

Giulia Walter

Der neue Art. 2 Abs. 3^{bis} URG – Die Umkehrung des Urheberrechts?

Der neue Art. 2 Abs. 3^{bis} URG, welcher den Weg zum Schutz der nicht-individuellen Fotografie öffnet, wurde bisher in der Lehre fast einhellig kritisiert. Viele Kritiker haben die neue Bestimmung als «Systembruch» und als «Fremdkörper» im Urheberrecht beschrieben. Diese Beschreibung ist interessant, weil sie die neue Bestimmung in Opposition zum vorbestehenden URG stellt. Nach der Darstellung zwei schon entstandener Debatten, zusammenhängend mit der Auslegung der neuen Bestimmung, wird diese Kritik in diesem Artikel mit der Praxis des BGers zum individuellen Charakter des Art. 2 Abs. 1 URG abgewogen.

Le nouvel art. 2 al. 3^{bis} LDA, qui ouvre la voie à la protection de photographies dépourvues de caractère individuel, a été critiqué presque unanimement par la doctrine. De nombreux critiques décrivent cette nouvelle disposition comme une «rupture du système» et un «corps étranger» du domaine du droit d'auteur. Cette description est intéressante, car elle oppose la nouvelle protection à la loi préexistante. Après avoir présenté deux débats déjà engagés au sujet de l'interprétation de la nouvelle disposition, le présent article examine la critique de cette disposition en lien avec la jurisprudence du TF à propos du caractère individuel de l'art. 2 al. 1 LDA.

I. Einleitung

II. Die Ratio legis

III. Was ist wie geschützt?

1. Urheberpersönlichkeitsrechte
2. Nachahmungsfreiheit – ja oder nein?

IV. Das Gegenteil des Urheberrechts?

1. Von der «originalité marquée» zu der «originalité simple»
2. Der individuelle Charakter oder: wie man einen Mythos pflegt

I. Einleitung

Innerhalb weniger Monate im Jahr 2003 wurde die Erleichterung, die der Entscheid «Marley» (BGE 130 III 168) bei Pressefotografen ausgelöst hatte, durch den «Meili»-Entscheid (BGE 130 III 714) jäh beschnitten.¹ Während «Marley» für Berufsfotografen einen Hoffnungsschimmer darstellte, der sie in der Annahme bestärkte, der bestehende urheberrechtliche Rahmen reiche aus, um ihre Arbeit zu schützen, sorgte «Meili» erneut für Verwirrung bezüglich der Frage des Schutzes fotografischer Werke, die «pre Marley» herrschte.²

2012, neun Jahre nach «Meili» und «Marley», bestätigte das «Hayek»-Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in-

dem es die Werkqualität des ersten in Frage stehenden Bildes (welches Nicolas Hayek zeigt, wie er aus seinem Hotelzimmer in New York lehnend das Victory-Zeichen macht) bejaht, sie aber gleichzeitig dem zweiten Bild (das Hayek mit seiner Tochter und Ehefrau vor einem luxuriösen Schwimmbad sitzend zeigt) absprach.³ Unter diesen Umständen ist es bemerkenswert, dass das Gericht – nachdem es den individuellen Charakter der zweiten Photographie verneinte – ausführte: «würde diesem Bild Werkcharakter zugestanden, müsste jedes gelungene Familienfoto unter den Werkbegriff fallen».⁴

Das Aargauer Gericht wusste damals noch nicht, dass die Urheberrechtsrevision 2018/2019 einen noch grosszügigeren Urheberrechtsschutz einführen würde. Einer, der, gemäss dem neuen Art. 2 Abs. 3^{bis} URG, fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben, als Werke betrachtet, und selbst dann, wenn sie objektiv misslungen sind.⁵

Diese neue Bestimmung wurde von ExpertInnen fast einhellig und mannigfaltig kritisiert,⁶ zum Beispiel wegen

GIULIA WALTER, MLaw, Doktorandin, Zürich.

Die Autorin dankt Valerie-Sophie Bühlmann, BLaw und Dana Mareckova, MLaw für die gründliche Durchsicht der Arbeit.

1. R. BÄHLER, Jenseits von Walter Benjamin und Bob Marley, *medialex* 2012, 196; G. HUG, Bob Marley vs Christoph Meili: ein Schnappschuss, *sic!* 2005, 57. In diesem Text wird BGE 130 III 168 ff. einfach «Marley» genannt und BGE 130 III 714 ff. «Meili».
2. Die Fotografie wurde in BGE 130 III 168 ff. E. 4.5 als «Sorgenkind» des Urheberrechts bezeichnet.
3. C. SCHÜTZ, «Hayek-Urteil» des Handelsgerichts Aargau vom 29. August 2012, *sic!* 2013, 329.
4. «Nicolas Hayek», Handelsgericht Aargau vom 29. August 2012 in *sic!* 2013, 347.
5. R. OERTLI, Neues Urheberrecht für Fotografien, *sic!* 2020, 600, spricht über überbelichtete Fotografien, Fotografien von Leuten mit geschnittenen Köpfen oder Füßen, usw.
6. W. EGLOFF, Neues im neuen URG, *Anwaltsrevue* 2020, 275.

ihrer Verfassungswidrigkeit (angesichts der Rechtsungleichheit gegenüber ausübenden KünstlerInnen), wegen der Erschwerung der Kommunikation über Kunst,⁷ wegen fehlender eindeutigen gesetzgeberischen Ratio⁸ und weil sie zu zusätzlicher (Rechts)unsicherheit in der Abgrenzung zwischen zwei- und dreidimensionalen Objekten führt.⁹ Von anderer Seite wurde sie mit dem Kommentar «logisch unmachbar» zurückgewiesen.¹⁰

Eine weitere Meinung, welcher ich am Ende dieses Artikels besondere Aufmerksamkeit schenken werde, kritisiert die neue Bestimmung als einen Fremdkörper im Gefüge des Urheberrechtsgesetzes.¹¹ Ähnliche Ausdrücke beschreiben die Bestimmung als «Systembruch»¹² oder als «Stilbruch»¹³ und als «systemfremd».¹⁴ Sogar SCHÜTZ, ein Berufsfotograf und Medienwissenschaftler, der jahrelang für einen rechtlichen Schutz für alle Fotografien plädiert hat, bezeichnete die Einführung eines Werksschutzes für nicht-individuelle Fotografien als «widersinnig», indem er ausführte, dass man einen solchen Urheberrechtsschutz nicht in ein Gesetz wie das bestehende aufnehmen kann, welches Individualität für alle anderen Werkkategorien voraussetzt.¹⁵

Dieser Artikel beschäftigt sich zuerst mit der Entstehung der neuen Gesetzesbestimmung (II.). Im III. Teil werden zwei bereits entstandene Debatten zur Frage dessen Schutzzumfanges dargestellt. In Teil IV. werden die bereits erwähnten Kritiken über den angeblichen «Bruch» im Urheberrecht näher behandelt. Diese Aussagen sind insbesondere deshalb interessant, weil sie die neue Gesetzesbestimmung so darstellen, als sei sie die «Negativseite» des bestehenden Urheberrechts. Diese Aussagen werden sodann mit der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 2 Abs. 1 URG (die «Positivseite») abgewogen. Es wird überprüft, ob der Schutz für nicht-individuelle Fotografien *tatsächlich* das Gegenteil des Urheberrechts ist.

II. Die Ratio legis

Zunächst ein kurzer Blick auf den *telos* des neuen Urheberrechtsschutzes: Der neue Absatz wurde von professionellen FotografInnen (darunter auch PressefotografInnen) stark gewünscht. Wie bereits ausgeführt, hatte «Marley» die Tür zum Schutz des Schnappschusses geöffnet,¹⁶ dieser potenzielle Schutz wurde aber nach der Veröffentlichung von «Meili» und der Bestätigung der darin etablierten Kriterien in «Hayek» als zu eng empfunden.¹⁷ Das Problem lag im Erfordernis des individuellen Charakters von Art. 2 Abs. 1 URG und seiner Anwendung, welche keine Vorhersage über die Schutzfähigkeit einer Fotografie erlaubte und dadurch Rechtsunsicherheit schuf.

Die Alternative dazu, nämlich die Arbeit von Berufsfotografen nach dem UWG zu schützen,¹⁸ schien aufgrund einer unglücklichen Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu dessen Art. 5 Bst. c UWG nicht praktikabel.¹⁹ Diese Rechtsprechung schränkte den Begriff der unlauteren Übernahme auf Verwendungen marktreifer Arbeitsergebnisse ein, dessen Produktionsaufwand noch nicht amortisiert wurde. Entscheidend für die Berechnung sei zudem allein der für

die erstmalige Herstellung objektiv erforderliche Aufwand, welcher beim Fotografieren nicht sehr hoch ist.²⁰

Aus Furcht vor Rechtsunsicherheit und fehlendem Schutz für ihre Arbeit, wendeten sich die Interessengruppen an das Urheberrechtsgesetz und setzten sich für die Einführung eines neuen Schutzes ein, der explizit nicht auf den – sonst unabdingbaren – individuellen Charakter abstellt.²¹

Dass die Situation auf dem Markt für Bilder als gar nicht so schlimm beurteilt wird²² und dass die Verneinung der Werkqualität von Meilis Portrait und Hayeks Familienfoto von Verfahrensfehlern hätte verursacht worden sein können,²³ wurde vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt. Die Meinung, nach welcher BerufsfotografInnen einen *ad hoc* Schutz bräuchten, setzte sich letztlich in den gesetzgeberischen Verhandlungen durch.²⁴

III. Was ist wie geschützt?

Seit dem 1. April 2020 gilt jede fotografische Wiedergabe und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergabe dreidimensionaler Objekte als Werk, auch dann, wenn sie keinen individuellen Charakter hat. Die Voraussetzungen der geistigen Schöpfung und der Zugehörigkeit zu den Gattungen der Literatur und der Kunst bleiben auch auf die neue Werkkategorie anwendbar,²⁵ da Abs. 3^{bis} nur explizit das Erfordernis des individuellen Charakters streicht.

- 7 Beide Kritiken von F. SCHMIDT-GABAIN, Die Schweiz braucht keinen irrlüchternen Lichtbildschutz, NZZ vom 26.01.2018, 8.
- 8 W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020, URG 2 N 2.
- 9 Y. BENHAMOU, in: P. Mosimann/M.-A. Renold/A. Raschèr, Kunst Kultur Recht, 2. Aufl., Basel 2020, § 1 N 175.
- 10 C. SCHÜTZ, Fotografie und Urheberrecht: Ein Sorgenkind im Wettstreit der Therapeuten, sic! 2006, 372.
- 11 P. MOSIMANN/Y. HOSTETTLER, Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes, recht 2018, 129.
- 12 P. MOSIMANN, Die nicht-individuelle Fotografie, in: P. Mosimann (Hg.), Das revidierte Urheberrecht. Die wesentlichen Neuerungen – eine Standortbestimmung, 19, N 39.
- 13 OERTLI (Fn. 5), 599.
- 14 OERTLI (Fn. 5), 605.
- 15 SCHÜTZ (Fn. 10), 372. C. SCHÜTZ, Schutz von Fotografien: Die Lex Egloff im Kreuzfeuer der Kritik, sic! 6/2021, 285 f. und 292 erklärt, dass ein Lichtbildschutz nach deutschem Vorbild wohl vorzuziehen gewesen wäre.
- 16 P. MOSIMANN/P. HERZOG, Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003, «Bob Marley», sic! 2004, 707.
- 17 C. SCHÜTZ, Der Lichtbildschutz beseitigt die Rechtsunsicherheit im Umgang mit Fotografien, medialex 2018, 49.
- 18 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241).
- 19 BENHAMOU (Fn. 9), § 1 N 175.
- 20 OERTLI (Fn. 5), 605. Für eine detaillierte und kritische Analyse der Rechtsprechung zu Art. 5 lit. c UWG, siehe F. THOUVENIN, Art. 5 lit. c UWG – reloaded, sic! 2018, 595 ff.
- 21 EGLOFF (Fn. 6), 275; im Einzelnen SCHÜTZ (Fn. 15), 285 ff.
- 22 SCHÜTZ (Fn. 10), 369; SCHMIDT-GABAIN (Fn. 7), 8.
- 23 MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), 126.
- 24 Amtl. Bull. NR 2018, 2188.
- 25 EGLOFF (Fn. 8), URG 2 N 35.

Unzweideutig ist, dass der Urheberrechtsschutz mit dieser neuen Bestimmung erheblich erweitert wurde.²⁶ Dass die neue Bestimmung Rechtssicherheit geschaffen hat,²⁷ ist aber eher ein Trugschluss: Fotografische Wiedergaben sind jetzt nicht ganz automatisch geschützt. Vielmehr scheint sich in der immergrünen Diskussion darüber, was individuell ist und was nicht, eine neue Schicht der Unsicherheit – nämlich hinsichtlich des Unterschieds zwischen zweidimensionalen und dreidimensionalen Objekten – manifestiert zu haben.²⁸ Darüber hinaus könnte der Unterschied zwischen einer individuellen Fotografie nach Art. 2 Abs. 2 lit. g URG (d.h., genauer gesagt, einem fotografischen *Werk*) und einer nicht-individuellen Fotografie nach dem neuen Art. 2 Abs. 3^{bis} URG noch mehr an Bedeutung gewonnen haben, und zwar nicht nur aus Gründen des praktischen bzw. des ökonomischen Kalküls, da der Urheberrechtsschutz der nicht-individuellen Fotografie bereits 50 Jahre nach dessen Realisierung abläuft (Art. 29 Abs. 2 lit. a^{bis} URG) und dessen Schutzzumfang wahrscheinlich enger ist (s. unten im Detail), sondern auch weil die Verneinung des individuellen Charakters als ästhetisches Urteil rezipiert werden könnte. Letzten Endes wurde die nicht-individuelle Fotografie bisher als banales Knipsbild dargestellt, das jedermann mit einer automatischen Kamera aufnehmen könnte.²⁹

1. Urheberpersönlichkeitsrechte

Eine erste Debatte betrifft den Umfang der Anwendbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte (insb. das Recht auf Werkintegrität) auf die neue Urheberrechtsbestimmung.

Gemäss einer Lehrmeinung seien solche URG-Bestimmungen, welche vom individuellen Charakter sprechen (d.h. Art. 3 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 lit. b URG, wegen des Verweises) «natürlich» nicht anwendbar auf nicht-individuelle Werke.³⁰ Die Bearbeitung dieser fotografischen «Quasi-Werke» stelle kein Werk zweiter Hand nach Art. 3 URG dar, da es keinen individuellen Charakter der benutzten Fotografie gäbe, der im neuen, darauf abgestützten Werk noch «erkennbar bleiben» könne.³¹ Daraus folgt, dass jene, die UrheberInnen im Sinne von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG werden, nicht berechtigt sind, zu bestimmen, ob und wann ihre Werke für die Schaffung eines Werks zweiter Hand benutzt werden können.³² Dass eine unterschiedliche Behandlung betreffend das Recht auf Werkintegrität gerechtfertigt sei, wird auch damit begründet, dass die fehlende Individualität fotografischer Werke nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG auf die fehlende Verbindung mit der Persönlichkeit des Urhebers und deswegen auf herabgesetzte Urheberpersönlichkeitsrechte hinweise.³³ Als Beispiel wird Art. 11 Abs. 2 URG herangezogen, welcher zwar nicht von individuellem Charakter spricht, trotzdem aber den unveräusserlichen «harten Kern» der Urheberpersönlichkeitsrechte adressiert.³⁴

Auf diese letzte Folgerung – dass der individuelle Charakter mit der Urheberpersönlichkeit verbunden ist und deswegen einen erhöhten Schutz erfordert – kann man jedoch erwidern, dass die Urheberrechtsrevision von 1992 sich von der Gleichung «Individualität gleich Stempel der Persön-

lichkeit³⁵ des Autors» verabschiedet hat. Spätestens seit 2003 (mit «Marley») ist klar geworden, dass das, was ein Werk ausmacht, nicht in angeblichem Zusammenhang mit der Persönlichkeit des Autors steht, sondern vielmehr in Eigenschaften, die dem Werk inhärent sind, zu tun hat.³⁶

Die Botschaft zur Revision des Urheberrechtsgesetzes führt hingegen aus, dass FotografInnen nicht-individueller Fotografien dieselben Vermögens- und Urheberpersönlichkeitsrechte übriger UrheberInnen haben und erwähnt keine einzige Ausnahme.³⁷ Diese Auffassung wird auch in der Lehre einzeln vertreten. Gemäss dieser Meinung kann sich die Fotografin einer nicht-individuellen Fotografie auf die exklusiven Rechte nach Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 URG berufen, um sich einer ungewünschten Nutzung ihres Werkes zu widersetzen. Es wird argumentiert, dass ein Werk zweiter Hand nach Art. 3 Abs. 1 URG welches auf der Grundlage eines nicht-individuellen Werkes geschaffen wird, auf jeden Fall den individuellen Charakter des Originalwerkes «verblässen» lässt, da das benutzte Werk gar keinen individuellen Charakter hat. Aus dieser zweiten Meinung folgt, dass ein Werk zweiter Hand auch auf der Grundlage einer nicht-individuellen Fotografie möglich ist.³⁸ Der Autor einer solchen Fotografie kann deshalb diese Nutzung verbieten.³⁹

2. Nachahmungsfreiheit – ja oder nein?

Eine vielleicht noch brisantere Debatte betrifft die Möglichkeit, Nachahmungen des eigenen Quasi-Werkes entsprechend der neuen Bestimmung verbieten zu können.

Eine Nachahmung liegt vor, wenn ein Erzeugnis nach einer bestimmten Vorlage mehr oder weniger getreu nachgebildet wird, ohne dass diese Vorlage in das Reproduk-

26 EGLOFF (Fn. 6), 275.

27 SCHÜTZ (Fn. 17), 48 ff.; und auch BBl 2018, 621.

28 Zum Beispiel S. SYKORA, «Lichtbildschutz reloaded»: Der «Schutz der nicht individuellen Fotografie» im neuen Entwurf für die Modernisierung des Schweizer Urheberrechts, KUR 2/2018, 54 f.; OERTLI (Fn. 5), 601.

29 In BGE 130 III 714 ff.; für eine Kritik der Verwendung von «banal» für die Beschreibung nicht-individueller Fotografien, siehe: MOSIMANN/HERZOG (Fn. 16), 707.

30 EGLOFF (Fn. 8), URG 2 N 38.

31 EGLOFF (Fn. 8), URG 3 N 6.

32 D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020, URG 11 N 13.

33 EGLOFF (Fn. 8), URG 2 N 38, BARRELET/EGLOFF (Fn. 32), URG 11 N 20; OERTLI (Fn. 5), 604.

34 OERTLI (Fn. 5), 603.

35 Dieser Wortlaut z.B. in BGE 113 II 196 ff. E. I.2.

36 BGE 130 III 168 ff. E. 4.4.

37 BBl 2018 591, 620.

38 Die Individualität von Computerprogrammen ist auch eine Art «sui generis» Individualität (vgl. Fn. 51). Trotzdem ist es möglich, eine Bearbeitung davon zu machen. Entscheidend ist die sog. Abstandslehre, mit welcher bestimmt wird, ob das benutzte Programm noch erkennbar oder hingegen verblässen ist: R. M. HILTY, Der Schutz von Computerprogrammen – nationale und internationale Normen auf dem Prüfstand des Internets, sic! 1997, 131.

39 MOSIMANN (Fn. 12), 15, N 32; SCHÜTZ (Fn. 15), 291 f., im Ergebnis mit MOSIMANN einverstanden, nicht aber mit dessen Argumentation.

tionsverfahren einbezogen wurde. Die Nachahmung ist von der unmittelbaren Übernahme abzugrenzen, bei welcher das Erzeugnis gegenständlich ins Reproduktionsverfahren einbezogen wurde,⁴⁰ wie bei «copy paste».

Der grösste Unterschied des Urheberrechts zum oben erwähnten Art. 5 lit. c UWG besteht hinsichtlich der Behandlung der Nachahmung. Das UWG verbietet Nachahmungen nicht.⁴¹ Dort herrscht das Prinzip der Nachahmungsfreiheit, welches zum Zwecke eines dynamischen Wirtschaftsprozesses die Kopie als Voraussetzung für die Innovation betrachtet und deshalb zu einer raschen Diffusion immaterieller Güter beiträgt.⁴²

Dass dies im Bereich des Urheberrechts anders ist,⁴³ erklärt u.a. ein Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Stadt. Darin ging es um die Werkqualität einer Panoramaaufnahme der Stadt, die vom Basler Münster aus aufgenommen wurde. Das Gericht legte fest, dass «der Bereich der klägerischen Fotografie sich nicht monopolisieren lasse; das Motiv werde seit langer Zeit gewählt und dargestellt». Deswegen könne von statistischer Einmaligkeit keine Rede sein. Das Gericht führte dann weiter aus: «Bildausschnitt und Proportionen der klägerischen Fotografie sind nicht originell oder individuell; es handelt sich bei der klägerischen Fotografie um ein Bild, das – vor allem mit den heute vorhandenen technischen Hilfsmitteln – auch andere in gleicher oder zumindest sehr ähnlicher Weise zustande bringen können».⁴⁴ Die Tatsache, dass potenziell jedermann genannte Fotografie gleich oder sehr ähnlich aufnehmen und deshalb nachahmen könnte, ist ein klares Argument dafür, keinen Urheberrechtsschutz zu gewähren. Für den Urheberrechtsschutz müsste die Fotografie so einmalig sein, dass eine Nachahmung ausser Frage steht oder aber eine Urheberrechtsverletzung darstellen würde.

Im Lichte des Dargelegten gilt es sich zu fragen, ob unter der neuen Bestimmung von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG die Nachahmung einer nicht-individuellen Fotografie gestattet oder verboten ist. Zwei mögliche Antworten sind bereits von der Lehre ausformuliert worden:

Auf einer Seite stellt SCHÜTZ fest, dass da der neue Absatz eine neue *Werk*kategorie einführt, diese wie übrige Werke zu schützen sei. Dabei nimmt er Rückgriff auf die klassische Abgrenzung zwischen dem Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten (wie u.a. dem Lichtbildschutz): Nur die Gestaltung des neuen Schutzes als verwandtes Schutzrecht hätte es gestattet, nicht-individuelle Fotografien nachzuahmen.⁴⁵

Auf der anderen Seite vertritt OERTLI die Gegenposition, gemäss derer Nachahmungen – «auch wenn Blickwinkel und Einstellungen identisch sind» – sicher und in jedem Fall erlaubt seien. Die Fussnote zu dieser Aussage verweist auf einen ursprünglichen Vorschlag der Arbeitsgruppe zum Urheberrecht AGUR12-II für den Wortlaut der neuen Bestimmung. Im zweiten Satz sah dieser Vorschlag explizit vor: «Nachahmungen solcher Fotografien und Erzeugnisse sind erlaubt». Bei genauer Betrachtung war dieser Wortlaut allerdings für einen neuen Art. 34a URG bestimmt, welcher sich entsprechend der Systematik unter Titel 3 befindet, der

den verwandten Schutzrechten gewidmet ist.⁴⁶ Dieser Weg führt offensichtlich nicht weiter: Die heutige Gesetzessystematik suggeriert, dass Nachahmungen nicht gestattet sind. Die historische Auslegung spricht hingegen für eine Nachahmungs-erlaubnis. Da die Systematik des ursprünglichen Vorschlags eine andere gewesen wäre, bekräftigt diese Auslegung aber auch die heutige Annahme, dass Nachahmungen nicht-individueller Fotografien verboten sind.

Art. 10 Abs. 1 URG regelt das allgemeine, ausschliessliche Recht des Urhebers, zu bestimmen, wann und wie sein Werk verwendet wird.⁴⁷ Ob das Werk in unveränderter oder leicht geänderter Form benutzt wird, macht keinen Unterschied. Eine Verwendung liegt bereits vor, wenn die wichtigen, individuellen Züge des Werkes benutzt werden.⁴⁸ Art. 10 Abs. 2 URG listet in nicht abschliessender Weise mögliche Werkverwendungen auf. Bst. a legt das ausschliessliche Recht des Autors fest, Werkexemplare herzustellen (Vervielfältigungsrecht).⁴⁹ Als Werkexemplare gelten nicht nur solche Werke, die mit der Technik des «copy paste» hergestellt werden, sondern auch Nachahmungen, die ohne direkten Einbezug des Originalwerkes hergestellt werden (z.B. das Abmalen einer Fotografie oder eben die Aufnahme der gleichen Fotografie).⁵⁰

Wie bereits oben ausgeführt: Eine Kopie eines Werkes ohne Einbezug dieses Werkes herzustellen, lässt sich zwar unter dem Urheberrecht verbieten, allerdings nicht unter Art. 5 lit. c UWG oder Art. 33 ff. URG. Die Aufnahme einer gleichen (oder ähnlichen) Fotografie zu einer individuellen, vorbestehenden Fotografie aufzunehmen, stellt eine unwahrscheinliche, dennoch mögliche Urheberrechtsverletzung dar. Die Frage ist, ob dies auch für nicht-individuelle Fotografien gilt, nun da sie «als Werke gelten».

Angesichts der Menge an Bildern und der umfangreichen Palette an Subjekten, die wir täglich aufnehmen, würde ein ausschliessliches Recht auf nicht-individuelle Fo-

40 THOUVENIN (Fn. 20), 596.

41 E. PAHUD, Zur Kritik an der Umwegtheorie, sic! 2004, 806.

42 R. H. WEBER/L. CHROBAK, in: R. Heizmann/L. D. Loacker (Hg.), UWG. Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich 2018, UWG. 5 c N 1.

43 S. MACCIACCHINI, Konflikt? Welcher Konflikt?, *medialex* 2002, 167.

44 Appellationsgericht Basel-Stadt vom 20. Mai 2016, ZK.2015.9, E. 2.3.

45 S. VON GUNTEN, Interview mit Schütz Christoph: «Kein Scherz – Das neue Urheberrecht», www.vfg.ch/kein-scherz-das-neue-urheberrecht/ (Februar 2021).

46 OERTLI (Fn. 5), 603, dort Fn. 33.

47 M. REHBINDER/A. VIGANÒ, URG Kommentar. Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 10 N 1.

48 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 47), URG 10 N 1; BARRELET/EGLOFF (Fn. 32), URG 10 N 1.

49 REHBINDER/VIGANÒ (Fn. 47), URG 10 N 7.

50 Ein «Schweizer Beispiel» einer Nachahmung im Bereich der Fotografie ist Peter Tillessens «Ofenpass» (2012). Der Fotograf nahm dieselbe Landschaftsfotografie als die von Andreas Gurskys «Ofenpass» (1994) auf, indem er mit demselben Licht, Distanz und Anordnung arbeitete, siehe: www.centrefotogeneve.ch/en/expo/peter-tillessen/. Die Zulässigkeit Tillessens Fotografie hängt von zwei rechtlichen Überlegungen ab: *Erstens*, ob Gurskys Fotografie als fotografisches Werk nach Art. 2 Abs. 2 lit. g URG oder eher als nicht-individuelle Fotografie einzustufen ist. Für den zweiten Fall gilt es sich *zweitens* zu fragen, ob die Nachahmung einer nicht-individuellen Fotografie gestattet ist oder nicht.

tografien höchstwahrscheinlich sehr rasch eine Monopolisierung von Teilen der Realität verursachen.⁵¹ Denn trotz Gesetzessystematik und wortlaut müssen Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a URG für den Bereich nicht-individueller Fotografien restriktiv ausgelegt werden.

Derart ausgelegt ist der neue Absatz materiell dem Lauterkeitsrecht nach UWG und den verwandten Schutzrechten näher als dem Urheberrecht im herkömmlichen Sinne.⁵²

IV. Das Gegenteil des Urheberrechts?

Wie bereits erwähnt, wurde die neue Bestimmung von verschiedenen Kommentatoren als Fremdkörper im Gefüge des Urheberrechts beschrieben. Die Tatsache, dass das URG neu nicht-individuelle Fotografien Werken gleichsetzt, ist als gesetzgeberischer Nonsense rezipiert. Da bisher das Schweizerische Urheberrecht einen Urheberrechtsschutz nur individuellen Werken gewährt hatte,⁵³ wirft ein Urheberrechtsschutz für nicht-individuelle Werke tatsächlich einige Fragen auf.

Angesichts der Empörung könnte man die Behauptung aufstellen, dass der individuelle Charakter eine unantastbare Eigenschaft des schweizerischen Urheberrechts darstellt, eine *conditio sine qua non*, mit welcher das Urheberrecht steht oder fällt. In der Folge setze ich mich mit diesen Kritiken auseinander.

1. Von der «originalité marquée» zu der «originalité simple»

Obwohl die Voraussetzung eines bestimmten Grades an Individualität (oder Originalität) ein typisches Merkmal des kontinentaleuropäischen Urheberrechtsschutzes ist,⁵⁴ schützen dieselben kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gleichzeitig auch die sog. kleine Münze.⁵⁵ Kleine Münzen, so wie es der Name nahelegt, sind Werke, die durch einen geringen Grad an Individualität gekennzeichnet sind.⁵⁶

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts enthält viele Beispiele, welche die Herabsetzung der Anforderungen an individuellen Charakter illustrieren. In BGE 100 II 167 wurde es etabliert, dass Architekten kein besonders originelles Werk produzieren müssen, um Urheberrechtsschutz zu erlangen, sondern ein geringer Grad an Individualität ebenfalls bereits reicht. Um diesen Unterschied zu bemerken, kreierten die BundesrichterInnen die Konzepte der «originalité simple» und der «originalité marquée».⁵⁷ In BGE 117 II 466 wurde der individuelle Charakter eines Bauwerkes trotz des Bestehens einer «praktisch gleichen Konstruktion» in Solothurn bejaht.⁵⁸ In einem anderen Entscheid gewährte das Bundesgericht Werkqualität zu einem Zeitungsartikel über «Ereignisse, über welche jedermann hätte berichten können», eine Tatsache, die den Gestaltungsspielraum des Autors eingrenzte.⁵⁹

In der Pressefotografie geht es auch darum, Realität abzubilden. Ein Beispiel dafür ist das bereits erwähnte Portrait von Christoph Meili, welches ihn in der brisanten Zeit der

Bekanntgabe der geheimen Dokumente porträtiert. Über das Ereignis hätte tatsächlich jedermann Bericht erstatten können. Die Möglichkeit einer Herabsetzung des Individualitätsgrades wurde im Entscheid aber nicht erwähnt. Dass die Fotografin Gisela Blau sogar auf ihre Leistung beharrte, «zur richtigen Zeit am richtigen Ort» gewesen zu sein und die Wichtigkeit des Meilis für seine Zeit anerkannt zu haben,⁶⁰ wurde vom Bundesgericht nicht berücksichtigt. Ganz im Gegenteil, diese Argumentation wurde später als prozesualer Fehler eingestuft.⁶¹

Die Herabsetzung des Individualitätsgrades in ganz bestimmten Fällen und für bestimmte Werkkategorien wurde sowohl kritisiert,⁶² als auch gelobt.⁶³ Zweifellos ist, dass sie eine wichtige Säule der Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichts in Sachen Art. 2 Abs. 1 URG geworden ist.⁶⁴

51 Siehe vorne III.2., Entscheid des Appellationsgericht Basel-Stadt vom 20. Mai 2016, ZK.2015.9.

52 Kritisch SCHÜTZ (Fn. 15), 289; S. BEUTLER/R. M. STUTZ, Copyright v. droit d'auteur, recht 1998, 3, beschreiben tatsächlich Common Law Urheberrechtssysteme als einen Ausgleich für das Fehlen eines Wettbewerbsrechtsgesetzes. Gem. I. CHERPILLOD, in: B. K. MÜLLER/R. OERTLI (Hg.), Stämpflis Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, URG 2 N 9, erfordert die Voraussetzung der geistigen Schöpfung von Art. 2 Abs. 1 URG, die ebenfalls für Art. 2 Abs. 3^{bis} URG gilt, ein bestimmtes Grad Neuigkeit. Das könnte allenfalls als Hilfsmittel beigezogen werden, um anderen zu verbieten, die exakt gleiche Fotografie aufzunehmen.

53 EGLOFF (Fn. 8), URG 2 N 31 f., beschreibt den Schutz von Computerprogrammen nach Art. 2 Abs. 3 URG, ebenfalls als fehl am Platze im Urheberrecht. Wenn man die Systematik des Gesetzes anschaut, sollten Computerprogramme einen individuellen Charakter haben. Allerdings ist ein gelungenes Computerprogramm kein besonders raffiniertes oder verschnörkeltes, sondern ein neues, genial einfaches und leistungsfähiges. Diese Neuigkeit soll bereits demonstrieren, dass das Computerprogramm individuell ist. Siehe auch: OGer ZH, sic! 2013, 697 ff. E. 5, «Bildungssoftware», wo die Individualität des Computerprogrammes vermutet wird. In seiner Anmerkung auf S. 705 ff., R. M. HILTY führt aus, dass es im Urheberrecht jeder Grundlage entbehrt, den individuellen Charakter zu vermuten.

54 BEUTLER/STUTZ (Fn. 52), 3.

55 BEUTLER/STUTZ (Fn. 52), 3; G. HANSEN, Warum Urheberrecht?: Die Rechtfertigung des Urheberrechtes unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden 2009, 46 f., diagnostiziert in der Erosion der Schutzrechtsgrenzen und in der Aufnahme des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme eine der Ursachen für die «gegenwärtige Legitimationskrise des Urheberrechtes».

56 REHBINDER/VIGANO (Fn. 47), URG 2 N 7.

57 BGE 100 II 167 ff. E. 7.

58 BGE 117 II 466 ff. E. 2.

59 BGer, JdT 1996 I 242 ff. E. 2, «Zeitungsartikel», aber auch in: OGer ZH, sic! 2010, 889 ff. E. 1.1, «Love», wo Indianas zeitgenössisches Kunstwerk die Werkqualität zugesprochen wurde. Es wurde dafür argumentiert, dass «die Natur eines Werkes unter Umständen nur wenig Platz für eine persönliche Auswahl an Gestaltungsmöglichkeiten lässt».

60 BGE 130 III 714 ff. E. 2.2.

61 MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), 126.

62 M. SENN, Die urheberrechtliche Individualität – eine methodische Annäherung, sic! 2017, 524. R. M. HILTY, Anmerkung zum Urteil vom 19. August 2002, «Hobby Kalenders», sic! 2003, 29 f. Was Hiltys Kritik betrifft, dass die Herabsetzung der Individualität zu einem unverhältnismässigen Urheberrecht führt, siehe a.M. HUG, (Fn. 1), 61 und dort Fn. 43, wo erklärt wird, dass einer kleinen Individualität ein kleiner Schutzzumfang entspricht.

63 Zum Beispiel P. MOSIMANN, Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zu BGer, sic! 2004, 705 ff., «Bob Marley», 707; MOSIMANN (Fn. 12), 27, N 56.

64 EGLOFF (Fn. 8), URG 2 N 13; CHERPILLOD (Fn. 52), URG 2 N 17.

Angesichts dieser etablierten Praxis scheint die Beschreibung der neuen Bestimmung als «Fremdkörper» übertrieben. Der neue Abs. 3^{bis} scheint vielmehr die Fortsetzung einer bereits im Gang gesetzten Trends zu sein, wenn auch «auf der anderen Seite», wo die Voraussetzung des individuellen Charakters explizit weggelassen wurde. Eine präzise Linie zwischen individuell und nicht-individuell zu zeichnen hat sich in der Rechtspraxis als sehr schwierig erwiesen. Dieselbe Linie zwischen der «kleinen Münze» (oder in den Worten des Bundesgerichts, «originalité simple»⁶⁵) und der nicht-individuellen Fotografie zu zeichnen, ist aber praktisch unmöglich.⁶⁶

So betrachtet scheint der «Systembruch» viel mehr semantischer (indem der individuelle Charakter einfach vom Wortlaut gestrichen wurde) als materieller (im Sinne eines radikal ausgeweiteten – sogar willkürlichen – Urheberrechtsschutzes) Natur zu sein.

2. Der individuelle Charakter oder: wie man einen Mythos pflegt

Auf das Inkrafttreten von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG wurde im Kreis der Urheberrechtler mit reichlich Irritierung reagiert. Sinngemäss wird damit am individuellen Charakter festgehalten, um darzulegen, dass diese neue Bestimmung eine gefährliche Ausweitung des Urheberrechtsschutzes mit sich bringt. Diese Darstellung des Urheberrechts ist aber bloss diskursiv, da gleichzeitig plädiert wird, dass der Schutz für Fotografien als ein nicht-exklusiver Schutz ausgestaltet wer-

den sollte, so dass auch die gering individuelle Fotografie geschützt werden könnte.⁶⁷ Damit wird aber der individuelle Charakter faktisch zum leeren Mythos erhoben, welcher bereits bloss durch dessen Nennung die Wirkung des Urheberrechtsschutzes entfaltet.

Die Absicht, die Arbeit von BerufsfotografInnen schützen zu wollen, ist an sich legitim, insbesondere angesichts des defizitären Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Sehr Ähnliches wird aber auch mit der Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf alle geistigen Schöpfungen mit einem minimalen Grad an individuellem Charakter verfolgt. Der Unterschied liegt darin, dass im zweiten Fall ein individueller Charakter behauptet wird, obschon das angebliche Werk «von jedermann realisiert werden konnte» und gar nicht einmalig ist. Und im ersten Fall verursacht das Fehlen des individuellen Charakters erhebliche praktische Auslegungsprobleme. Angesichts des Risikos der «Realitätsmonopolisierung» mit einem eventuellen Nachahmungsverbot für nicht-individuelle Fotografien müssen die Rechte, welche das Urheberrechtsmonopol gewährt, angepasst (sprich: in ihrer Zahl oder ihrem Schutzzumfang herabgesetzt) werden. Die Einschränkung der Urheberrechte, um die Praktikabilität des URG beizubehalten, lässt das URG jedoch zu einem UWG-ähnlichen Rechtsinstrument werden.

Es scheint daher, dass das Urheberrecht mit dem Kriterium des individuellen Charakters steht oder fällt, ganz gleich, ob das Kriterium rigoros (und deswegen exklusiv) angewandt wird oder aber nur behauptet wird.

65 BGE 100 II 167 ff. E. 7.

66 Schon M. KUMMER, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, 166, sagte: «Noch niemand vermochte zu sagen, wo die sogenannte «kleine Münze» aufhört und das Silbergeld beginnt».

67 MOSIMANN (Fn. 12), 27, N 56; MOSIMANN/HERZOG (Fn. 16), 707.

Zusammenfassung

Der neue Art. 2 Abs. 3^{bis} URG wurde in der Hoffnung erlassen, dass er endlich Klarheit über die Frage des Urheberrechtsschutzes der Fotografien schaffen könne. Damit erhalte die bis dahin schutzlose Kategorie der BerufsfotografInnen Rechtssicherheit und Rechtsansprüche.

Diverse Kritiken von der Lehre dämpften die Hoffnungen aus verschiedenen Gründen, namentlich wurde vorgebracht, die neue Bestimmung kreierte zusätzliche Rechtsunsicherheit, anstatt die bestehende aufzuheben. Darüber hinaus werde die neue Bestimmung von mehreren Stimmen als «Fremdkörper», als «Stilbruch» im Gefüge des Urheberrechts beschrieben. Grund dafür sei das absichtliche Weglassen des im Urheberrecht zentralen Individualitätskriteriums.

Trotz der vielen Kritiken ist der Schutz für nicht-individuelle Fotografien am 1. April 2020 in Kraft getreten und nun gilt es, eine sinnvolle Auslegung zu erarbeiten. In den Debatten um die Anwendung ist aber das Kriterium der Individualität und dessen Handhabung in der Rechtsprechung der grosse Abwesende. Genauer gesehen stellt sich die neue Bestimmung aber vielmehr als Kontinuität der bundes- und kantonsgerichtlichen Rechtsprechung, nicht als «Stilbruch» heraus. Das Inkrafttreten dieser neuen Bestimmung könnte damit als Gelegenheit zur Reflexion über das Selbstverständliche im URG dienen und die folgende Frage soll gestellt werden: Wieso stellen sich bei Art. 2 Abs. 3^{bis} URG Auslegungsprobleme, die nicht auch für den Schutz der sog. kleinen Münze gelten?

Résumé

Le nouvel art. 2 al. 3^{bis} LDA, a été adopté dans l'espoir d'apporter une certaine clarté concernant la question de la protection des photographies par le droit d'auteur. La catégorie des photographes professionnels, jusqu'alors non protégée, obtient ainsi une sécurité juridique et des droits en la matière.

Divers critiques ont toutefois tempéré ces espoirs pour différentes raisons, arguant notamment que la nouvelle disposition ajouterait à l'insécurité plutôt que de la réduire. En outre, diverses voix décrivent également la disposition comme un «corps étranger» et une «rupture de style» dans le domaine du droit d'auteur, le critère du caractère individuel, pièce maîtresse du droit d'auteur, ayant délibérément été supprimé.

Malgré les nombreuses critiques, la protection des photographies dépourvues de caractère individuel est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020; il s'agit désormais d'en établir une interprétation pertinente. Le critère du caractère individuel et son traitement par la jurisprudence sont pourtant les grands absents des débats concernant l'application de la nouvelle disposition. Or, après examen détaillé, celle-ci s'inscrit plutôt dans la continuité de la jurisprudence des tribunaux cantonaux et fédéraux – et ne semble pas représenter une «rupture de style». L'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition pourrait donc être l'occasion de réfléchir à ce qui, jusqu'à ce jour, semblait aller de soi dans la LDA. Il convient aujourd'hui de se poser la question suivante: pourquoi l'art. 2 al. 3^{bis} LDA pose-t-il des problèmes d'interprétation qui semblent absents en ce qui concerne les œuvres dont le caractère individuel est peu prononcé?