierholz hat in diesem Schreiben ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin wegen der streitgegenständlichen Vervielfältigungen „aus praktischen Verteilungsgründen“ nicht an der Privatkopienvergütung (Verteilungsplan 6 Kopiervergütung und Verteilungsplan 7 Reprövergütung digital) beteiligt werden kann.

Zur Begründung hat sie angeführt, dass nur solche Werke angemeldet werden können, die tatsächlich veröffentlicht wurden.

Grund hierfür sei, dass die Erfassung der tatsächlichen Nutzungsvorgänge im Bereich der Privatkopie und der Reprövergütung (analog und digital) unmöglich ist.

Deshalb werde von seiten der VG Bild-Kunst die *objektive Verfügbarkeit* als Verteilungskriterium herangezogen. Hierbei könnten auch nur Werke berücksichtigt werden, die tatsächlich bereits veröffentlicht worden seien.

Als weiteres Kriterium wird die Auflage herangezogen. Bei Büchern ist es z.B. eine Auflage von 250 Stück. Nur dann werde davon ausgegangen und könnte davon ausgegangen werden, dass die Werke in nennenswertem Umfang kopiert werden konnten.

Einzelne Kopien werden grundsätzlich nicht berücksichtigt.

Zur Untermauerung ihrer Auffassung hat sich Frau Dr. Schierholz für die VG Bild-Kunst auf das Urteil des OLG München vom 16.5.2002, Az.: 6 U 3722/01²² zum Willkürverbot und einer Angemessenheitskontrolle für den Verteilungsplan der VG Wort berufen.

Um dem Urteil des Bundesgerichtshofes gerecht zu werden, hätte die Klägerin folglich zunächst die VG Bild-Kunst auf Annahme ihrer Anmeldung und Beteiligung an der Privatkopienvergütung verklagen müssen, freilich ohne Erfolgsaussicht, wie sich aus den Überlegungen des OLG München zur Bestimmbarkeit einer angemessenen Vergütung im Massengeschäft ergibt. Der Bundesgerichtshof hat die Künstlerin hiernach also diskriminierend auf eine Narretei verpflichtet.

Selbst, wenn sie mit einer solchen Klage obsiegen würde, wäre für sie nichts gewonnen, weil die Vergütung, an der die Klägerin beteiligt werden könnte, die Anforderungen an eine angemessene Beteiligung für Unikate im Sinne von Art. 14 GG nicht erfüllen würde.

Von der organisatorischen Seite abgesehen würde die Wahrnehmung von

²² OLG München, Urteil vom 16.5.2002, Az.: 6 U 3722/01, ZUM 2002, 747, Leitsatz: Die im Verteilungsplan (Fotokopiergebühren) einer Wahrnehmungsgesellschaft enthaltene Regelung, wonach eine Ausschüttung an den Verfasser nur für solche Beiträge zu Fachzeitschriften vorgesehen ist, die einen bestimmten Mindestumfang (hier 2 Schreibmaschinenseiten) erreichen, ist dann nicht als unangemessene, willkürliche Regelung i. S. d. §§ 6, 7 UrhWG anzusehen, wenn eine Ausschüttung auch für kürzere Beiträge auf der Grundlage des Verhältnisses zwischen Kostenansatz und Ausschüttungsbetrag aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht mehr vertretbar ist. Tatbestand: Die Parteien streiten um die Frage, ob § 10 Nr. 4 Satz 1 des Verteilungsplans Fotokopiergebühren (§ URHG § 54 Abs. URHG § 54 Absatz 2 UrhG) der Beklagten (VG Wort) – Abteilung Wissenschaft – als unangemessene, willkürliche Regelung im Sinne der §§ WAHRNG § 6 Abs. WAHRNG § 6 Absatz 1 Satz 1, ...

Vergütungsansprüchen für unvollendete und unveröffentlichte Werke der bildenden Kunst ein umfassendes Kontrollsystem der absolut geschützten Werkbereiche bildender Künstler/innen begründen.

a.

Organisatorisch muss ein Vergütungsanspruch zu Werken, die ihrer Art nach als Unikat verwertet werden, an der fehlenden Möglichkeit zum Marktabgleich scheitern, aber auch an der fehlenden Möglichkeit, die verschiedenen Stadien der Werkentwicklung vergütungsrechtlich angemessen einzuordnen. Die Verwertungsgesellschaften haben die Aufgabe ‚Tarife‘, also Verträge für Leistungen in sog. Gesamtverträgen aufzustellen.

Der Begriff ‚Tarif‘, der aus dem Arabischen stammt, und ethymologisch so viel wie Bekanntmachung oder Preisliste heißt, macht per se zwar noch nicht deutlich, dass es um Preise für Massenleistungen geht. Der Begriff ist jedoch ausschließlich im ökonomischen Kontext in Gebrauch, in dem es nicht um individuelle Leistungen, wie einen einzelnen Werkentwurf oder ein vollendetes Unikat geht, das im Verhältnis zu anderen Werken schlechterdings nicht vergleichbar ist, sondern um industrielle Leistungen, deren Nutzung durch das Kollektiv bestimmten Bedingungen unterstellt wird, wie es bei einem Tarif, einem Bahntarif, einem Zollltarif oder einem Einkommensteuertarif der Fall ist. Michelangelos berühmte Zeichnungen – es waren Entwürfe für die Sixtinische Kapelle in Rom – hätten keine Chance.

Individuelle Vorgänge lassen sich schlechterdings nicht in einem ‚Tarif‘ bestimmen.

b.

Eine zentrale Bestimmung von Tarifen für Privatkopien von unvollendeten und unveröffentlichten Werken der bildenden Kunst der Hochkultur würde ein umfassendes, ökonomisch begründetes Kontrollrecht der VG Bild-Kunst hinsichtlich der Werkbereiche der freischaffenden Künstler erfordern. Die VG Bild-Kunst als ‚Super-Kontrollorgan‘ der ökonomischen Verhältnisse einschließlich zeitlichen und materiellen Aufwendungen freischaffender bildender Künstler/innen liefe auf eine kunstfeindliche, aller kunstspezifischer Lebensgestaltung freischaffender bildender Künstler/innen der Hochkultur zuwider wirkenden Bürokratisierung des künstlerischen Alltags mit Rechtfertigungsdruck hinaus. Abgesehen von den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen ein solches umfassendes Kontrollrecht irgendeiner staatlichen oder staatlichen legitimierten Einrichtung würde das Kontrollrecht Energien der künstlerischen Arbeit binden und Ressourcen verbrauchend – mit der Ökonomisierung – einen Themenwechsel bedingen, der sich gegen die Funktion der Kunstfreiheit im demokratischen Kulturstaat wendet.

c.

Eine angemessene Vergütung für Privatkopien von Unikaten, die hiernach faktisch nicht mehr verwertbar sind, muss kompensatorisch mindestens diejenigen energetischen und materiellen Aufwendungen für die Erschaffung des Entwurfs

ersetzen, die infolge des Eingriffs in die künstlerische Funktionsbestimmung frustriert worden sind. Darüber hinaus ist ein Ersatz des immateriellen Schadens hinsichtlich der Authentizitäts-, Individualitäts- und Integritätspotenz zu schaffen.

Eine Verwertungsgesellschaft hat nicht die Ausstattung an Personal und Fachkenntnis, die erforderlich wäre, um angemessene Vergütungen für Privatkopien in Werkkategorien zu bestimmen, die ihrer Natur nach keine Massenvorgänge sind, weil sie ihrer Art nach nur als Unikat oder in kleinster Auflage verwertet werden, wie im streitgegenständlichen Fall die freien Portratarbeiten der Beschwerdeführerin. Nach einer Privatkopie durch das Bildpersonal sind sie erfahrungsgemäß faktisch zu Lebzeiten des/r Urhebers/in nicht mehr zu verwerten. Im konkreten Fall gilt dies besonders angesichts des Umstandes, dass die Entwürfe durch den Rechtsstreit mit dem Beschwerdegegner ‚verbrannt‘ sind.

Die vorhandenen Tarife der VG Bild-Kunst lassen – im Falle einer analogen Anwendung – eine solche Kompensation in keiner Weise erkennen.

d.

Da der Bundesgerichtshof der zuständigen Verwertungsgesellschaft eine Wahrnehmungsverpflichtung auch für eine angemessene Beteiligung für unveröffentlichte Werkentwürfe zugewiesen hat, muss der Blick auch auf die Geschichte und Aufgabenstellung der Verwertungsgesellschaften gelenkt werden.

Die Verwertungsgesellschaften wurden unter freischaffenden bildenden Künstler/innen in früheren Jahren – wegen der kollektiven Rechtswahrnehmung und ihrer Zwangsmitgliedschaft – bereits als problematische Nachfolgeorganisation der von der NS-Ideologie geprägten Reichskulturkammern²³ kritisiert. Bildende Künstler/innen hatten ab 1933 Mitglied der Reichskammer der bildenden Künstler zu sein, wollten sie Kulturgüter erzeugen und der Öffentlichkeit mitteilen²⁴. Die Aufnahme in eine Einzelkammer konnte abgelehnt werden. Mitglieder konnten ausgeschlossen werden, wenn „Tatsachen“ vorlagen, aus denen sich ergab, „dass die in Frage kommende Person die für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit und Eignung nicht besitzt“²⁵. Bei der Reichskulturkammer wurde ein Kultursenat errichtet, in den „vom Präsidenten hervorragende, um Volk und Kultur verdiente Persönlichkeiten“ berufen wurden²⁶. Während der Zeit des Nationalsozialismus’ waren es gerade bildende Künstler/innen, denen die Werkfreiheit genommen wurde und die wegen fehlender Linientreue öffentlich diffamiert und an den Pranger gestellt wurden. Die Propaganda-Ausstellung ‚Entartete Kunst‘ in München im Jahr 1937²⁷ ist nur eines der gravierendsten

²³ Die Reichskulturkammern wurden durch das Reichskulturkammergesetz vom 22. September 1933, RGBl. I, 661 f. eingeführt. Mit der Verordnung über die Aufgaben des Reichsministeriums für Volksaufklärung und Propaganda vom 30. Juni 1933, RGBl. I, 449 wurden diesem bereits die Angelegenheiten der Kunst überwiesen.

²⁴ § 4 Erste Verordnung zur Durchführung des Reichskulturkammergesetzes vom 1. November 1933, RGBl. I, 797.

²⁵ § 10 Erste Verordnung zur Durchführung des Reichskulturkammergesetzes vom 1. November 1933, RGBl. I, 798.

²⁶ § 12 Erste Verordnung zur Durchführung des Reichskulturkammergesetzes vom 1. November 1933, RGBl. I, 798.

²⁷ Vgl. dazu z.B. <http://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/141166/vor-75-jahren-ausstellung-entartete->

Beispiele von Verfolgung und Ausgrenzung²⁸.

Mitnichten sahen die folglich aus guten Gründen kritischen freischaffenden bildenden Künstler/innen der Hochkultur in der jungen Bundesrepublik nach diesen Erfahrungen in der Schaffung von Verwertungsgesellschaften eine kulturpolitische Leistung, wie sie auf Nutzerseite bis heute immer wieder ins Feld geführt wird. Sie können, soweit sie aufgrund der geringen Öffentlichkeitsarbeit der VG Bild-Kunst überhaupt von ihr Kenntnis haben, bis heute nicht von einer kulturpolitischen Leistung überzeugt sein. Denn ihre Interessen finden keine Beachtung.

In der gegenwärtigen Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst sind freischaffende bildende Künstler/innen der Hochkultur in der absoluten Minderzahl, obgleich über viele Jahre ein Funktionär aus dem Bereich der bildenden Kunst (BBK) an ihrer Verwaltungsspitze stand.

Die VG Bild-Kunst als jüngste Verwertungsgesellschaft überhaupt ist als Verein bildender Künstler erst im Jahr 1968 eingerichtet worden und nicht wirklich zugkräftig geworden, bis im Jahr 1974 andere Bildurheber wie Illustratoren, Fotografen und Grafikdesigner, im Jahr 1982 Filmurheber und Filmproduzenten und im Jahr 1985 Szenenbildner, Kostümbildner und Filmarchitekten hinzukamen, allesamt überwiegend Urheber aus dem Bereich der angewandten Künste.

Heute wird eine Diskussion darüber geführt, ob die Verwertungsgesellschaften eher zur Kultur oder eher zum Kommerz zu zählen sind, ob sie ganz normale Unternehmen wie tausende andere auch oder Unternehmen besonderer Art sind, weil sie in besonderer Weise sozialen und kulturellen Zwecken verpflichtet sind, oder ob sie Selbsthilfeeinrichtungen der Künstler sind, die auch wirtschaftliche Zwecke verfolgen²⁹. Die frühere Kritik hat auf europapolitischer Ebene eine neue Dimension gewonnen, insofern unter einer rein ökonomischen Betrachtungsweise immerhin eine, die persönliche Entscheidungsfreiheit befördernde Wahlfreiheit von Urhebern hinsichtlich ‚ihrer‘ Verwertungsgesellschaft reflektiert wird. Gerade im Kontext digitaler Vervielfältigungen wird die kollektive Rechtswahrnehmung zugunsten sog. Digital-Right-Management-Systems in Frage gestellt.

Der konkrete Streitfall zeigt, dass die Verwertungsgesellschaften auf ein digitales Rechtemanagement im Bereich unveröffentlichter Werkentwürfe, aber auch im Bereich von Unikaten bildender Künstler/innen gerade nicht vorbereitet sind.

Nutzer sind darum besorgt, zu „gläserne(n) Bürgern“³⁰ zu werden.

Im konkreten Streitfall zu diskutieren ist demgegenüber auch, inwieweit der/die freischaffende bildende Künstler/in der Hochkultur bei einem Wahrnehmungszwang der VG Bild-Kunst zum „gläsernen Werkschöpfer“ werden soll.

kunst; <http://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/141166/vor-75-jahren-ausstellung-entartete-kunst>

²⁸ Vgl. zur Kunstpolitik im Dritten Reich z.B. Hildegard Brenner, Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus, Hamburg 1963; Otto Thomae, Die Propaganda-Maschinerie, Bildende Kunst und Öffentlichkeitsarbeit im Dritten Reich, Berlin 1978; Reinhard Bollmus, Das Amt Rosenberg und seine Gegner, Stuttgart 1970.

²⁹ S. zur Zusammenfassung dieser Diskussion Olaf Zimmermann, Geschäftsführer des Deutschen Kulturrats, Verwertungsgesellschaften – unverzichtbar für kulturelle Vielfalt, in: politik und kultur, November-Dezember 2007, S. 1 (PUK-Dossier Verwertungsgesellschaften), abrufbar unter: <http://www.kulturrat.de/dossiers/verwertungsgesellschaften.pdf>.

³⁰ Zimmermann, a.a.O. [Fn 29].

8.

Im europäischen Vergleich wären die Streitgegenständlichen Vervielfältigungen unveröffentlichter Werke in vielen Ländern unzulässig.

Alle Länderregelungen stehen im Geist von **Art. 6^{bis} der Revidierten Berner Übereinkunft**, der seit 1928 bzw. 1948 das Recht des Urhebers statuiert, unabhängig von seinen vermögensrechtlichen Befugnissen und selbst nach deren Abtretung, sich jeder Entstellung, Verstümmelung oder sonstigen Änderung des Werkes oder jeder anderen Beeinträchtigung des Werkes zu widersetzen, die seiner Ehre oder seinem Rufe nachteilig sein könnten.

Art. 19 des Schweizerischen Urheberrechtsgesetzes sagt in Abs. 1 S. 1 ausdrücklich

„*Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden*“.

Als Eigengebrauch gilt gemäß Abs. 1 S. 2 lit a. lediglich jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von *Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde.*

Gemäß Abs. 3 lit. b. ist

„*ausserhalb des privaten Kreises* nach Absatz 1 Buchstabe a

nicht zulässig“ „die Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst“.

Der persönliche Bereich wird also anders als im deutschen Recht zur schützenswerten und geschützten Privatsphäre in Bezug gesetzt. Er ist damit nicht an einen sozialen Handlungskontext gebunden. Umgekehrt ist der persönliche Bereich nicht beliebig auf Handlungen erstreckbar, welche zwar persönlich, aber im öffentlichen Kontext vorgenommen werden³¹.

Zu dem gemeinten Kreis zählen zwar familienähnliche Zusammenschlüsse, nicht aber in einem außerprivaten Kontext begründete Beziehungen (z.B: Schulklasse, Berufskollegen, Vereinsmitglieder u.dgl.), wie sie lediglich zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner bestehen. Auch das bloße Zusammenwohnen in einem Heim oder Internat genügt nicht³².

Darüberhinaus wird der Privatgebrauch in der Schweiz explizit an das Urheberpersönlichkeitsrecht, namentlich den Entstellungsschutz gebunden³³.

³¹ Reh binder/Viganó, URG, Zürich 2008, Art. 19, Rn 14 f. mit Hinweis auf die Botschaft 2006, 3429 (Botschaft des Bundespräsidenten und der Bundeskanzlerin zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006) – <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/3389.pdf>.

³² Reh binder/Viganó, a.a.O. [Fn 31], Rn 16.

³³ Reh binder/Viganó, a.a.O. [Fn 31], Rn 20.

Entsprechende Regelungen³⁴ enthalten die **Urheberrechtsgesetze Frankreichs³⁵, Spaniens³⁶, Dänemarks³⁷ und Litauens³⁸**.

Bemerkenswert ist vor allem das französische Recht, weil es vergleichbar der grundrechtlichen Menschenwürde die Beschränkung der Privatkopie auf veröffentlichte Werk im Kontext eines grundsätzlichen *droit respect*, einem Recht auf Achtung und Respekt diskutiert.

Die **europäische Informationsrichtlinie 2001/29/EG** enthält in **Art. 5 Abs. 2 lit. b** eine Regelung, die mit Blick auf einen gerechten Ausgleich eine wesentliche, für den vorliegenden Rechtsstreit maßgebliche Bedeutung hat.

Wie der Bundesgerichtshof bereits im angegriffenen Urteil festgestellt hat, ist die Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 UrhG im Blick auf Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2001/29/EG einschränkend dahin auszulegen, dass sie lediglich eine Vervielfältigung veröffentlichter Werke erlaubt.

In Art.5 Abs. 2 lit. b) sieht die Richtlinie im Übrigen die Beschränkung der Privatkopie vor, wo der Rechtsinhaber keinen gerechten Ausgleich erhält.

9.

Der Begriff der angemessenen Beteiligung der Urheber/innen an der Nutzung ihres Werkgutes oder des gerechten Ausgleichs, wie er die Beschränkung der ausschließlichen Rechte der Urheber/innen zu prägen hat, ist aus dem Begriff und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu begreifen.

Verhältnismäßig und damit angemessen kann eine Beteiligung nur sein, wenn sie in einer Relation zum geleisteten Einsatz und zur geleisteten Arbeit für die Erschaffung des einzelnen Werkes und zu den für das einzelne Werk entstandenen Aufwendungen steht, also dazu beiträgt, dass ein/e Urheber/in einen wirtschaftlichen Ausgleich für

³⁴ Vgl. dazu Thum, Private Vervielfältigung unveröffentlichter Werke, GRUR-Prax 2013, 231 f. [232].

³⁵ Code de la Propriété Intellectuelle (CPI), Art. L 122-5: Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ; 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins.

³⁶ Ley de Propiedad Intelectual, Artículo 31 (2): No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado apartir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación de la artículo 99.a los programas de ordenador.

³⁷ Copyright Act No. 395 of 14 June 1995, Section 12 (1): Anyone is entitled to make or have made, for private purposes, single copies of works which have been made public. Such copies must not be used for any other purposes.

³⁸ „Autorių teisių ir gretutinių teisių įstatymas“, englisch: Law on Copyrights and Related Rights) Nr. VIII-1185 vom 18.5.1999 in der Fassung des Änderungsgesetzes XI-656 vom 19.1.2010, Art. 20 (1): It shall be permitted for a natural person, without the authorisation of the author or any other owner of copyright, to reproduce, exclusively for his individual use, not for direct or indirect commercial advantage, in a single copy a work published or communicated to the public in any other mode, where the reproduction is a single-action. When works are for the private use reproduced on paper by means of reprography (effected by the use of any kind of photographic technique or some other process having similar effects), the provisions of Article 23 of this Law shall apply.

den geleisteten Einsatz und die entstandenen Aufwendungen, also den Ressourcenverbrauch erhält, der notwendig ist, um die eigene kulturelle Betätigung und damit deren geschützte Funktion aufrecht erhalten zu können. Von einem „Profit“, der das Denken in der kapitalistischen Marktwirtschaft beherrscht und den Gesetzen des freien Marktes unterworfen ist, ist dabei noch gar keine Rede. Es geht erst einmal darum, dem/r einzelnen Künstler/in den Betrag zum Ausgleich zukommen zu lassen, der ihm/r durch die vergütungsfreie Privatkopie verlustig gegangen ist, ihm/r also denjenigen Betrag zukommen zu lassen, der vom interessierten Nutzer im Fall des käuflichen Erwerbs zu entrichten gewesen wäre.

Verglichen mit der Preisbestimmung eines guten und vernünftig kalkulierenden Kaufmanns für eine x-beliebige Ware, also etwa des Bäckers für seine Brötchen, ist ein bestimmter Preis nur dann geeignet, erforderlich und angemessen, d.h. zumutbar, um die Leistungsfähigkeit des Kaufmanns und damit die Funktion des kaufmännischen Berufs aufrecht zu erhalten, wenn der Einsatz ausgeglichen wird.

Die angemessene Beteiligung lässt sich hiernach nur nach

- Art und Charakter eines Werkes und
- der Art und Weise, in der das Werk in die Verfügbarkeit des Privatkopierers gelangt ist,

bestimmen.

Unterschiede in Art und Charakter eines Werkes ergeben sich aus der Differenziertheit und Seltenheit einer künstlerischen Schöpfung, d.h. aus der komplexen mentalen Vorarbeit, die die Urheberin geleistet hat, um den angestrebten Ausdruck ihres Werkes zu erreichen. Unterschiede ergeben sich ferner aus dem Materialeinsatz.

Unterschiede in der Art und Weise, in der ein Werk in die Verfügbarkeit des Privatkopierers gelangt ist, ergeben sich im digitalen Bereich zum Beispiel daraus, ob der Privatkopierer Ausdrucke unveröffentlichter Originaldateien erlangt hat oder aber sich lediglich auf Websites bedient, auf denen ausschließlich datenreduzierte Bilddateien präsentiert werden, aber nicht die künstlerische Originaldatei, wie sie bei einem unmittelbaren Ausdruck durch die Urheberin zustande kommt.

Unterschiede in der Art und Weise, in der ein Werk in die Verfügbarkeit des Privatkopierers gelangt, ergeben sich im analogen Bereich zum Beispiel daraus, ob der Privatkopierer die Bedingungen der Werkdarbietung akzeptiert, indem er sich etwa auf ein Abfotografieren beschränkt, oder ob er ein Werkstück, wie der Beschwerdegegner es getan hat, an sich nimmt, um eine 1:1 Reprographie im Wege des Scannens für sich zu gewinnen.



© Isolde Klaunig

Eine digitale Vervielfältigung von einem hochau aufgelösten Ausdruck auf Fotopapier ist zu unterscheiden von derjenigen Vervielfältigung, die lediglich von einer Website gezogen wird. Auf der Website werden digitale Werke nur in sehr reduzierter Datenmenge präsentiert, so dass die 1:1 Vervielfältigung des Originals niemals von dort möglich ist.

Die Beschwerdeführerin hat die üblichen Datenmengen von Bildern auf Websites zusammengestellt. Diese liegen zwischen 4 KB und 35 KB.

Dagegen haben die digitalen Arbeiten der Beschwerdeführerin im Original eine Datenmenge zwischen 400 und 600 MB, die zu wandgroßen Ausdrucken in den Maßen 50 m x 50 m genutzt werden können.

Der Unterschied ist wesentlich.

Von datenreduzierten Werkdarbietungen auf Websites lassen sich keine Vervielfältigungen gewinnen, die später zu einem hochaufgelösten Ausdruck in Leinwandgröße genutzt werden kann. Anderes gilt hingegen für einen hochaufgelösten Ausdruck einer Originaldatei. Ein Scan vom hochaufgelösten Ausdruck einer Originaldatei, wie seitens des Beschwerdegegners geschehen, liefert eine 1:1 Reprographie und dadurch die Möglichkeit zu großformatigen Ausdrucken gleich einem Originalwerk.

III.

Die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19. März 2014, Az.: I ZR 35/13, ist zulässig.

1.

Das Bundesverfassungsgericht ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13, 90 ff. BVerfGG das für die Verfassungsbeschwerde gegen das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes zuständige Gericht.

2.

Die Beschwerdeführerin ist beschwerdefähig im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG. Sie ist Trägerin derjenigen Grundrechte, in denen sie durch das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes verletzt worden ist. Als freischaffende bildende Künstlerin ist sie Trägerin der Grundrechte der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), des geistigen Eigentums (Art. 14 GG) und des Urheberpersönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Als Bürgerin ist die Beschwerdeführerin zugleich Trägerin des Grundrechts auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Sie hat Anspruch auf Wahrung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG).

3.

Es liegt ein tauglicher Beschwerdegegenstand im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG vor. Danach ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt tauglicher Beschwerdegegenstand. Urteile des Bundesgerichtshofes und der zuvor angerufenen Gerichte sind in diesem Sinne taugliche Gegenstände der Verfassungsbeschwerde.

4.

Die Beschwerdeführerin ist darüber hinaus beschwerdebefugt. Die

Beschwerdeführerin ist durch das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes und durch die Urteile des Bundesgerichtshofes und der zuvor angerufenen Instanzgerichte selbst, unmittelbar und gegenwärtig in ihren Grundrechten aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (Kunstfreiheit), aus Art. 14 GG (geistiges Eigentum), aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG (Urheberpersönlichkeitsrecht) und Art. 3 GG (Gleichbehandlungsgrundsatz) betroffen.

Es besteht die Möglichkeit von Grundrechtsverletzungen durch das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes und die vorangegangenen Instanzurteile.

a.

In seinem Urteil vom 19. März 2014 hat der Bundesgerichtshof bereits anerkannt, dass die Vervielfältigungshandlung des Beschwerdegegners in das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (Kunstfreiheit) und dort in den Werkbereich eingegriffen hat. Fälschlich hat der Bundesgerichtshof jedoch die Handlungsfreiheit des Beschwerdegegners (Art. 2 Abs. 1 GG) über den Schutz des absolut geschützten Werkbereichs der Beschwerdeführerin gestellt. Die Möglichkeit einer Verletzung des Grundrechts der Beschwerdeführerin aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG liegt deshalb auf der Hand. Die allgemeine Handlungsfreiheit des Beschwerdegegners ist nicht geeignet, einen Eingriff in den absolut geschützten Werkbereich der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen.

In seinem Urteil hat der Bundesgerichtshof auch einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG (geistiges Eigentum) erörtert. Fälschlich hat er jedoch angenommen, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen sei, die Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst auf Beteiligung an der Geräteabgabe zu verklagen. Die Beteiligung an der Geräteabgabe untersteht jedoch Wirtschaftlichkeitskriterien. Außerdem ist sie nicht geeignet, im Falle von Werken, die ihrer Art nach lediglich als Unikat verwertet werden, zu einer angemessenen Vergütung zu führen. Die Beteiligung an der Geräteabgabe ist darauf abgestimmt, angemessene Beteiligungen für Vervielfältigungen von Massenmedien im Bereich von Musik, Literatur, Film und Design zu erwirtschaften, nicht aber um angemessene Beteiligungen an der Vervielfältigung von Unikaten oder gar unvollendeten und unveröffentlichten Werken zu bewirken. Die Möglichkeit einer Verletzung des Grundrechts der Beschwerdeführerin aus Art. 14 GG liegt deshalb auch hier auf der Hand. Die Beschwerdeführerin ist, wie andere bildende Künstler/innen, die Unikate oder Werke schaffen, die ihrer Art nach nicht im Massenbetrieb vervielfältigt werden, vom Bundesgerichtshof darauf verpflichtet worden, nicht nur ihr eigenes Werkschaffen ohne realistische Aussicht auf eine Vergütung zu finanzieren, sondern auch die Konsuminteressen von Nutzern. Das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes bewirkt eine Reduktion des vermögenswerten Anteils am geistigen Eigentum an den streitgegenständlichen Werkentwürfen auf Null, insofern eine weitere Verwertung der Werkentwürfe nicht zu erwarten ist.

In seinem Urteil hat der Bundesgerichtshof ferner einen Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin thematisiert. Im Einklang mit dem Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof einen solchen Eingriff entgegen diesseitiger Auffassung ohne Gründe verneint. Doch hat der Bundesgerichtshof betont, dass § 53 Abs. 1 UrhG nicht dazu bestimmt ist, das

Urheberpersönlichkeitsrecht von Künstlern/innen einzuschränken. Insofern besteht gleichfalls die Möglichkeit der Verletzung des Grundrechts der Beschwerdeführerin aus Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG und zwar in Bezug auf den Schutz der künstlerischen Individualität, Identität und Ehre und in Bezug auf den Geltungsanspruch der vollen Potenz ihrer geistig-ästhetischen Aussagen und Botschaften gegen Herrschaftsbeziehungen, in denen sie ihre Autorität und Meisterschaft aufgeben und in den Dienst von Jedermann zu stellen hat.

Darüberhinaus besteht auch die Möglichkeit, dass die Beschwerdeführerin durch das Urteil des Bundesgerichtshofes in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt worden ist. Im Gegensatz zu Urhebern vollendeter veröffentlichter Werke hat der Bundesgerichtshof ihr die Hinnahme diskriminierender Eingriffe in ihre künstlerischen Pläne, Intentionen und Funktionen ihrer künstlerischen Betätigung auferlegt, zu denen es ohne den unvorhersehbaren Zugriff des Beschwerdegegners nicht gekommen wäre. Im Gegensatz zu Urhebern vollendeter veröffentlichter Werke hat der Bundesgerichtshof der Beschwerdeführerin außerdem jeden Vergütungsanspruch für ihre Arbeit aberkannt, indem er von nicht existenten Beteiligungsansprüchen ausgegangen ist. Auf jeden Fall hat der Bundesgerichtshof der Beschwerdeführerin in einer unter keinen Gesichtspunkten vertretbaren Weise einen angemessenen Ausgleich verweigert. Im Rahmen der Geräteabgabe, an der die Beschwerdeführerin eine Beteiligung erstreiten sollte, ist ein angemessener Ausgleich weder für Privatkopien von Unikaten noch für einzelne Privatkopien vorgesehen. Die Beschwerdeführerin sollte aber noch mehr Lebenszeit, Arbeit und Kosten und Ressourcen mentaler Art zur aussichtslosen Durchsetzung ihrer Grundrechte einsetzen.

b.

Als Adressatin des angegriffenen Urteils des Bundesgerichtshofes und der vorangegangenen Instanzurteile ist die Beschwerdeführerin von diesem Akt der öffentlichen Gewalt auch selbst betroffen. Da kein weiterer Instanzenschritt notwendig ist, liegt auch eine unmittelbare Betroffenheit vor. Die Beeinträchtigung der Grundrechtsverletzung ist auch gegenwärtig. Die Verletzung ist bereits durch das Urteil des Landgerichts Frankfurt erfolgt und bis zum Urteil des Bundesgerichtshofs fortgesetzt worden.

5.

Es besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin. Sie hat alle möglichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft, insbesondere den Rechtsweg im Sinne von § 90 Abs. 2 BVerfGG, indem sie die Klage beim Landgericht Frankfurt erhoben, nach Abweisung die Berufung beim Oberlandesgericht und auf deren Zulassung die Revision eingelegt hat.

6.

Die Verfassungsbeschwerde ist im Sinne von § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG form- und fristgerecht eingereicht worden. Es liegt eine schriftliche Begründung vor.

Die Urteilsverfassungsbeschwerde ist im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG

binnen eines Monats nach Zustellung des Urteils des Bundesgerichtshofes am 21. August 2014 eingereicht worden.

IV.

Die Verfassungsbeschwerde ist auch begründet.

Das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes verletzt die Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 14 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG. Die Vorschriften der §§ 11, 14, 15 Abs. 1 Nr. 1, 16, 53 und 60 UrhG sind nicht grundrechtskonform angewandt worden. Die konkrete Auslegung und Anwendung der genannten Gesetze verstößt gegen das Grundgesetz, so dass eine Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht möglich ist³⁹.

1.

Das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes zur Zulässigkeit der Privatkopie bei unvollendeten und unveröffentlichten Portraitwerken der bildenden Kunst greift in den Schutzbereich der Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 5 Abs. 3 GG (Kunstfreiheit), aus Art. 14 GG (geistiges Eigentum), aus Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG (Urheberpersönlichkeitsrecht) und Art. 3 GG (Gleichbehandlungsgrundsatz) ein.

a.

Die Beschwerdeführerin gehört zu dem Personenkreis, der sich auf den persönlichen Schutzbereich der verletzten Grundrechte berufen kann.

Mit der vom Bundesgerichtshof angenommenen

- Zulässigkeit von Privatkopien der streitgegenständlichen Werkentwürfe und dazu noch
- durch jedes Medium der Vervielfältigung, also nicht nur durch Lichtbilder im engeren Sinne, wie in § 60 UrhG vorgesehen,

ist der Schutzbereich sowohl des Werkbereiches der Kunstfreiheit als auch des Individualitäts- und Identitätsschutzes des Urheberpersönlichkeitsrechtes und der Zuordnung des vermögenswerten Anteils des geistigen Eigentums betroffen und daran anknüpfend des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Rechtsstaatsprinzips.

b.

Die Beschwerdeführerin kann sich auch auf den sachlichen Schutzbereich der vorgenannten Grundrechte berufen. Das Anwendungsgebiet des Urheberrechtsgesetzes betrifft den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit und des geistigen Eigentums.

³⁹ BVerfG, Beschluss vom 10.6.1964, Az.: 1 BvR 37/63, Rn 92 = BVerfGE 18, 85.

2.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes und der Instanzgerichte gebietet die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung einerseits von § 53 Abs. 1 UrhG – unter Berücksichtigung der nach rechtsstaatlichen Maßstäben für das Medium der Vervielfältigung engeren Vorschrift des § 60 UrhG – und andererseits der Vergütungsregelungen in §§ 54 ff. UrhG. Werkentwürfe, d.h. unvollendete und unveröffentlichte Werkschöpfungen sind nach Maßgabe der Kunstfreiheit aus dem Anwendungsbereich dieser Vorschriften auszunehmen.

§§ 53 Abs. 1, 60 UrhG bezwecken ebensowenig die Einschränkung der künstlerischen Betätigung im Werkbereich wie es die §§ 54 ff. UrhG tun.

a.

Die streitgegenständlichen Werkentwürfe der Beschwerdeführerin erfüllen nach der Auffassung beider Instanzgerichte – der Bundesgerichtshof hat sich dieser Auffassung angeschlossen – die Anforderungen eines schutzfähigen Werkes der bildenden Kunst im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 UrhG.

Die streitgegenständlichen Entwürfe sind dazu im Kontext der Mappe (**VB 4**) zu sehen, die dem Oberlandesgericht bereits vorlag. Sie sind ferner im Kontext der Arbeiten zu sehen, die die Beschwerdeführerin erstmals am 24. August 2014 anlässlich des Frankfurter Bartholomäusfestes der Öffentlichkeit vorgestellt hat, und die auszugsweise durch die vorgelegten Kunstkarten (**VB 5**) belegt sind. Hieraus kann kein Zweifel daran bestehen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Entwürfen um vorläufig bearbeitete Fotoskizzen in Vorbereitung vergleichbarer Gemälde handelt.

b.

Nach der ständigen Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof garantiert Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG die Freiheit der Betätigung im Kunstbereich umfassend⁴⁰. Das Grundrecht der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) gewährt „in gleicher Weise den Werkbereich und den Wirkbereich“, bisher vorwiegend verstanden als „unlösbare Einheit“⁴¹. Das Verständnis als „unlösbare Einheit“ hindert nicht die Unterscheidung der beiden Bereiche. Der Bundesgerichtshof ist der notwendigen Unterscheidung im angegriffenen Urteil gefolgt und zutreffend angenommen, dass die Vervielfältigung von Werkentwürfen einen Eingriff in den Werkbereich der Kunstfreiheit darstellt. Der Werkbereich betrifft die künstlerische Betätigung als solche und damit zugleich die geistige Vorbereitung, die Entwicklung des künstlerischen Konzeptes, den Entwurf des konkreten künstlerischen Planes, das Üben und jedes andere Probehandeln im

⁴⁰ BVerfG, Urteil vom 29.6.2000, Az.: 1 BvR 825/98 = GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3; BVerfG, Urteil vom 24.2.1971, Az.: 1 BvR 435/68 = BVerfGE 30, 173, 191, BGH, Urteil vom 13.12.2012, Az.: I ZR 182/11, = GRUR 2013, 614, Tz. 22 – Metall auf Metall II.

⁴¹ BVerfGE 30, 173, 189; 67, 213, 224.

Interesse des künstlerischen Planes bis hin zum Materialerwerb⁴². Mit dem Werkbereich geschützt sind der Prozess des Schaffens wie das jeweils erreichte Ergebnis, d.h. auch der misslungene oder noch sehr vorläufige Werkentwurf⁴³.

Garantiert wird durch das Grundrecht der Kunstfreiheit als Abwehrrecht zunächst, dass die künstlerische Betätigung im Werkbereich frei von Eingriffen durch die öffentliche Gewalt bleibt⁴⁴. In Übereinstimmung mit dem angegriffenen Urteil des Bundesgerichtshofes (Rn 26) ist darüber hinaus jedoch davon auszugehen, dass das Grundrecht zugleich eine objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst ist, die auch im Verhältnis von Privaten zueinander zu berücksichtigen ist⁴⁵.

Damit war und ist die Kunstfreiheit bei der Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG zu berücksichtigen, wovon auch der Bundesgerichtshof im angegriffenen Urteil ausgegangen ist.

Der Schutz sowohl des Werkbereiches als auch des Wirkbereiches kann entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes jedoch nicht unterschiedslos sein. Die Zulässigkeit einer Einschränkung des Werkbereichs muss strengeren Maßstäben unterworfen sein als die Zulässigkeit einer Einschränkung des Wirkbereichs. Das folgt bereits aus dem Sinn und der Aufgabe des Grundrechtes der Kunstfreiheit.

Bereits insofern beruht das Urteil des Bundesgerichtshofs auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Kunstfreiheit. Denn Sinn und Aufgabe des Grundrechtes der Kunstfreiheit sind vom Bundesgerichtshof nicht berücksichtigt worden. Außerdem ist die Nähe des Werkbereiches der Kunstfreiheit zur Menschenwürde und zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung einschließlich der freien Entwicklung der künstlerischen Individualität und Identität außer acht gelassen worden. Dem absoluten Schutz des Werkbereichs der Kunstfreiheit ist mit der Handlungsfreiheit des Beschwerdegegners ein Grundrecht entgegen gestellt worden, dass im Sinne des Grundgesetzes in erheblich geringerem Umfang geschützt ist als das Grundrecht der Beschwerdeführerin, da es von vorneherein – anders als die Kunstfreiheit – nicht vorbehaltlos gewährt wird.

Sinn und Aufgabe des Grundrechtes der Kunstfreiheit bestehen an erster Stelle darin, die freie Entwicklung des künstlerischen Schaffensprozesses zu garantieren. Ohne dessen Schutz kann es keine Werke geben, die als Kulturgüter in die Gesellschaft hineinwirken und deren kulturelle Bildung fördern.

In diesem Sinne haben Bundesverfassungsgericht und Literatur in der Vergangenheit bereits angenommen, dass der Werkbereich in weiterem Umfang als der Wirkbereich geschützt ist. Während die Kunstfreiheit im Werkbereich als „absolute Freiheit“ geschützt ist, gilt der Wirkbereich nur als relativ geschützt⁴⁶. Wegen der unterschiedlichen Außenwirkung von Werk- und Wirkbereich spricht sogar eine tatsächliche Vermutung dafür, „dass die Kunstfreiheit im Werkbereich eher Vorrang

⁴² In diesem Sinne bereits Ingolf Pernice, in: Dreier, GG, 2010, Art. 5 III (Kunst), Rn 24 m.Hw. auf Erhard Denninger, HStR VI, § 146, Rn 18.

⁴³ A.a.,O. [Fn 42], Rn 19.

⁴⁴ BVerfGE 30, 173;190; BVerfG, Urteil vom 29.6.2000, a.a.o. [Fn 40] – Germania 3, Rn 18.

⁴⁵ Unter Hw. auf BVerfG, GRUR 2007, 1085, Rn 61 f. – Esra, m.w.Nw.

⁴⁶ BVerfGE 30, 173, 189; F.Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 98, 100, 102:

genießt als im Wirkungsbereich⁴⁷.

Der absolute Schutz des Werkbereiches findet seine Rechtfertigung auch in der engen Verwobenheit des Werkbereiches mit dem Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts und der Menschenwürde (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG).

Zwischen dem Werkbereich und der Menschenwürde des/r einzelnen Künstlers/in besteht eine ebensolche unmittelbare Nähe wie zwischen dem Werkbereich und dem Urheberpersönlichkeitsrecht als besonderer Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Menschenwürde stellt eine „absolute“ Schranke⁴⁸ gegen jedwede Eingriffe in die Lebensgestaltung eines/r Künstlers/in dar. Gleiches gilt für den „absolut“ geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung⁴⁹. Auch er stellt eine „absolute“ Schranke gegen jedwede Eingriffe in die Freiheit menschlicher Betätigung dar. Somit ist auch von einem „absoluten“ Schutz des Werkbereiches auszugehen, sofern die Menschenwürde der Beschwerdeführerin und der Kernbereich ihrer privaten Lebensgestaltung, also desjenigen Lebensbereiches, in denen Künstler/innen ihre Individualität, Identität, Persönlichkeit bilden, betroffen sind.

Der einzige Unterschied zwischen dem Kernbereich privater Lebensgestaltung von Künstlern und Nichtkünstlern ist, dass im Kernbereich von Nichtkünstlern keine Kunstwerke erschaffen werden. Bürgerliche Leute haben ein Wohnzimmer, Künstler haben dagegen ein Atelier. Beide unterscheiden sich lediglich durch das Interieur. Man denke an Otto Schiele, der seine Geliebte im Schlafzimmer malte oder an Franz Kafka, der seine Texte im Bett liegend verfasste. Die Liste lässt sich endlos fortsetzen.

Wie das Bundesverfassungsgericht schon früher ausgeführt hat, hat das Grundgesetz die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche, die nach den geschichtlichen Erfahrungen dem Zugriff der öffentlichen Gewalt besonders ausgesetzt sind, durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt. Sie sind als spezielle Regelungen des Persönlichkeitsrechts und der mit ihm einhergehenden Handlungsfreiheit zu betrachten. Bei ihnen hat die Verfassung durch abgestufte Gesetzesvorbehalte abgegrenzt, in welchem Umfang in den jeweiligen Grundrechtsbereich eingegriffen werden darf. Nur soweit solche besonderen Lebensbereiche – die Kunstfreiheit ist einer dieser besonderen Lebensbereiche – nicht zum Zuge kommen, kommt deshalb eine Berufung auf die Freiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht⁵⁰.

Dem durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsrecht⁵¹ hat das Bundesverfassungsgericht immer einen besonders hohen Rang beigemessen, und zwar besonders im Hinblick auf seinen „Menschenwürdekern“⁵². Das Persönlichkeitsrecht ergänzt hiernach „die im Grundgesetz normierten Freiheitsrechte und gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die

⁴⁷ Vgl. Ingolf Pernice, a.a.O. [Fn 42], Rn 32 m.Hw. auf BVerfGE 77, 240, 253 ff.

⁴⁸ Vgl. Ingolf Pernice, a.a.O. [Fn 42], Rn 33 m. Fn 188 und den darin enthaltenen Hinweisen.

⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 16.1.1957, Az.: 1 BvR 253/56, Rn 36, 37 = BVerfGE 6, 32 [41] – Elfes-Urteil; BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1989, Az.: 1 BvR 921/85, Rn 69 -Reiten im Walde = NJW 1989, 2525.

⁵⁰ BVerfG, Urteil vom 16.1.1957, a.a.O. [Fn 48], Rn 37 – Elfes-Urteil.

⁵¹ BVerfGE 67, 213, 228; BVerfG, Urteil vom 13.6.2007, Az.: 1 BvR 1783/05, Rn 70.

⁵² BVerfG, Urteil vom 13.6.2007, Az.: 1 BvR 1783/05, Rn 70 – Esra m.Hw. auf BVerfGE 75, 369, 380; 80, 367, 373 f.

Erhaltung ihrer Grundbedingungen“⁵³.

Der Kernbereich menschlicher Betätigung betrifft die Intim- und Privatsphäre. Ob ein Sachverhalt dem Kernbereich zugeordnet werden kann, hängt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes⁵⁴ unter anderem davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakter hat und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt. Zudem ist von Bedeutung, ob der Betroffene den Sachverhalt geheim halten will oder nicht.

Der Werkbereich der Kunstfreiheit betrifft in ganz elementarer Weise die Intim- und Privatsphäre der Beschwerdeführerin, wie jedes anderen Künstlers auch. Im Intim- und Privatbereich finden alle diejenigen höchstpersönlichen individuellen geistigen Prozesse statt, die Grundlage des Werkschaffens sind. Die Erinnerungsarbeit, die Individualitäts- und Identitätsbildung, das Treffen von Wertentscheidungen und die Herausbildung geistiger Präferenzen finden im Werkbereich statt. Der Werkbereich ist es konsequenterweise, in dem der/die Künstler/in seine/ihre Erlebnisse reflektiert. Im Werkbereich entstehen Sichten, werden Intentionen für Gestaltungen, sprich' Expressionen bestimmt, Ideen gebildet und künstlerische Konzepte entwickelt. Hier entstehen die Erzählungen bzw. erzählerischen Beschreibungen, die Rezipienten später an einen anderen Ort einladen werden, einen Ort außerhalb ihrer eigenen Wirklichkeit, in dem sie sich auf sozialer Ebene begegnen können, wie die Beschwerdeführerin es ausdrückt. Im Werkbereich werden Gestaltungen ausprobiert⁵⁵, wie in den streitgegenständlichen Werkentwürfen. Im Werkbereich kommt es im Falle der konkret betroffenen Portraitkunst typischerweise auch zur Kontaktaufnahme und zur Kontaktpflege mit dem konkreten Bildpersonal. Personen sind Wahrnehmungsgegenstand, bevor sie zum Bildpersonal werden. Die/der Künstler/in testet die Reaktion von Personen im Sinne einer Selbstkontrolle. Um des Werkes im Entstehen willen. Das geht funktionsbedingt nur nach Maßgabe der Autorität des/r Künstlers/in, nicht auf dem Wege der Fremdbestimmung, wie durch den Beschwerdegegner mit seinem Eingriff erfolgt. Die Entstehung des Werkes hat der Kontrolle seines Urhebers zu erfolgen.

Eingriffe, wie durch die weite Auslegung von § 53 Abs. 1 UrhG durch den Bundesgerichtshof und die Untergerichte, entziehen dem/r Künstler/in die Herrschaft und Kontrolle über den Werkbereich, d.h. über die Wertentscheidungen, die geistigen Präferenzen, die Intentionen und das künstlerische Konzept, also den Kernbereich der privaten künstlerischen Lebensgestaltung. Konkret haben sie der Beschwerdeführerin die Berechtigung zur autonomen Bestimmung der Funktion ihrer künstlerischen Tätigkeit entzogen.

Vom Ansatz her ist damit eine vollständig andere Konstellation gegeben, als sie in demjenigen Fall bestand, in dem das Bundesverfassungsgericht mit dem Begriff des Kernbereichs privater Lebensgestaltung den Schutz der Kunstfreiheit beschränkt hat, weil die Kunstfreiheit in Konflikt mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eines

⁵³ A.a.O. [Fn 52], Rn 70 – Esra u.Hw. auf BVerfGE 54, 148, 153; 114, 339, 346.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 14.9.1989, Az.: 2 BvR 1062/87 = BVerfGE 80, 367 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu Ellen Dissanayake, Art as a Human Behaviour: Toward an Ethological View of Art, in: Journal of Aesthetics & Art Criticism, Volume 38 (1980), p. 397-406 [401 f.], im Internet abrufbar unter http://www.ellendissanayake.com/publications/pdf/EllenDissanayake_5618127.pdf

anderen geraten war⁵⁶. Betroffen war in jenem Fall nicht der Werkbereich, sondern der Wirkbereich.

Ergibt sich daraus, dass der Werkbereich der Kunstfreiheit in seiner Nähe zum absoluten Schutz von Menschenwürde und Urheberpersönlichkeitsrecht als besonderem Ausfluss des Kernbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unter absolutem Schutz zu stehen hat, kann der vom Bundesgerichtshof angenommene Vorrang der allgemeinen Handlungsfreiheit als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im weiteren Sinne nicht zum Zuge kommen.

Das folgt aus dem zentralen Unterschied der einander gegenüberstehenden Grundrechtspositionen im vorliegenden Rechtsstreit.

Während es auf der Seite der Beschwerdeführerin um den Werkschutz für ihre höchstpersönlichen Expressionen, also ihre einzigartigen individuellen Selbstmitteilungen geht, die per se niemals Gegenstand von Konsuminteressen sein können, weil sie erst kreiert werden müssen, steht auf der Seite des Beschwerdegegners lediglich das Bereicherungsinteresse an fremden, also seiner Person völlig fernen Schöpfungen. Der Beschwerdegegner wird durch ein Verbot der Vervielfältigung von unvollendeten und unveröffentlichten Werkentwürfen in keinsten Weise in seiner höchstpersönlichen Lebensentfaltung, also im Kernbereich seiner Lebensgestaltung beeinträchtigt.

c.

Seitens der Beschwerdeführerin wird dabei nicht verkannt, dass auch die Kunstfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet ist⁵⁷. Es wird seitens der Beschwerdeführerin auch nicht in Frage gestellt, dass sich Schranken aus den Grundrechten anderer Rechtsträger und aus sonstigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang ergeben, wie vom Bundesgerichtshof angenommen worden ist. Schranken müssen jedoch sachgerecht sein, auch im Rahmen des Urheberrechts⁵⁸.

Da die Anwendung der Schrankenbestimmungen der §§ 45 ff. UrhG im Lichte der Kunstfreiheit zu geschehen hat⁵⁹, ist die konkrete Anwendung nicht mehr als sachgerecht anzusehen. Denn sie führt, wie durch den Eingriff in den Werkbereich bei Ausdehnung von § 53 Abs. 1 UrhG auf unvollendete und unveröffentlichte Werkentwürfe, zur faktischen Aufhebung des Grundrechtes. Die konkrete Auslegung und Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG tastet also den Wesensgehalt der Kunstfreiheit im Werkbereich an (Art. 19 Abs. 2 GG). Die Aberkennung der Herrschaft, Autorität und Meisterschaft der Künstlerin hinsichtlich der Intentionalität, Funktionalität und authentischen Vollendung und Veröffentlichung ihrer eigenschöpferischen Erzählungen entzieht der Beschwerdeführerin ihr Recht auf künstlerische Selbstentfaltung. Sie entzieht ihr die Kontrolle über den Gegenstand ihrer Kommunikationsinteressen. Die Funktion der Kunstfreiheit, der die Anerkennung der Autorität und Meisterschaft des/r Künstlers/in wesensimmanent ist und sein muss, wird nivelliert. Die Nivellierung entzieht der Gemeinschaft die

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007, Az: 1 BvR 1783/05, Rn 79 ff. - Esra = BVerfGE 119, 1 ff.

⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 29.6.2000, Az.: 1 BvR 825/98 - Germania 3, Rn 19.

⁵⁸ A.a.O. [Fn 57], Rn 19 m.w.Nw.

⁵⁹ A.a.O. [Fn 57].

Aussicht auf das Neuartige, auf das Kulturgut, das ihre Bildung fortführt, auf die Frucht des Schutzes der Kunstfreiheit im Interesse der Vielfalt im Kulturstaat.

Sinn und Zweck des ungehinderten Zuganges zu Kulturgütern widerlegen sich selbst, sobald es um Werkentwürfe geht, die nicht mit Willen der Urheberin bereits in die Öffentlichkeit gelangt sind. Das Freibleiben des Werkschaffens ist aus den oben zu **II.1.** und **II.4.** (S. 9 ff.) genannten Gründen unabdingbare Voraussetzung dafür, dass überhaupt Kulturgüter neu entstehen, zu denen ungehinderter Zugang verlangt werden kann.

Die Handlungsfreiheit des Beschwerdegegners wird – das hat der Bundesgerichtshof zutreffend festgestellt – nur in den Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG gewährt, d.h. insoweit, als Rechte anderer nicht verletzt werden und das Handeln nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt⁶⁰. Die Schrankenbestimmung des § 53 Abs. 1 UrhG kann in diesem Sinne im Einklang mit dem Bundesgerichtshof nicht dahin verstanden werden, dass der Gesetzgeber mit ihr bereits eine abschließende Abwägung im Sinne der praktischen Konkordanz der widerstreitenden Grundrechte vorgenommen hat. Das gilt besonders angesichts des Umstandes, dass sämtliche Gesetzgebungsverfahren bis heute von Vertretern der Werkverwerter bzw. Nutzer dominiert wurden.

Eine weite Auslegung und Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG auch auf unveröffentlichte Werkentwürfe tastet die Kunstfreiheit im Werkbereich in ihrem Wesensgehalt an. Damit wendet sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 19 Abs. 2 GG). Sie kann deshalb unmöglich als grundgesetzgemäß angesehen werden.

Auf eine Abwägung nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten kommt es hiernach nicht mehr an.

Im Sinne des Erkenntnisses des Bundesverfassungsgerichts, „dass (ein Werk) *mit der Veröffentlichung nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung steht*“, es „vielmehr bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum eintritt und damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden kann“⁶¹, ist als *argumentum e contrario* für den Werkbereich anzunehmen, dass jedes Werk bis zu seiner Veröffentlichung jedem Urheber allein zur Verfügung zu stehen hat. Allein zur Verfügung stehen kann ein Werk bzw. ein Werkentwurf einem/r Urheber/in aber nur, wenn kein Außenstehender befugt ist, in dieses absolute Verfügungsrecht einzugreifen, auch nicht im Wege der Privatkopie. Damit sind das Urteil des Bundesgerichtshofes und die Urteile der Untergerichte wegen einer Verletzung des Grundrechts der Kunstfreiheit im Werkbereich durch die extensive Auslegung und Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG aufzuheben.

d.

Da der Bundesgerichtshof die weiteren Vorschriften der §§ 53 Abs. 6 und Abs. 7 sowie 60 Abs. 1 S. 2 UrhG als Argument für die weite Auslegung von § 53 Abs. 1

⁶⁰ St.Rspr. BVerfGE 6, 32, 36; BVerfGE 74, 129, 151; 75, 108, 154 f.; BVerfG, , Beschluss vom 6. Juni 1989, Az.: 1 BvR 921/85, Rn 68 -Reiten im Walde.

⁶¹ BVerfG, a.a.O. [Fn 57] – Germania 3, Rn 23.

UrhG herangezogen hat, ist auch auf deren Bedeutung im Lichte der Kunstfreiheit einzugehen. Die Auslegung und Anwendung dieser einfachen Gesetze hat in gleicher Weise wie § 53 Abs. 1 UrhG im Lichte der Kunstfreiheit zu erfolgen. Die einzelnen Vorschriften können folglich kein Argument für die weite Auslegung von § 53 Abs. 1 UrhG ergeben. Deren Heranziehung manifestiert lediglich die bereits oben ausgeführte Verletzung der Grundrechtsnorm der Kunstfreiheit zulasten der Beschwerdeführerin. Sie lässt zugleich ein grundlegend unrichtiges Verständnis der rechtsstaatlichen Dogmatik im Sinne des Rechtsstaatsprinzips erkennen.

Die Schrankenregelungen der §§ 44 ff. UrhG sind nach der eigenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und der herrschenden Literaturansicht als Ausnahmevorschriften im wirtschaftlichen Interesse der Urheber/innen stets eng auszulegen⁶². Die Berücksichtigung von § 60 Abs. 1 S. 2 UrhG bei der Auslegung von § 53 Abs. 1 UrhG hätte die Beschwerdeführerin konkret sogar besser stellen können, wenn der Begriff des Lichtbildes im Sinne der herrschenden Literatur eng gefasst und nicht gegen den Wortlaut auf die Vervielfältigung mit jedwedem technischen Gerät ausgedehnt worden wäre⁶³. Nach der eigenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes lag insoweit der besondere Fall vor, in dem die analoge Anwendung der Schranke des § 60 Abs. 1 S. 2 UrhG die Beschwerdeführerin mit Blick auf die digitalen Vervielfältigungen des Beschwerdegegners günstiger gestellt hätte⁶⁴. Mit der überraschenden Ausdehnung des Anwendungsbereiches von § 60 Abs. 1 S. 2 UrhG vom Lichtbild auch auf digitale Vervielfältigungen hat der Bundesgerichtshof zugleich seine eigenen rechtsstaatlichen Auslegungsregeln gesprengt. Der Bundesgerichtshof hat den Grundsatz *in dubio pro auctore* systemwidrig zugunsten des Grundsatzes *in dubio pro publico*, d.h. des Nutzers verkehrt.

§ 53 Abs. 6 UrhG, d.h. das Verbot der Verbreitung und Veröffentlichung, ergibt keinerlei Argument gegen die Ausführungen oben zu **2.a. bis c.** Die Funktionsbestimmung der eigenen künstlerischen Betätigung durch die Beschwerdeführerin wurde bereits durch einen Nutzer durchbrochen. Die Verbreitung und Vervielfältigung hätte diese Durchbrechung nur potenziert.

§ 53 Abs. 7 Alt. 2 UrhG, der die Ausführung von Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Kunst mit Einwilligung des Berechtigten für zulässig erklärt, steht den Ausführungen oben zu **2.a. bis c.** gleichfalls nicht entgegen. Der Begriff der Pläne und Entwürfe in § 53 Abs. 7 Alt. 2 ZUrhG ist ein anderer als er in Bezug auf die streitgegenständlichen Werkentwürfe einschlägig ist. Im Bereich der bildenden Kunst kommt es zu den in § 53 Abs. 7 Alt. 2 UrhG genannten Plänen und Entwürfen, wenn solche z.B: in Auftrag gegeben worden sind, wie es etwa im Bereich der angewandten Kunst üblich ist. Man denke nur an den Entwurf für ein Wappen⁶⁵ oder ein Logo. Das hat nichts mit der freien schöpferischen Tätigkeit einer Künstlerin der Hochkultur, wie der Beschwerdeführerin, zu tun.

⁶² BGHZ 123, 149, 155 f. – Verteileranlagen; Melichar, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 2010, Vor 44a ff. UrhG, Rn 18.

⁶³ Müller, GRUR 2012, 785, 787.

⁶⁴ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 11.7.2002, Az.: I ZR 255/00 = BGHZ 151, 300, 311 – Elektronischer Pressespiegel; Melichar, in: Schricker-Löwenheim, UrhR, 2010, Vorbem. §§ 44a, Rn 20.

⁶⁵ Wie das Hessenwappen in der parallelen Verfassungsbeschwerde Matzat ./ Land Hessen.

3.

Die vom Bundesgerichtshof erstmals in das Verfahren eingeführten §§ 54 ff. UrhG, 6 UrhWG sind, wie die Schrankenbestimmung des § 53 Abs. 1 UrhG, im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen. Das hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil verkannt. Die §§ 54 ff. UrhG, 6 UrhWG sind nicht als Schranken der Kunstfreiheit geschaffen worden. Als Schranken wirken sich die vorgenannten Regeln – aus den oben zu II.7. (S. 21 ff.) dargelegten Gründen – jedoch aus, wenn sie im Sinne eines Wahrnehmungszwanges für unveröffentlichte Werkentwürfe und Unikate ausgelegt werden.

Dazu ist, wie unten zu 4.c. auszuführen sein wird, zu bedenken, dass die streitgegenständlichen Werke „ihrer Art nach“ zu keinem Zeitpunkt Werke waren, von denen zu erwarten war, dass sie Gegenstand von Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 UrhG werden würden. Die streitgegenständlichen Entwürfe erfüllen folglich nicht einmal den Wortlaut von § 54 UrhG.

Entscheidend ist unter dem Blickwinkel der Kunstfreiheit jedoch, dass die Anwendung von § 54 UrhG i.V.m. §§ 54h UrhG, 6 UrhWG auf unveröffentlichte Werke im Entstehen eine prophylaktische Kontrolle der Werkbereiche bildender Künstler/innen voraussetzen würde, aus der einerseits unter ökonomischem Gesichtspunkt Daten für einen ‚Tarif‘ gewonnen werden könnten und andererseits Daten über die ‚Erwartung‘ von Privatkopien. Ohne solche Erhebungen könnte kein ‚Tarif‘ aufgestellt und damit keine Beteiligung bewirkt werden.

Die im NS-Staat mithilfe der Kulturkammern auf der Tagesordnung stehende ideologisch-inhaltliche Kontrolle des Werkschaffens bildender Künstler/innen würde durch eine solche Kontrolle unter dem Blickwinkel von Markterwartungsanteilen wiederholt, nur mit einer abgewandelten Ideologie. Der ökonomisch-kapitalistische Blickwinkel würde sich letztlich gleichfalls als ideologisch-inhaltliche Kontrolle darstellen.

Die VG Bild-Kunst würde also zum ‚Superkontrollorgan‘ der Werkbereiche bildender Künstler/innen. Die dazu notwendige Bürokratisierung würde die Themenfindung in den Werkbereichen der bildenden Künstler/innen und die Ausführung von Gestaltungen unvermeidlich manipulieren. Sie ließe den Werkbereich bildender Künstler/innen nicht mehr frei.

Die Anwendung von §§ 54, 54 h UrhG, 6 UrhWG auf Werke bildender Künstler/innen, die den Werkbereich noch nicht zu Zwecken der Veröffentlichung entlassen haben, sprengt den absoluten Schutz der Kunstfreiheit im Werkbereich.

4.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes und der Instanzgerichte gebietet auch das Recht am geistigen Eigentum (Art. 14 GG) eine enge Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG unter Ausklammerung unveröffentlichter Werkentwürfe.

Mit dem Prüfungsmaßstab der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG hat sich der Bundesgerichtshof nur implizit befasst, indem er festgestellt hat, dass die Beschwerdeführerin einen Vergütungsanspruch angeblich – ungeachtet eines fehlenden Tarifs – gegen die VG Bild-Kunst auf der Grundlage des

Wahrnehmungszwanges hätte durchsetzen können. Weder hat er sich mit der Frage befasst, ob die Privatkopie eines unveröffentlichten Werkentwurfs überhaupt mit dem Prüfungsmaßstab der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG vereinbar ist, noch hat er sich mit der Frage befasst, aufgrund welcher Basis die VG Bild-Kunst für Unikate oder Werkentwürfe, die üblicherweise einer Vervielfältigung im Wege der Privatkopie gar nicht zugänglich sind, tatsächliche Nutzungsvorgänge erfassen und daraus einen Tarif bestimmen können soll.

Das Urteil des Bundesgerichtshofes beruht hieraus auch auf einem grundsätzlich unrichtigen Verständnis des Gehalts des Grundrechts des geistigen Eigentums.

a.

Der Prüfungsmaßstab der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG fordert, wie das Bundesverfassungsgericht bereits ausgeführt hat, dass „das vom Urheber geschaffene Werk und die darin verkörperte geistige Leistung in vermögensrechtlicher Hinsicht Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ist“⁶⁶. Geschützt ist darin auch „das potentielle Verfügungsrecht und Verwertungsrecht“. Das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung“ ist „grundsätzlich dem Urheber zuzuordnen“. Es ist „ihm die Freiheit einzuräumen, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können“⁶⁷.

Das geistige Eigentum kann zwar wie anderes Eigentum durch die Sozialbindung eingeschränkt werden. Ein schöpferisches Werk unterliegt jedoch erst dann der Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG, wenn es durch den Akt der Veröffentlichung die Privatsphäre seines Urhebers verlassen hat und diesem damit nicht mehr allein zur Verfügung steht⁶⁸.

Das heißt, unveröffentlichte Werkentwürfe, wie die streitgegenständliche Entwürfe der Beschwerdeführerin, unterliegen überhaupt noch nicht der Sozialbindung. Die Schrankenbestimmung des § 53 Abs. 1 UrhG allein kann gegen Art. 14 Abs. 1 GG keine Sozialpflichtigkeit begründen.

b.

Doch, selbst eine Sozialbindung unterstellt, bedeutet die Sozialpflichtigkeit nicht, dass Kulturschöpfungen, wie künstlerische Bildnisse, als volkseigen zu gelten haben⁶⁹. Wie das Bundesverfassungsgericht bereits ausgeführt hat, ist „eine übermäßige, durch den sozialen Bezug des Urheberrechts nicht geforderte Einschränkung nicht mit Art. 14 Abs. 1 S. 1 in Einklang zu bringen“⁷⁰.

⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 25.10.1978, Az.: 1 BvR 352/71, Rn 43 – Kirchenmusik = GRUR 1980, 44, 48.

⁶⁷ A.a.O. [Fn 66] – Kirchenmusik.

⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 29.6.2000, Az.: 1 BvR 825/98, Rn 23 – Germania 3; Müller, GRUR 2012, 785, 787

⁶⁹ Vgl. die kritische Stellungnahme von Christopher Schwarz, Kunst muss anständig bezahlt werden, in: WirtschaftsWoche vom 5. April 2012 - <http://www.wiwo.de/politik/deutschland/urheberrecht-kunst-muss-anstaendig-bezahlt-werden/6482238.html>.

⁷⁰ A.a.O. [Fn 66] – Kirchenmusik.

Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums begründet lediglich ein Recht der Allgemeinheit am ungehinderten Zugang zu Kulturgütern. Zum Kulturgut wird ein Werk der bildenden Kunst mit Rücksicht auf das urheberpersönlichkeitsrechtliche Erstveröffentlichungsrecht erst mit seiner Veröffentlichung. Selbst hiernach besteht das Recht der Allgemeinheit auf Zugang nur in Abwägung mit den Interessen der Urheberberechtigten an der Nutzung ihrer Werke⁷¹. Ein Anspruch auf kostenlosen Zugang zu Kulturgütern besteht nicht.

Es kann deshalb kein Zweifel daran bestehen, dass die Beschwerdeführerin selbst dann, wenn der Beschwerdegegner ein Recht auf Privatkopie an den unveröffentlichten Werkentwürfen – entgegen dem absoluten Schutz des Werkbereiches der Kunstfreiheit – haben sollte, einen Anspruch auf angemessene Beteiligung an der Nutzung dieser Werkentwürfe durch den Beschwerdegegner hat. Ein anderes wäre auch mit § 5 der Informationsrichtlinie nicht vereinbar.

Auch der Bundesgerichtshof hat dies nicht in Zweifel gestellt. Rechtsfehlerhaft hat der Bundesgerichtshof allerdings angenommen, die Beschwerdeführerin könne ihren Vergütungsanspruch gegen die VG Bild-Kunst durchsetzen.

c.

Die Anwendung von §§ 54, 54 h UrhG, 6 UrhWG durch den Bundesgesetzhof ist mit Blick auf das Grundrecht des geistigen Eigentums rechtsfehlerhaft erfolgt⁷². Sie beruht auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung vom Umfang und der Reichweite des Schutzbereichs des Grundrechts und einer rechtsstaatlich bedenklichen Auslegung und Anwendung der Vorschriften. Sie bewirkt eine entschädigungslose Enteignung der Beschwerdeführerin. Von der Beschwerdeführerin wird im Ergebnis unausweichlich verlangt, dass sie ihre Werkentwürfe vergütungsfrei zu Privatkopien zur Verfügung stellt.

aa.

Der Gesetzgeber steht bei der Erfüllung des ihm in Art 14 Abs 1 Satz 2 GG erteilten Auftrags, Inhalt und Schranken des geistigen Eigentums zu bestimmen, vor der Aufgabe, sowohl die Individualbelange des Urhebers zu sichern, als auch den individuellen Berechtigungen und Befugnissen die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen zu ziehen. Er muß den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf eine angemessene Nutzung der schöpferischen Leistung und die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen⁷³.

An einem solchen ausgewogenen Verhältnis fehlt es im vorliegenden Fall. Die Beschwerdeführerin wird zugunsten angeblicher Interessen der Allgemeinheit durch die Anwendung von §§ 54, 54 h UrhG, 6 UrhWG von jedem Ausgleich für die

⁷¹ Amtl. Begr., BT-Drs. 10/837, S. 9, in: Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 1997, S. 815.

⁷² Vgl. zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht bereits BVerfG, Beschluss vom 10.6.1964, Az.: 1 BvR 37/63, Rn 93 = BVerfGE 18, 85,

⁷³ BVerfG, a.a.O. [Fn 66], Rn 44 – Kirchenmusik.

Nutzung ihrer Arbeit ausgenommen. Die Anwendung der genannten Regelungen auf die streitgegenständlichen Werkentwürfe beseitigt die grundsätzliche Zuordnung ihres geistigen Eigentums zu ihrer Person vollständig.

bb.

§ 54 UrhG stellt als Grundlage der Vergütungspflicht für die Privatkopie darauf ab, ob „nach der Art eines Werkes“ zu erwarten ist, dass es nach § 53 Abs. 1 UrhG vervielfältigt wird. Es gibt also keinen generellen Vergütungsanspruch eines Urhebers. Dem Bundesgerichtshof ist zwar zuzugestehen, dass auch ein Werk der bildenden Kunst, sogar in Gestalt eines Werkentwurfs als Werk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG grundsätzlich zu diesen Werken gezählt werden könnte. In concreto muss nach dem Gesetzeswortlaut jedoch berücksichtigt werden, ob nach der Art des Werkes „zu erwarten“ ist, dass es nach § 53 Abs. 1 UrhG vervielfältigt wird. Das heißt § 54 UrhG enthält eine Einschränkung der gesetzlichen, von den Verwertungsgesellschaften wahrzunehmenden Vergütungspflicht, die im konkreten Fall zu überprüfen ist, bevor sie bejaht wird. Das hat der Bundesgerichtshof im angegriffenen Urteil unterlassen.

Im Bereich der bildenden Kunst waren und sind Privatkopien von Unikaten in der Mehrzahl der Fälle lediglich auf photographischem Weg per Lichtbild zu erwarten. Dem hat § 60 Abs. 1 S. 2 UrhG Rechnung getragen. Lediglich im neuen digitalen Bereich, d.h. bei Darbietungen von Werken bildender Kunst auf Websites kann heutzutage erwartet werden, dass es zu Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 UrhG kommt. In diesem Bereich hat die VG Bild-Kunst einen ‚Tarif‘ gebildet, an dem die Beschwerdeführerin mit denjenigen Werken beteiligt wird, die sie auf ihrer Homepage präsentiert.

Nicht „zu erwarten“ sind „nach der Art des Werkes“ bei den streitgegenständlichen Werkentwürfen Privatkopien

- Privatkopien von Ausdrucken digitaler Werkentwürfe, die für gewöhnlich ihren einzigen Wert darin haben, dass sie der Reflexion über die Art und Weise der Fortsetzung des Werkschaffens dienen, und
- Privatkopien nach einer völlig unvorhersehbaren Inbesitznahme durch einen Nutzer, d.h. einer Inbesitznahme ohne und gegen den Willen der Beschwerdeführerin.

Hier hat der Bundesgerichtshof die Spruchpraxis der Untergerichte fortgesetzt, nach der bildende Künstler/innen in diesem Rechtsstaat durch alle Raster der Gesetzgebung hindurch fallen und ohne rechtlichen Schutz ihres geistigen Eigentums bleiben, sofern ihnen nicht ein Vergütungsanspruch nach § 97 UrhG zugebilligt wird.

Ohne „Erwartung“ von Privatkopien konnte die Beschwerdeführerin ihre Werkentwürfe nicht rechtzeitig anmelden. Eine rechtzeitige Anmeldung hätte – die Einwände aus dem Grundrecht der Kunstfreiheit einmal außer acht gelassen – eine Anmeldung vor den streitgegenständlichen Vervielfältigungen durch den Beschwerdegegner erfordert. Denn ohne Anmeldung vor den streitgegenständlichen Vervielfältigungen konnte die VG Bild-Kunst keinen ‚Tarif‘ bilden.

Die Einmaligkeit des Vorgangs und die Individualität des Werkgutes der Beschwerdeführerin schlossen allerdings darüber hinaus für die Vergangenheit und tun dies auch für die Zukunft eine Tarifbildung ohnehin aus. Für Werkentwürfe freischaffender bildender Künstler/innen der Hochkultur wie für jedes andere Werk, das lediglich als Unikat zur Existenz gelangt, kann es wegen ihrer Einmaligkeit keine ‚Tarife‘ geben, die in einer Vielzahl von Fällen zur Anwendung kommen können und müssen.

§ 54 UrhG durfte vom Bundesgerichtshof nach Maßgabe des Schutzes des geistigen Eigentums auch freischaffender bildender Künstler/innen der Hochkultur hiernach überhaupt nicht angewandt werden. Diese Vergütungspflicht ist für kein einziges Unikat der bildenden Kunst, für kein vollendetes und veröffentlichtes Werk und für keinen einzigen Werkentwurf als einschlägige Grundlage eines Vergütungsanspruchs der Beschwerdeführerin anzusehen.

§ 54 UrhG ist einzig und allein im Hinblick auf massenhafte Verwertungsvorgänge geschaffen und zur Anwendung gebracht worden, nicht aber für individuelle Fälle. Insoweit kann einzig die allgemeine Anspruchsgrundlage des § 97 UrhG einschlägig sein.

d.

Ist § 54 UrhG im vorliegenden Rechtsstreit „nach der Art“ der streitgegenständlichen Werkentwürfe mangels ‚zu erwartender Vervielfältigung‘ nicht als einschlägig anzusehen, kommt es auf die Zuweisungsnormen der §§ 54 h Abs. 1 UrhG, 6 Abs. 1 S.1 UrhWG nicht mehr an.

e.

Verwertungsgesellschaften sind lediglich zu angemessenen Bedingungen verpflichtet, ein Werk an der Geräteabgabe zu beteiligen.

Wo überhaupt kein „Absatzmarkt“ besteht, wie bei völlig frei, aus rein künstlerischen Motiven erschaffenen Portraitwerken – das hat der Bundesgerichtshof zutreffend festgestellt – kann es – ohne die oben ausgeführte ökonomische Kontrolle und Bürokratisierung der Werkbereiche bildender Künstler/innen – keine sachgerechten Bedingungen zur Beteiligung an der Geräteabgabe nach ‚Tarif‘ geben. Hier müssen individuelle Ausgleichsregelungen gefunden werden., die wosohl die investierten Energien (Zeit) und Materialien wie die künstlerische Bedeutung eines Werkes in Anschlag nehmen.

Die Nutzung des hochwertigen Bildwerkes oder Werkentwurfes oder gar des künstlerischen Meisterwerkes, das lediglich als Unikat existiert, d.h. eines geistigen Werkes von hoher intellektueller Potenz ist, das unter Umständen nur spezialisierte Kreise anspricht, und oft Wochen, Monate oder gar Jahre bis zur Vollendung benötigte, kann keiner tariflichen Bewertung von Massenerscheinungen gleich gesetzt werden. Eine Vergütung, die solche Werke populären Werken gleichsetzt, deren Verwertung im Wege von Auflagen erfolgt, wird eine Angemessenheit immer verfehlen. Das ist selbst nach § 13 Abs. 3 S. 1 UrhWG ausgeschlossen. Danach soll Berechnungsgrundlage sogar von ‚Tarifen‘ der geldwerte Vorteil sein, der durch die

Verwertung erzielt wird. Zur Angemessenheit kann im Übrigen auch auf die Regeln zur Gestaltung von Tarifen verwiesen werden, die von Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht in anderen Zusammenhängen angenommen werden. Danach besteht ein Anspruch auf insgesamt kostendeckende und einen angemessenen Gewinn einschließende Einnahmen⁷⁴.

Werke, die, wie Portraitarbeiten, durchschnittlich zu Preisen um 10.000,-- € veräußert werden, und das oft erst nach jahrelangem Warten auf einen Kaufinteressenten, sind im Falle einer 1:1 Vervielfältigung, die das Bildbedürfnis vollständig befriedigt, mit demjenigen Betrag auszugleichen, der von einem Kaufinteressenten für den Erwerb des Werkes einzusetzen gewesen wäre. Gleiches muss für Werkentwürfe gelten, für die unter normalen Umständen mit keinem Abnehmer zu rechnen ist, oder die als vermögenswerter Anteil des geplanten Werkes als Endprodukt stehen bleiben, weil mit einer Privatkopie die Funktion der Werkschöpfung beseitigt worden ist. Es bleibt auf Seiten des/r Urhebers/in eine Menge an frustrierten Arbeitsstunden, Arbeitsmaterial und Fahrtkosten, ohne deren Ausgleich eine entsprechende Arbeit mit anderem Bildpersonal unmöglich gemacht wird.

4.

Im Einklang mit der Auffassung des Bundesgerichtshofes und gegen die Instanzgerichte gebietet auch das Urheberpersönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) eine verfassungskonform einschränkende Auslegung von § 53 Abs. 1 UrhG. § 53 Abs. 1 UrhG ist nicht als Norm geschaffen worden, durch die das Urheberpersönlichkeitsrecht eingeschränkt werden sollte.

Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofes und der Untergerichte verletzen deren Urteile die Beschwerdeführerin in ihrem Urheberpersönlichkeitsrecht. Die vorgenannten Gerichte haben der Auslegung und Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG im konkreten Fall eine grundsätzlich unrichtige Auffassung vom Gegenstand und Umfang des Schutzbereichs des Urheberpersönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) zugrunde gelegt. In dieser Auslegung und Anwendung tasten die beteiligten Gerichte das Urheberpersönlichkeitsrecht in ihrem Wesensgehalt⁷⁵ an (Art. 19 Abs. 2 GG).

Zu Inhalt und Reichweite des Urheberpersönlichkeitsrechts besteht bisher noch keine übersichtliche Rechtsprechung. Auch die Literatur hat sich substantiiert fast nur in den Anfangszeiten der Urheberrechtsgesetzgebung mit der Definition des Urheberpersönlichkeitsrechts befasst.

Wie im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und im Bereich der Kunstfreiheit wird man zwischen dem Intim- und Privatbereich und dem Persönlichkeitsrecht im öffentlichen Bereich unterscheiden müssen.

Das Urheberpersönlichkeitsrecht knüpft in der Gegenwart nicht anders als zu Zeiten der Weimarer Republik an das allgemeine Persönlichkeitsrecht an. Damals schon

⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 8.12.2009, Az.: 2 BvR 758/07, Rn 3; BVerfGE 42, 191, 204; BVerwGE 69, 104, 107.

⁷⁵ Diesen Kernbereich nennt bereits BVerfG, Beschluss vom 25.9.2000, Az: 1 BvR 1520/00 Rn 7.

hieß es: „Der Schutz der Urheberpersönlichkeit ist ein Ausfluss des allgemeinen Schutzes der Persönlichkeit (Name, Ehre, Porträtschutz) ... Der Zweck der künstlerischen Betätigung des Urhebers ist darauf gerichtet, dessen *Individualität zu offenbaren*. Aus der Individualität des Urhebers ergeben sich alle Momente, die die ästhetische Wirkung des Kunstwerks bedingen. Der Künstler hat demgemäß Anspruch darauf, dass sein Werk nicht gegen seinen Willen veröffentlicht oder nicht in seiner Bestimmung entsprechenden Form und Art an die Öffentlichkeit gebracht werde“⁷⁶.

Das Erstveröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG) gehört seiner Idee nach zu den Festen des Urheberpersönlichkeitsrechts. Mit dem Erstveröffentlichungsrecht ist eine Wertentscheidung des Gesetzgebers verbunden, die das Bundesverfassungsgericht im Kontext des geistigen Eigentums bereits insofern aufgenommen hat, als das unveröffentlichte Werk noch nicht der Sozialbindung unterliegt⁷⁷.

Zum Urheberpersönlichkeitsrecht gehört darüber hinaus das Recht auf Respekt und Anerkennung des/r Urhebers/in in seiner Herrschaft, Autorität und Meisterschaft, sowohl im Hinblick auf die künstlerischen Intentionen und Funktionsbestimmungen als auch auf die darin enthaltenen Wertentscheidungen. Hierin erst liegt im Interesse des oben ausgeführten ‚autós épha‘ bzw. ‚ephata‘, wie die Beschwerdeführerin es nennt, die soziale Anerkennung der Künstlerschaft.

Zum Urheberpersönlichkeitsrecht gehört konsequenterweise auch die künstlerische Ehre als Ausdruck des Respekts vor der Identität und Autorität des/r Schöpfers/in in den eigenen Angelegenheit, also hinsichtlich der Authentizität seines/ihrer Werkschaffens. Sie ist unmittelbar beeinträchtigt, wenn andere Außenstehende sich in sog. Kunsturteilen über den/die Künstler/in erheben.

Zum Urheberpersönlichkeitsrecht gehört schließlich das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, das in dem Augenblick geschmälert wird, in dem ein Außenstehender auf Probehandeln/Werkentwürfe zugreift und diese/s ‚fixierend‘ in die eigene Verfügung bringt.

In seinem Kernbereich unterscheidet sich das Urheberpersönlichkeitsrecht damit nicht vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht, zu dem das Bundesverfassungsgericht bereits ausgeführt hat, dass dieses das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung sowie die persönliche künstlerische Ehre umfasse⁷⁸.

Die ganz weit verbreitete Haltung gegenüber bildenden Künstlern/innen, sieht – nach der alltäglichen Erfahrung der Beschwerdeführerin – in der Praxis so aus, dass allein bei dem Begriff ‚Künstler/in‘ oder ‚Urheberpersönlichkeit‘ nur noch der Gedanke aufblitzt, dass es da etwas umsonst geben könnte, was es sonst nirgends gibt. Dass Künstler/innen auch Persönlichkeitsrechte und eine Persönlichkeitssphäre haben, kommt der Mehrheit überhaupt nicht in den Sinn.

⁷⁶ Marwietz, in: A. Osterrieth/Marwitz, Das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie, 1929, Geschichtliche Einl. Zu 1., S. 7

⁷⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 29.6.2000, Az.: 1 BvR 825/98, Rn 23 – Germania 3

⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 13.6.2007, Az.: 1 BvR 1783/05, Rn 71 – Esra u.Hw. auf BVerfGE 54, 148, 153 f.; 99, 185, 193; 114, 339, 346.

Es besteht eine dringende Notwendigkeit, dass ein gesellschaftliches Bewusstsein dafür entwickelt wird, dass bildende Künstler/innen als Urheberpersönlichkeiten auch Persönlichkeitsrechte haben und nicht dazu da sind, andere mit ihrer geistigen Arbeit kostenlos zu bedienen.

In der Fixierung von Werkentwürfen durch einen Fremden, einen Außenstehenden, ohne Zustimmung der Urheberin, kommt es zur Fixierung einer unautorisierten Entäußerung bzw. Selbstmitteilung im Status eines Probehandelns, die sich abträglich auf das Ansehen der Urheberin auszuwirken geeignet ist⁷⁹. Die einzelne fremde Person, die – ohne jegliche persönliche Verpflichtung gegenüber der Urheberin – das Probehandeln gleichsam katalogisiert, indem sie – ohne Zustimmung der Schöpferin – Vervielfältigungen vornimmt oder vorgenommen hat, ist unausweichlich Teil einer vorgelagerten, letztlich nicht zu kontrollierenden Öffentlichkeit. Ungeachtet der vom Bundesgerichtshof betonten Unzulässigkeit des Verbreitungsrechtes hat es diese Person in der Hand, die Werkentwürfe in seinem Besitz nach Opportunität gegen die Künstlerin zu wenden.

Wie schnell solches geschehen kann, hat die Beschwerdeführerin selbst in Bezug auf den Entwurf ihrer Satire ‚Mein täglich Brot als kunst- und kulturschaffender Mensch‘ aus dem Jahr 1974 (**VB 7**) schon in einer Weise erleben müssen, die einem demokratischen Kulturstaat kaum würdig zu sein scheint. In diesem Entwurf schildert die Beschwerdeführerin einzelne Aspekte der prekären Lebensverhältnisse von bildenden Künstler/innen. Im Unterhaltsrechtsstreit mit ihrem geschiedenen Ehemann gereichte der Beschwerdeführerin zum Nachteil, dass der kunst- und kulturferne geschiedene Ehemann – jede kunstspezifische Betrachtung des Entwurfes unterdrückend – ohne Zustimmung der Beschwerdeführerin in den Besitz des Werkentwurfes gelangt war und diesen dem Familiengericht überraschend als Beweis für eine Unterhaltsneurose präsentierte. Ohne Wissen und Zustimmung der Beschwerdeführerin wurde der Entwurf in öffentlicher Verhandlung verlesen und im nachfolgenden Beweisbeschluss zum Gegenstand einer psychiatrischen Begutachtung und Rechtfertigung der Beschwerdeführerin vor einer kunstfernen Psychiaterin gemacht⁸⁰. Die Bemühungen der Beschwerdeführerin, ihre prekären Lebensverhältnisse und die fortgesetzten Eingriffe auch ihres kunstfernen geschiedenen Ehemannes aufzuzeigen, trafen lediglich auf Unverständnis, wurden gegen sie gewendet und letztlich zur Begründung einer partiären Verwirkung des nahehelichen Unterhaltes herangezogen. Die Urheberrechtskammer des Landgerichtes Frankfurt und der Urheberrechtssenat des Oberlandesgerichtes Frankfurt rechtfertigten die Verwertung des Entwurfes später – gegen jede Berufung auf das Urheberpersönlichkeitsrecht und die Kunstfreiheit der Beschwerdeführerin – mit § 45 UrhG⁸¹.

Das Bundesverfassungsrecht hat in einer früheren Entscheidung bereits sehr anschaulich beschrieben, was ein Kunstwerk anstrebt: „Ein Kunstwerk strebt eine gegenüber der „realen“ Wirklichkeit verselbständigte „wirklichere Wirklichkeit“ an, in der die reale Wirklichkeit auf der ästhetischen Ebene in einem neuen Verhältnis zum Individuum bewusster erfahren wird. Die künstlerische Darstellung kann

⁷⁹ A.a.O. [Fn 78] – Esra u.Hw. auf BVerfGE 97, 125, 148 f.; 99, 185, 193 f.; 114, 339, 346.

⁸⁰ Vgl. AG Seligenstadt, Urteil vom 9.8.1993, Az.: 1 F 277/90; OLG Frankfurt, Urteil vom 21.4.1994, Az.: 1 UF 182/93.

⁸¹ LG Ffm, Urteil vom 16.7.1998, Az.: 2/3 O 182/97; OLG Ffm, Urteil vom 20.4.1999, Az.: 11 U 38/98.

deshalb nicht am Maßstab der Welt der Realität, sondern nur an einem kunstspezifischen, ästhetischen Maßstab gemessen werden⁸². Das bedeutet, dass die Spannungslage zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit nicht auf die Wirkungen eines Kunstwerks im außerkünstlerischen Sozialbereich abheben kann, sondern kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung tragen muss. Die Entscheidung darüber, ob eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt, kann daher nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls getroffen werden⁸³.

Trotz Gewährleistung der Kunstfreiheit ist im Bereich der bildenden Kunst wie der Literatur in keiner Weise gewährleistet, dass Personen, die eines Werkstückes habhaft geworden sind, zwischen der Schilderung tatsächlicher Gegebenheiten und einer fiktiven Erzählung differenzieren⁸⁴ oder davon absehen, die breite Unwissenheit um den Unterschied von Realität und Fiktion gegen den/die Künstler/in auszubeuten versuchen.

Auch die Ansätze des Beschwerdegegners gegenüber den Selbstmitteilungen der Beschwerdeführerin ein angebliches Recht am eigenen Bild durchzusetzen, sind hier einzuordnen.

5.

Das angegriffene Urteil des Bundesgerichtshofes wie die Urteile der Vorinstanzen haben §§ 53 Abs. 1, 54 ff. UrhG unter Verletzung der Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung ausgelegt und angewandt. Zugrundeliegt eine grundsätzlich unrichtige Auffassung von Reichweite und Umfang des Diskriminierungs- und Willkürverbotes (Art. 3 Abs. 1 GG).

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln⁸⁵. „Eine Verletzung des Willkürverbots liegt vor, wenn die Rechtsanwendung unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht“. Anders ausgedrückt ist der Gleichheitssatz verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund nicht finden lässt⁸⁶.

Verletzungen der Beschwerdeführerin in Hinsicht auf das Gleichbehandlungsgebot liegen in fünf Hinsichten vor. Diese fünf Hinsichten betreffen

- den Schutz des Intim- und Privatbereichs im Kernbereich der Lebensgestaltung von Künstlern/innen im Vergleich zu Nichtkünstler/innen;
- den Schutz der Selbstdarstellung als Ausfluss des Urheberpersönlichkeitsrechtes im Vergleich zu Nichtkünstlern, die sich auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht berufen können;
- den Schutz der künstlerischen Selbstentfaltung zu vollem Potential im Vergleich zu Künstlern/innen, deren Werkschaffen keinen Kontakt zu Menschen erfordert,

⁸² BVerfG, Urteil vom 13.6.2007, Az.: 1 BvR 1783/05, Rn 83 – Esra unter Bezug auf das Sondervotum Stein in BVerfGE 30, 173, 200, 204 – Mephisto.

⁸³ BVerfG, a.a.O. [Fn 82] – Esra unter Bezug auf BVerfGE 30, 173, 195.

⁸⁴ Vgl. zu dieser Differenzierung bereits BVerfG, a.a.O. [Fn 82], Rn 84 – Esra.

⁸⁵ BVerfGE 42, 64, 72.

⁸⁶ BVerfGE 55, 114, 128.

- die auf Werkentwürfe zugreifen könnten;
- die Zuordnung der vermögenswerten Anteile des geistigen Eigentums im Vergleich zu Künstlern/innen, deren Werke ihrer Art nach Vervielfältigungen zu Zwecken der Privatkopie erwarten lassen;
- die Zuordnung der vermögenswerten Anteile der eigenen Arbeit im Vergleich zu Nichtkünstlern/innen.

Konkret liegt in der Person der Beschwerdeführerin eine Ungleichbehandlung einer ganzen Personengruppe, nämlich derjenigen der bildenden Künstler/innen und hier besonders der freien Künstler/innen der Hochkultur und hier besonders der freien Portraitkünstler/innen vor, deren Werkschaffen typischer den Kontakt zu Bildpersonal verlangt und deren Werke typischerweise lediglich als Unikate verwertet werden.

Liegt eine Ungleichbehandlung von Personengruppen vor, die nicht an personengebundene Merkmale anknüpft, sondern an einen Sachverhalt, so kommt den Besonderheiten des geregelten Lebensbereiches für die Frage, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, erhebliche Bedeutung zu⁸⁷.

Hiernach sind keine Besonderheiten im Lebensbereich von bildenden Künstler/innen zu erkennen, die es rechtfertigen, dass der Beschwerdeführerin wie allen anderen bildenden Künstlern/innen, besonders denjenigen mit einem Arbeitsschwerpunkt im Bereich des Menschenportraits – dazu zählen auch Portraitfotografen – im Rahmen des Urheberpersönlichkeitsrechts derjenige Schutz versagt wird, der jedem anderen Menschen im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährt wird.

Es sind keine Besonderheiten im Lebensbereich von bildenden Künstlern/innen zu erkennen, die es rechtfertigen, dass die Beschwerdeführerin wie alle anderen freien bildenden Künstler/innen, die auf dem Gebiet von Bildwerken und dort besonders von Menschenportraits arbeiten, ihre vornehmlich als Unikate verwerteten Werke ohne jeden Ausgleich gemeinfrei zur Verfügung zu stellen haben.

6.

Die Verfassungsbeschwerde ist hiernach zur Entscheidung anzunehmen. Die Urteile des Bundesgerichtshofes, des Oberlandesgerichtes Frankfurt und des Landgerichtes Frankfurt sind aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Entscheidung gemäß § 95 Abs. 2 BVerfGG an ein zuständiges Gericht zurück zu verweisen.

Dr. Helga Müller
Rechtsanwältin

⁸⁷ BVerfGE 89, 365, 376.