

## Urheberrecht an Fotografien

Tagung vom 11. November 2004 in Winterthur

SASKIA ESCHMANN\*

Die sehr gut besuchte Veranstaltung zum Urheberrecht an Fotografien, welche das Institut für gewerblichen Rechtsschutz Ingres und das Schweizer Forum für Kommunikationsrecht SF zusammen mit der Fotostiftung Schweiz organisiert hatte, fand im erst kürzlich eröffneten Zentrum für Fotografie in Winterthur statt, welches sowohl die Fotostiftung Schweiz als auch das Fotomuseum Winterthur beherbergt. Ziel der Veranstalter war es, die Kriterien, welche eine Fotografie zu einem urheberrechtlich geschützten Werk machen, aus der Sicht aller interessierten Kreise zu diskutieren. Dazu wurden die beiden neueren Bundesgerichtsentscheide «Bob Marley» und «Wachmann Meili» analysiert, die Rechtslage in der EU beleuchtet und vor allem auch der Dialog zwischen den anwesenden Juristen (aus allen interessierten Kreisen) und Fotografen gesucht.

Den Auftakt bildete nach einer Begrüssung durch den Tagungsleiter Dr. Michael Ritscher eine Führung durch die Ausstellung «Im Rausch der Dinge». Diese wirft einen Blick zurück auf das 20. Jahrhundert der Gegenstände, die am Medium der Fotografie gespiegelt werden. Die Aufnahmen, welche im Rahmen dieser Ausstellung gezeigt werden, sind gerade nicht solche aus dem Kunstkontext, sondern Bilder aus der Werbung, den Archiven von Unternehmen und Privaten.

So erstaunte es nicht, als Dr. Peter Pfrunder, der als Direktor der Fotostiftung Schweiz dieses Institut vorstellte, betonte, dass sich in der Sammlung der Fotostiftung nicht nur «Kunstfotografien», sondern auch Knipsbilder, Pressebilder und Werbeaufnahmen befänden. Auch diese würden je nach Kontext und Bedeutung als geistige Schöpfungen gelesen. Er brachte deshalb seine Zweifel an, ob es richtig sei, anhand einer isolierten Fotografie deren Werkcharakter festzustellen, wie es das Bundesgericht tut. Diese Zweifel untermalte Peter Pfrunder mit dem Beispiel des Pressefotografen Emil Brunner, dessen Schaffen lange Zeit unbemerkt blieb. Erst nach seinem Tod erregte eine Serie von über 1000 Kinderportraits, welche Brunner 1943/44 in verschiedenen Dörfern im Bündner Oberland aufgenommen hatte, das Interesse der Öffentlichkeit. Heute werden diese Portraits als eine an Umfang und dokumentarischem Wert einmalige Sammlung begriffen, welche in Ausstellungen gezeigt und als Buch verlegt wurde.

Die von Pfrunder mit Skepsis betrachtete Praxis des Bundesgerichtes analysierte Gitti Hug anschliessend aus juristischer Sicht. Gleich einleitend stellte sie klar, dass Kunst und Urheberrechtsschutz zwei verschiedene Dinge seien. Dies verdeutliche bereits das Gesetz, welches geistigen Schöpfungen der Literatur und Kunst «unabhängig von ihrem Wert oder Zweck» Werkcharakter zuspricht, wenn sie individuellen Charakter haben. Die künstlerische Qualität könne daher auch bei der Fotografie nicht entscheidend sein. Dies hielt das Bundesgericht in BGE 130 III 168, sic! 2004, 395, «Bob Marley» ebenso fest. Es befand ausserdem, dass die Fotografie für sich allein, unabhängig von den Umständen ihrer Entstehung und Planung, zu beurteilen ist, und widersprach insofern dem Obergericht Zürich (Entscheid vom 13. März 2003, LK 000005/U), welches der Fotografie den Urheberrechtsschutz absprach, weil ein Werk nur dann geschaffen sei, wenn der Fotograf den Schnappschuss auf eine so besondere Art geplant hat, dass er wegen dieser Planung als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter erscheint. Laut Bundesgericht ist für die Werkindividualität das erzielte Ergebnis massgebend. Dabei muss der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommen; die Originalität im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber ist nicht erforderlich. Die Möglichkeit, einer Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, liegt in ihrer Gestaltung. Der Grad der verlangten Individualität richtet sich nach dem dem Schöpfer zur Verfügung stehenden Spielraum. Auch im neusten Entscheid des Bundesgerichts zum Urheberrecht an der Fotografie (sic! 1/2005, 14, «Wachmann Meili II») finden sich die meisten dieser Argumente wieder. Das Bundesgericht betont, die Individualität sei unabhängig von der Entstehungsgeschichte der Fotografie, also auch vom getätigten materiellen oder geistigen Aufwand zur Herstellung derselben, zu beurteilen. Zudem hält es fest, dass die statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht jene des Vorhandenseins eines Ereignisses oder einer Sa-

che, wie die Momentaufnahme eines gesellschaftlichen Ereignisses, entscheidend ist. Nach Hug lassen sich aus den beiden Entscheiden zusammenfassend folgende Schlussfolgerungen ziehen: Nicht entscheidend ist die Zugehörigkeit der Fotografie zu den Werken der Literatur und Kunst. Die Abgrenzung zwischen einem Schnappschuss und einem Zufallsbild findet nicht bei der Schutzvoraussetzung der Individualität statt, sondern bei der geistigen Schöpfung. Diese setzt voraus, dass ein Gestaltungswille des Fotografen im Bild erkennbar wird. Die Individualität hängt vom Spielraum des Fotografen ab. Massgebend ist das Ergebnis und nicht die Umstände der Entstehung oder der Aufwand und die Planung. Dabei ist die Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht jene des Ereignisses entscheidend. Durch die Wahl und den Einsatz von Gestaltungsmitteln kann der Fotograf seinem Bild Werkcharakter verleihen. Hug betont wiederholt, dass dem Urheberrecht eine eigenständige Bedeutung zukommt. Zwar kann die positive Einschätzung der Kunstwelt ein Indiz für den Werkcharakter einer Fotografie sein, doch genügt dies nicht für sich allein. Da das Schutzbedürfnis für Fotoaufnahmen bestehen bleibt, wirft Hug am Ende ihres Referats die Frage nach einem «abgestuften Urheberrecht nach Mass» auf.

Timm Starl, Fotospezialist und unter anderem Gründer und Herausgeber der Fotogesichte, einer Zeitschrift für Fotogesichtsforschung und angrenzende Gebiete im deutschen Sprachraum, zeigte sich einigermassen erschreckt über Hugs Bemerkung, das Urheberrecht habe nichts mit Kunst zu tun. Jedenfalls halte er diese Aussage für kulturgeschichtlich falsch. Heute drücke man sich in Rechtsprechung und Lehre vor dem Begriff der Kunst, indem man diesen durch andere Begriffe ersetze. Es sei bezeichnend, dass man lieber vom «Werk» denn vom «Kunstwerk» spreche. In seiner Analyse der beiden Gerichtsurteile aus fotografischer Sicht nahm Starl die Rolle des *Advocatus diaboli* ein. Er widersprach der Argumentation des Obergerichts in der Sache «Wachmann Meili» (OGer ZH vom 19. November 2001 (nicht rechtskräftig), sic! 2002, 96 ff., 98), welche unter anderem darin bestand, der Fotografie die Individualität abzusprechen, weil die Bildelemente so angeordnet waren, wie das jedermann tun würde, der zeigen will, dass Meili im Besitz der fraglichen Dokumente war. Anhand von alten griechischen und russischen Ikonen, einem Bild von Marc Chagall und Fotoaufnahmen aus dem politischen Kontext zeigte Starl auf, dass die Bildkomposition, wie sie auch auf der Fotografie «Wachmann Meili» zu finden ist, in einer Reihe von zahlreichen bedeutenden Abbildungen steht. Eine solche Inszenierung sei nicht beliebig, sondern intendiert und garantiere eine besondere Lesart. Die Fotografie sei daher individuell. Dem Bild «Bob Marley» dagegen sei die Individualität abzusprechen. Insbesondere sei die Aussage, der menschliche Gestaltungswille manifestiere sich in der Wahl des Bildausschnittes und dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme während eines bestimmten Bewegungsablaufes des Sängers, nicht zutreffend. Die Bewegungen an einem Konzert seien viel zu schnell, als dass der Fotograf bewusst einen Bildausschnitt wählen könne. Vielmehr betätige er den Winder und schiesse auf den Zufall vertrauend zahlreiche Fotos, aus welchen er erst im Nachhinein ein gelungenes auslese.

Rechtsvergleichend erörterte Dr. Axel Nordemann aus Postdam die Rechtslage hinsichtlich des Urheberrechts an Fotografien in der EU, insbesondere in Deutschland und Österreich. In Deutschland ist für die Fotografie ein zweistufiger Schutz vorgesehen. Lichtbildwerke geniessen für 70 Jahre post mortem auctoris (§ 64 dUrhG) urheberrechtlichen Werkschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 dUrhG. Der Schutzzumfang schliesst alle Persönlichkeits- und Verwertungsrechte, auch das Bearbeitungsrecht, mit ein. Auf einer zweiten Stufe besteht während 50 Jahren (§ 72 Abs. 3 dUrhG) ein verwandtes Schutzrecht für einfache Lichtbilder gemäss § 72 dUrhG. Auch dieses gewährt die vollständigen Persönlichkeits- und Verwertungsrechte. Das Bearbeitungsrecht ist aufgrund der fehlenden Individualität aber ein beschränktes: Bereits geringfügige Abweichungen führen zu einer freien Benutzung. Auch in Österreich ist nach §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 2 öUrhG auf einer ersten Stufe urheberrechtlicher Werkschutz für fotografische Werke für 70 Jahre post mortem auctoris (§ 60 öUrhG) vorgesehen. Der Schutzzumfang ist derselbe wie in Deutschland. Zudem existiert für einfache Lichtbilder ein verwandtes Schutzrecht für 50 Jahre ab Veröffentlichung oder Herstellung (§§ 73 Abs. 1, 74 Abs. 6 öUrhG). Die Verwertungsrechte entsprechen dabei denjenigen des Urhebers; die Persönlichkeitsrechte sind etwas weniger weitgehend (§§ 74 Abs. 7, 14 Abs. 2 öUrhG). Auf europäischer Ebene muss Lichtbildwerken urheberrechtlicher Werkschutz gewährt werden (Art. 8 der Richtlinie 93/98/EWG des Rates zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte vom 29. Oktober 1993, ABl. Nr. L 290/9); die Schutzdauer ist harmonisiert und beträgt 70 Jahre post mortem auctoris (Art. 1 der Schutzdauer-RL). Nicht harmonisiert ist der Schutz für einfache Lichtbilder. Er ist aber gemäss Art. 6 S. 3 der Schutzdauer-RL vorsehbar. Lichtbildwerken ist nach

Art. 6 S. 1 der Schutzdauer-RL Schutz zu gewähren, wenn sie Individualität aufweisen, also eine eigene geistige Schöpfung vorliegt. Qualitative oder ästhetische Kriterien dürfen dabei nach Art. 6 S. 2 der Schutzdauer-RL nicht angewandt werden. In Deutschland wird nach § 2 Abs. 2 dUrhG eine persönliche geistige Schöpfung verlangt. Ein besonderes Mass an schöpferischer Gestaltung ist nicht erforderlich: Auch die kleine Münze ist geschützt. Durchschnittliche und sogar unterdurchschnittliche fotografische Gestaltungen erhalten Schutz als Lichtbildwerke. Dies bereits dann, wenn nicht nur «geknipt» wurde und ein anderer Fotograf das Bild möglicherweise anders gestaltet hätte. Anhand der zwei Beispiele OLG Hamburg, ZUM-RD 1997, 217 ff., «Troades» und OLG Köln, GRUR 2000, 43 ff., «Klammerpose» zeigte Nordemann auf, welche Anforderungen die deutsche Rechtsprechung an die Gestaltungshöhe bei Lichtbildwerken stellt. In Österreich verlangt § 1 Abs. 1 öUrhG eine eigentümliche geistige Schöpfung. Die Anforderungen sind dabei so niedrig wie in Deutschland. An den Schutz für einfache Lichtbilder werden weder in Deutschland noch in Österreich irgendwelche Anforderungen gestellt. Nordemann erklärte, dass die Fotografie «Bob Marley» sowohl in Deutschland als auch in Österreich als Lichtbildwerk recht eindeutig geschützt wäre und dass sie, falls dennoch Zweifel an der hinreichenden Gestaltung bestünden, sicher Schutz als einfaches Lichtbild geniessen würde. Die Fotografie «Wachmann Meili» wäre ebenfalls in jedem Fall als einfaches Lichtbild geschützt. Angesichts der schwerwiegenden Schutzlücke im Schweizer Recht stellte Nordemann die Frage in den Raum, ob es bei internationalen Sachverhalten unter Umständen vorteilhaft ist, in Deutschland oder Österreich zu klagen.

Wie das Geschäft mit den Fotografien tatsächlich funktioniert und welches die Auswirkungen der beiden Bundesgerichtsurteile in der Praxis sind, sollte Phillippe Perreaux von der Bildagentur Keystone erörtern. Er äusserte sich zunächst zur Funktionsweise und Organisation der grössten Bildagentur der Schweiz, erklärte den Unterschied zwischen News-, Stock- und Archivbildern und zeigte auf, mit welchen Verkaufsmodellen Keystone arbeitet. Die Agentur Keystone handelt nicht nur mit Bildern, sondern beschäftigt auch ein eigenes Fotografen-Team, welches Bilder herstellt. Perreaux hält es für problematisch, dass es im Zweifelsfall erlaubt ist, Bilder aus Zeitungen einzuscannen und weiter zu benutzen. Da bis heute unklar sei, was als Fotografie urheberrechtlich geschützt werde und was nicht, seien die Fotografen und auch die Agentur, abgesehen vom Schutz, den Art. 5 lit. c UWG gewährt, wehrlos. Die juristischen Kriterien, um die Individualität zu begründen, würden querbeet über alle Werkkategorien hinweg einmal angewendet, das andere Mal dagegen weggelassen. Diese Ungleichbehandlung der verschiedenen Kategorien sei durch nichts gerechtfertigt. Die vorhandenen Ansätze seien kompliziert und unpraktikabel. Auf diese Weise werde weder den Fotografen noch den Agenturen, Verwertern, Galerien, Sammlern oder Museen geholfen. Schliesslich umriss Perreaux kurz die seiner Ansicht nach möglichen Lösungsansätze für einen Schutz der Fotografie. Nebst dem grosszügigeren Schutz der Bilder über das Urheberrecht, also einem Schutz der kleinen Münze, der Entwicklung werkartenspezifischer Kriterien für die Individualität und der Einführung eines verwandten Schutzrechts kam auch die Einführung eines Sondergesetzes für fotografische Gestaltungen zur Sprache. Perreaux sprach sich schliesslich für eine Neuausrichtung des URG, welches offen lasse, was als Kunst zu gelten hat, und einen sehr weiten Werkbegriff aus.

An der anschliessenden, teilweise heftigen, Paneldiskussion, welche Dr. Mathis Berger leitete, nahmen nebst allen ReferentInnen auch Prof. Dr. Mischa Senn, Dr. Michael Ritscher und Dr. Sandro Macciachini teil. Es wurden zahlreiche, in den Vorträgen angesprochene Themen noch einmal näher beleuchtet. Insbesondere wurde festgestellt, dass Art. 5 lit. c UWG von den Anwälten kaum je geltend gemacht und von den Gerichten daher auch nicht beurteilt wird. Dies sei erstaunlich, zumal diese Bestimmung zumindest bei identischer Übernahme von Fotografien einen gewissen Schutz bieten könnte. Unabhängig davon, so war wohl die fast einhellige Meinung der Anwesenden, besteht im Schweizer Recht angesichts des Wortlauts des URG und der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine schwerwiegende Schutzlücke in Bezug auf Fotografien. Man sprach sich deshalb einem Vorschlag von Ritscher folgend dafür aus, im Rahmen der anstehenden Revision des URG eine ähnliche Lösung wie in Deutschland oder Österreich ins Schweizerische Gesetz aufzunehmen. Catherine Mettraux vom Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum versicherte, man würde diesbezügliche Vorschläge prüfen, obwohl das vorrangige Ziel der Revision die Umsetzung der WIPO-Verträge sei.

\* Dr. iur., Zürich.