

Zur Diskussion / A discuter

Fotografie und Urheberrecht Ein Sorgenkind im Wettstreit der Therapeuten

CHRISTOPH SCHÜTZ*

Aus publizistischer Sicht hat das Bundesgericht mit den Urteilen «Marley» und «Meili» hervorragende Arbeit geleistet: Das zuerst ergangene Marley-Urteil hat viele Urheberrechtler und Fotografen aufatmen und das Verdikt aus Lausanne als Leiterteil loben lassen, weil es endlich einen umfassenden Schutz für Fotografien zu garantieren schien. Kurz darauf folgte mit dem Meili-Urteil die kalte Dusche: diese Fotografie wurde höchstinstanzlich zum urheberrechtlichen Freiwild erklärt. Dem Bundesgericht ist es damit gelungen, im Vorfeld der URG-Revision die Gemüter derart zu erhitzen, dass auch zwei Jahre später das Thema Urheberrecht und Fotografie Anlass engagierter Fachartikel, Tagungen und Diskussionen ist. So kann sich das «Sorgenkind» Fotografie seither jedenfalls nicht mehr darüber beklagen, dass man sich seinetwillen keine Sorgen machen würde. In diesem Beitrag werden die wichtigsten Parameter des Problemfeldes thematisiert und die in sic! in jüngster Vergangenheit vorgeschlagenen «Therapieansätze» diskutiert. Schliesslich wird aufgezeigt, wie der aktuelle Graben zwischen Praxis und Rechtsprechung überwunden und damit das «Sorgenkind» gesund und erwachsen werden könnte.

D'un point de vue médiatique, le Tribunal fédéral a accompli un travail remarquable avec les arrêts «Marley» et «Meili»: l'arrêt Marley, le premier rendu, a permis aux spécialistes du droit d'auteur et aux photographes de respirer. On a vu dans le verdict de Lausanne un arrêt de principe dans la mesure où il semblait enfin garantir une protection étendue des photographies. Ce fut peu après la douche froide avec l'arrêt Meili: la plus haute instance a refusé la protection de la photographie qui faisait l'objet de cet arrêt. Le Tribunal fédéral est parvenu ainsi, en marge de la révision de la LDA, à échauffer les esprits à tel point que deux ans plus tard encore, photographie et droit d'auteur ont suscité des articles, séminaires et discussions engagés. Depuis, «l'enfant terrible» qu'est la photographie ne peut donc plus se plaindre que l'on ne s'occupe pas de lui. Dans cet article, l'auteur pose les bases essentielles du problème et lance le débat sur les «solutions thérapeutiques» proposées récemment dans la revue sic! Enfin, l'article montre comment franchir le fossé qui sépare la jurisprudence de la pratique pour remettre ainsi l'«enfant terrible» sur le droit chemin.

- I. Problemkonstituierende Parameter**
 1. Fotografie als Medium
 2. Die Realität auf dem Bildermarkt
 3. Der Kunstbegriff
 4. Die Urteile «Marley» und «Meili»
 5. Zu Rhetorik und Problemlösungsstrategien im juristischen Feld
- II. Kritik aktueller Lösungsvorschläge**
 1. Die Verteidigung des status quo
 2. Die Absage an den Kunstbegriff
 3. Der Abschied vom geschützten Werk
 4. Nicht individuelle Fotografien schützen
 5. Schutz über Art. 5 lit. c UWG
- III. Paradigmenwechsel**
 1. Auswege aus der Sackgasse?
 2. Wieso die Praxis funktioniert
 3. Welcher Schutzzumfang?
 4. Fazit

Zusammenfassung / Résumé

I. Problemkonstituierende Parameter

1. Fotografie als Medium

a) *Fotografien werden weder geschöpft noch gestaltet*

Fotografie ist eine Technik, mit der sich latent bereits vorhandene visuelle Eindrücke – also Bilder – fixieren lassen. Eine Fotografie ist demnach immer das Resultat eines technischen Abbildungsvorgangs. Welches Bild aus der unendlichen Anzahl der latent vorhandenen Bilder und mit welcher Technik dieses eingefangen wird, entscheidet ein Mensch, in der Regel der Fotograf¹. Die «gestalterische» und damit geistige Leistung in der Fotografie resultiert daher weniger aus einem «Schöpfungsprozess», sondern ist vielmehr das Ergebnis eines Auswahlverfahrens auf verschiedenen Ebenen: Die Wahl des Sujets, die Wahl des Ausschnitts, die Wahl des Zeitpunkts, die Wahl der eingesetzten Technik. Dieses Auswahlverfahren kann von einem Bildautor bewusst und unter grossem geistigem Aufwand geleistet werden. Ebenso entsteht aber eine Fotografie, wenn eine an einer Schulter schlingende Kamera mit dem Auslöseknopf an einen Pfosten schlägt, das resultierende Bild also keineswegs die Folge einer geistigen Leistung darstellt. So unbefriedigend es sein mag, lässt sich aus einer Fotografie in der Regel nicht schlüssig herauslesen, ob und welche «schöpferische Leistung» zu ihrer Entstehung beigetragen hat. Ebenso wenig manifestiert sich eine eventuelle «schöpferische Leistung» zwingend in einer «individuellen Gestaltung» und kann eine «individuelle Gestaltung» auf eine «schöpferische Leistung» zurückgeführt werden. Um beim Beispiel der schlingenden Kamera zu bleiben, dürfte ein solcher Zufallstreffer sogar eine «statistisch einmaligere» und damit individuellere Gestaltung aufweisen, als manche bewusst gestaltete Fotografie. Schliesslich lässt sich aufgrund des Abbildcharakters von Fotografien die sogenannte «Gestaltung» nie vom aufgenommenen Sujet trennen. Der vom Bundesgericht geäusserte Grundsatz, wonach das Sujet bei der Beurteilung der Individualität keine Rolle spielen dürfe, ist deshalb unvereinbar mit den medieninhärenten Eigenschaften der Fotografie. Unter anderem aus diesen Gründen entzieht sich die Fotografie den im Urheberrecht vorgesehenen Kriterien zur Beurteilung ihrer Schützbarkeit².

b) *Der virtuelle Charakter von Fotografien*

Fotografie als Bildmedium hat einen virtuellen Charakter: Das eigentliche Bild ist nicht – wie zum Beispiel ein Gemälde oder eine Skulptur – an einen bestimmten materiellen Träger gebunden; es kann kopiert, digitalisiert, gedruckt und verbreitet werden, ohne dass das eigentliche Bild dabei abgenutzt wird. Das von einem Fotografen hergestellte Produkt, die Fotografie, lässt sich aufgrund dieses virtuellen Charakters nur ungenügend mit technischen Massnahmen vor unbefugtem Zugriff und der Weiterverwertung schützen. Der Schutz von Fotografien wurde deshalb folgerichtig ins Immaterialgüterrecht integriert, jedoch leider dem für Werke der Kunst vorbehaltenen Urheberrechtsgesetz unterstellt. Dies führt dazu, dass in der Schweiz viele Fotografien schutzlos dastehen.

In der ganzen Diskussion geht leider oft vergessen, dass sich das Schutzbedürfnis von Fotografien nicht aus ihrer eventuellen Zugehörigkeit zur Kunst ergibt, sondern aufgrund der fehlenden technischen Möglichkeiten des Schutzes eines Arbeitsergebnisses. Das Anliegen der Fotografen besteht nicht darin, dass ihre Bilder durchwegs den Status von Kunstwerken erreichen, sondern darin, dass sie die Verwertungshoheit über ihre Arbeitserzeugnisse behalten.

2. Die Realität auf dem Bildermarkt

Täglich werden in der Schweiz von Zeitungen, Werbeagenturen und vielen anderen professionellen Bildnutzern Tausende von Fotografien angefordert und weiterverbreitet. Dafür bezahlt der Herausgeber des entsprechenden Erzeugnisses dem Fotografen ein Nutzungshonorar. Diese Praxis basiert auf der einleuchtenden Übereinkunft der Branche, dass der Urheber einer Fotografie erstens entscheiden darf, ob und wofür sein Werk benutzt wird und zweitens, dass er etwas verdienen soll, wenn jemand

¹ Auch bei Bildern, die von Automaten aufgenommen werden (z.B. Radar- oder Satellitenbilder), die Autorenschaft also nicht offensichtlich ist, bestimmt letztlich ein Mensch, wann und wovon der Automat ein Bild machen soll. Der Radarautomat wird zum Beispiel so programmiert, dass er genau in dem Moment fotografiert, an dem sich ein Auto, das mit einer bestimmten Mindestgeschwindigkeit fährt, an einer ganz bestimmten Stelle fotografiert wird.

² Der Autor hat in *medialex* 2005 detailliert aufgezeigt, wieso diese Kriterien bei der Anwendung auf Fotografien nicht taugen. Der Aufsatz ist in ungekürzter Fassung verfügbar unter www.fotografie-urheberrecht.ch/download.html.

anderes sein Bild nutzt. Die Frage, ob es sich bei einer verwendeten Fotografie nun um ein urheberrechtlich geschütztes «Werk der Kunst» handelt oder nicht, stellt sich in der Regel nicht. So hat sogar die BBC der Fotografin des Meili-Bildes nachträglich ein Honorar für dessen unautorisierte Publikation zahlen wollen; erst als es zum Gerichtsfall kam, weil die Fotografin damit nicht einverstanden war, kam die Frage ins Spiel, ob das Bild überhaupt durch das URG geschützt sei.

Die in den meisten Fällen also gut funktionierende Praxis des Bildermarktes steht jedoch in krassem Widerspruch zur schweizerischen Rechtsprechung, dies hat das Meili-Urteil deutlich gezeigt: Fotografien, die gemäss URG keine «Werke der Kunst» sind, weil sie nicht das Resultat einer «geistigen Schöpfung» oder zuwenig «individuell gestaltet» sind, wird der Schutz versagt. Im konkreten Fall ist es also durchaus gestattet, Fotografien, die zum Beispiel keine «gestalterische Individualität» aufweisen, aus Bildbänden zu kopieren, und neu aufgelegt als Postkarten zu verkaufen, ohne dass der Fotograf oder eine Verwertungsgesellschaft dafür um ein Einverständnis gefragt noch ein Nutzungshonorar bezahlt werden muss.

3. Der Kunstbegriff

Ob ein Werk ein Werk der Kunst ist, lässt sich nicht zwingend aus den Eigenschaften des Werks selber ablesen, sondern vielmehr aus dem Kontext, in dem das Werk entsteht und in dem es präsentiert oder diskutiert wird. Kunst ist demnach in erster Linie, was ein Künstler schafft, was in einem Kunstmuseum ausgestellt wird oder von Kritikern als Kunst bezeichnet wird; kunsthandwerkliche Kriterien spielen – spätestens seit Duchamps – höchstens noch eine unbedeutende Rolle. Es ist deshalb realitätsfremd, wenn das geltende URG die Zugehörigkeit zur Kunst – und damit den urheberrechtlichen Schutz – nach wie vor von aus dem Werk selber ablesbaren Kriterien abhängig macht³.

Die Beibehaltung des Kunstbegriffs im URG ist ein unglücklicher Kompromiss der letzten URG-Revision. Grundsätzlich hat man damals die Zeichen der Zeit erkannt und auf die Kriterien «geistige Schöpfung» und «individueller Charakter» fokussiert, so wurde z.B. auch der Einbezug von Computerprogrammen möglich. Die lediglich historisch-traditionell zu begründende Festhaltung am Kunstbegriff als Kriterium für die Schutzwürdigkeit hat zu einer widersprüchlichen Situation geführt, aus der nun krampfhaft Auswege gesucht werden.

4. Die Urteile «Marley» und «Meili»

Das Marley-Urteil wurde von etlichen Kommentatoren mit Begeisterung aufgenommen⁴, weil endlich ein höchstinstanzlicher Leitentscheid vorlag, der auch scheinbar «normalen» Fotografien den Urheberrechtsschutz zusprach. Das Meili-Urteil⁵ brachte darauf die Ernüchterung: eine Fotografie, aus der viele Kommentatoren eine sogar noch grössere Gestaltungsleistung ablesen⁶, stand nun schutzlos da. Auf die Konsternation folgte eine profundere Analyse der Urteilsbegründungen, diese hat zu diversen Erkenntnissen geführt: a) die angewandten Entscheidungskriterien sind für Fotografien unbrauchbar, weil sie dem Wesen des Mediums zuwiderlaufen⁷; b) die Zugehörigkeit zur «Kunst» ist offensichtlich keine Schutzvoraussetzung mehr und könnte demnach aufgegeben werden⁸; c) die zwei Entscheide des Bundesgerichts sind «spekulativ» und «intuitiv»⁹, resp. objektiv nicht begründbar, sie sind vielmehr Ausdruck eines unausgesprochenen Willens der Richter¹⁰. Die beiden Urteilsbegründungen haben also vor allem den Argumentationsnotstand der Richter offen gelegt,

³ BBI 1989 III 521.

⁴ P. Studer bezeichnete in der NZZ am Sonntag vom 21. März 2004 den Entscheid im Fall «Marley» als «überzeugendes Leiturteil». W. Egloff stellte in medialex 2004 fest, dass sich «mit diesem klaren Urteil» der im URG von 1992 verankerte gesetzgeberische Wille endlich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt habe. P. Mosimann / P. Herzog schrieben in sic! 2004, 705 zum Marley-Urteil: «Mit seinem Urteil hat das Bundesgericht sicherlich einen Meilenstein auf dem Weg zum urheberrechtlichen Schutz der Fotografie gesetzt.»

⁵ BGer, sic! 2005, 14, «Wachmann Meili II».

⁶ P. Studer, NZZ vom 14. November 2004; K. Troller, «Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts», 2. Aufl., Basel 2005, 146.

⁷ Ch. Schütz, medialex 2005, der Aufsatz ist in ungekürzter Fassung verfügbar unter www.fotografie-urheberrecht.ch/download.html.

⁸ G. Hug, «Bob Marley v. Christoph Meili: ein Schnappschuss», sic! 2005, 57; P. Mosimann / P. Herzog, «Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003 – «Bob Marley», sic! 2004, 705.

⁹ G. Hug (Fn. 8).

¹⁰ G. Wild, Urheberrechtsschutz der Fotografie, sic! 2005, 87.

wenn es darum geht, mit dem geltenden Gesetz den Urheberrechtsschutz einer Fotografie objektiv und logisch nachvollziehbar zu begründen.

5. Zu Rhetorik und Problemlösungsstrategien im juristischen Feld

Als Kommunikations- und Medienwissenschaftler ist der Autor dieses Beitrags um eine systemische Sicht des Problems bemüht. Die Leserinnen und Leser mögen es einem Nicht-Juristen deshalb verzeihen, wenn er die juristische Rhetorik ebenfalls als problemkonstituierenden resp. lösungsfavorisierenden Faktor thematisiert. Der Umstand, dass sich in unserem Land beim Urheberrechtsschutz von Fotografien eine dermassen quer zur Praxis des Bildermarkts stehende Rechtsprechung bis heute halten kann, ist wohl nicht zuletzt der höflich-schweizerischen Zurückhaltung zu verdanken, die es den Akteuren im juristischen Umfeld verbietet, Klartext zu sprechen und wo nötig Missstände in Gesetz und Rechtsprechung auch einmal ungeschönt zu kritisieren. Wenn Kritik an Urteilsbegründungen als «Würdigung» etikettiert und Fehler Teile dezent als «problematisch» bezeichnet werden, sich bloss «Fragen stellen», «Vermutungen nahe liegen» und andere Lösungen «wünschbar» bleiben und sich neue Vorschläge selten über die Konditionalform hinaus wagen, darf es nicht erstaunen, wenn der status quo noch lange die Oberhand behält. Lieber arrangieren wir uns hierzulande mit dem Umstand, dass Computerprogramme eine Kunstform sind und es sich beim Schattenwurf von Bob Marleys Lockenpracht um eine einmalige gestalterische Leistung eines Fotografen handelt.

Zudem behindert folgender Umstand eine zeitgemässe Revision: In Aufsätzen und Abhandlungen zum Problem «Urheberrecht und Fotografie» wird tendenziell zu stark Referenz auf Literatur und Urteile aus der Vergangenheit genommen, anstatt sich an der aktuellen Realität zu orientieren. Eine solche ungesunde Dynamik des Wiederaufbereitens nicht mehr zeitgemässer Erkenntnisse und Urteile verstärkt Denkmuster, mit denen sich die aktuellen Problemstellungen nicht mehr bewältigen lassen. Schliesslich sei hier noch angefügt, dass das hier thematisierte Sorgenkind nicht «Fotografie» heissen muss, sondern «Urheberrechtsgesetz». Der Autor wünscht sich deshalb den Zeichen der Zeit verpflichtete Juristen und Fachpersonen, die sich dem Thema vorbehaltlos annehmen und diesem Trauerspiel endlich ein Ende setzen.

II. Kritik aktueller Lösungsvorschläge

1. Die Verteidigung des status quo

Die Autoren Peter Mosimann und Peter Herzog haben in einem Diskussionbeitrag das Marley-Urteil als Meilenstein auf dem Weg zur Anerkennung jeglicher Fotografie als Werk im Sinn von Art. 2 URG bewertet¹¹. Sie haben richtigerweise die Begriffe «Kunst», «Knipsbild», «banale Fotografie» oder «Schnappschuss» als willkürlich und juristisch nicht fassbar und damit als untaugliche Kriterien für das Abwägen der Schutzwürdigkeit beurteilt. Sie interpretieren die Urteilsbegründung zum Marley-Bild dahingehend, dass jeder fotografischen Tätigkeit in jedem Fall ein schützenswertes fotografisches Werk im Sinne von URG Art. 2, Abs 2 entspringen könne, entscheidend seien ausschliesslich die Kriterien der «geistigen Schöpfung» und der «Werkindividualität».

Eine stringente Reduktion auf diese zwei Kriterien mag aus prozessökonomischer Sicht grundsätzlich noch sinnvoll erscheinen. Ob es auch sinnvoll ist, z.B. einen von einem Schüler in einem Fotokurs gemachten Schnappschuss eines turnenden Hamsters, dessen Ohr zum Zeitpunkt der Aufnahme gerade einen statistisch einmaligen Schatten auf den Käfig geworfen hat, analog zum Marley-Urteil als Kunstwerk urheberrechtlich zu schützen, scheint hingegen mehr als fraglich. Die grundsätzliche Zulassung jeder Fotografie zur Beurteilung ihrer Schutzfähigkeit nach URG ist zwar zu begrüssen, der Notstand damit jedoch bei weitem nicht behoben. Der Kern des Problems liegt gerade in den beiden von den Autoren als sinnvoll erachteten Kriterien. Setzt man sich näher mit deren Qualität auseinander, wird klar, dass sie für Fotografien untauglich sind. Woran die Kriterien scheitern, wurde vom Autor in Kapitel I unter Punkt 1 zusammengefasst und an anderer Stelle bereits ausführlich dargelegt¹².

¹¹ P. Mosimann / P. Herzog (Fn. 8).

¹² Ch. Schütz, medialex 2005, der Aufsatz ist in ungekürzter Fassung verfügbar unter www.fotografie-urheberrecht.ch/download.html.

2. Die Absage an den Kunstbegriff

Gitti Hug hat in ihrem Beitrag in sic! 2005, 57 richtigerweise darauf hingewiesen, dass entgegen den Vorgaben von Art. 1 URG das Kriterium der «Kunstzugehörigkeit» einer Fotografie weder beim Marley- noch beim Meili-Urteil explizit geprüft worden sei. Die Kunstzugehörigkeit werde in der aktuellen Gerichtspraxis vielmehr von der Erfüllung der beiden Kriterien der «Werkindividualität» und der «geistigen Schöpfung» abhängig gemacht. Die urheberrechtliche Konsequenz aus einer solchen Definition von Kunst sei, dass viele in der Kunst anerkannte Fotografien z.B. von Henri-Cartier Bresson oder Bernd Becher urheberrechtlich nicht geschützt sein könnten, weil sie die dazu nötige Werkindividualität nicht aufweisen würden. Diesen Umstand empfindet die Autorin als störend.

Dieser Standpunkt ist einleuchtend: Wieso soll ein durch ein Museum oder eine Drucksache öffentlich gemachtes Kunstwerk nicht generell Schutz vor unbefugtem Zugriff und einer Weiterverwertung durch Dritte geniessen? Hug zieht hier einen abgestuften Schutz in Betracht, wie ihn Frank Vischer 1983 vorgeschlagen hat¹³. Würde man nun (Kunst)werken, die nach heutiger Urheberrechtspraxis in der Schweiz nicht geschützt sind, trotzdem einen Schutz gewähren, müsste konsequenterweise auch Fotografien (und allen anderen virtuell verfügbaren Werken) ein ebensolcher Schutz gewährt werden. Alles andere entspräche einer Ungleichbehandlung.

Als Konsequenz aus dem Ansatz von Hug ergibt sich, dass nicht nur das Kriterium der Kunstzugehörigkeit – wie aktuell bereits praktiziert – irrelevant für einen grundsätzlichen Schutz wäre, sondern auch jenes der Werkindividualität und der geistigen Schöpfung. Die Schutzberechtigung ergäbe sich vielmehr aus dem Umstand, dass diese Werke offensichtlich einen Wert aufweisen, sich dieser aber weder mit technischen Massnahmen noch dem gültigen URG genügend schützen lässt. Ob für einen solch grundsätzlichen Schutz die selbe Schutzhöhe gelten soll, wie für Werke, die die Kriterien der «Werkindividualität» und der «geistigen Schöpfung» erfüllen, sei dahingestellt. Wichtig wäre die Erfüllung des Grundsatzes, wonach Leistungen, die als technisch einfach zu kopierende Werke vorliegen, unabhängig von irgendeinem Kriterium einen Schutz vor unbefugtem Zugriff geniessen, oder anders ausgedrückt: «What is worth copying is prima facie worth protecting».

Gitti Hug hat mit ihrem Beitrag rund um den Kunstbegriff auf eine zentrale Ungereimtheit in der aktuellen schweizerischen Urheberrechtspraxis hingewiesen. Der Lösungsansatz mit dem von Hug dezent vorgeschlagenen abgestuften Schutz sollte weiterverfolgt werden.

3. Der Abschied vom geschützten Werk

Gregor Wild hat in sic! 2005, 87 ebenfalls die Urteile Marley und Meili reflektiert und Vorschläge für alternative Entscheidungskriterien bei der urheberrechtlichen Beurteilung von Fotografien angeregt.

Die Urteile Marley und Meili seien die Resultate eines Richterkollegiums, das aufgrund «sozialadäquater Überlegungen» diese Fotografien habe schützen resp. nicht schützen wollen. Die angewandten Kriterien «Individualität» oder «statistische Einmaligkeit» seien entbehrlich, weil sie im Einzelfall nicht sinnvoll angewendet werden könnten. Dieser Kritik ist zuzustimmen.

Als Alternative schlägt Wild die Beurteilung einer gegebenen Kommunikationssituation als Ganze vor: in einer Art Indizienverfahren soll festgestellt werden, ob in einem konkreten Fall eine Urheberrechtsverletzung vorliegen würde oder nicht. Aus medienwissenschaftlicher Sicht ist der Einbezug sowohl des Entstehungskontexts wie des Präsentations- und Rezeptionskontexts bei der Beurteilung einer Fotografie zu begrüssen. Unkompatibel ist dieser Vorschlag jedoch mit dem Anspruch der Praxis sowie des geltenden Urheberrechts, den Schutz am Werk selber festmachen zu können¹⁴. Im konkreten Fall könnten gemäss dem Ansatz von Wild Fotografien von ungeschützten zu geschützten Werken mutieren und umgekehrt. Aus Gründen der Rechtssicherheit liegt dies weder im Interesse von Autoren noch Bildnutzern.

Hinzu kommt, dass die von Wild ins Spiel gebrachten Indizien subjektiv und damit ebenso entbehrlich sind, wie die von ihm kritisierten. Wenn ein Richtergermium – wie vorgeschlagen – den «ersten Eindruck» oder «die Aura» einer Fotografie beurteilen soll, würde hiermit erneut der Willkür Tür und Tor geöffnet. Ebenso wenig könnte die angeregte «Detailanalyse von Gestaltungselementen» objektive

¹³ G. Hug (Fn. 8).

¹⁴ BGE 130 III 168, vgl. hierzu auch die Anmerkung von I. Cherpillod / M. Berger zum «Mummenschanz»-Urteil des KantGer St. Gallen vom 19. Juni 2002.

Indizien für eine Schutzwürdigkeit liefern¹⁵. Wild bringt hier erstaunlicherweise Begriffe wie «harmonisch wirkend», «besonders» oder «ungewöhnlich» ein, nachdem er im selben Beitrag die Begriffe «eigenartig» und «originell» als untauglich verworfen hat.

Zuzustimmen ist Wild jedoch in zwei Punkten: Es ist richtig, dass sich die ganze Diskussion im Grunde um die Frage dreht, ob sich das schweizerische Urheberrecht weiterhin am Kunstbegriff orientieren soll. Trotz gegenläufiger Praxis¹⁶ gibt es Stimmen wie jene von Gregor Wild, die das nach wie vor wollen.

Zum Zweiten fragt sich Wild, warum Fotografien überhaupt auf ihre Schutzwürdigkeit geprüft werden müssten, dies mit Hinweis auf den Leitsatz «What is worth copying is prima facie worth protecting». Diesem Satz stimmt der Autor des vorliegenden Beitrags voll zu. Hingegen ist es wie oben erwähnt aus praktischer Sicht unerwünscht, den Schutz vom Werk abzukoppeln und von einem Kontext abhängig zu machen.

4. Nicht individuelle Fotografien schützen

Der Verband «Schweizer Berufsfotografen» SBf hat in seiner Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf der URG-Teilrevision vorgeschlagen, unter Art. 2 die neue Werkkategorie der «nicht-individuellen Fotografien» einzuführen¹⁷. Damit sollte erreicht werden, dass Fotografien, aus denen keine gestalterische Individualität ablesbar ist, trotzdem urheberrechtlich geschützt sind. Dieser Vorschlag lehnt sich an die Gesetzgebung einiger anderer EU-Staaten an, die den zweistufigen Schutz von Fotografien kennen: Einen höheren – mit jenem des schweizerischen URGs vergleichbaren – Schutz von Fotografien, die als «eigentümliche geistige Schöpfungen» anerkannt sind, und ein weniger weit gehender nachbarrechtlicher Schutz für «einfache Lichtbilder», denen eben der individuelle Charakter fehlt.

Die Einführung einer solchen Werkkategorie würde praktisch sämtliche Fotografien¹⁸ urheberrechtlich schützen und damit die etablierte Praxis des Bildermarktes in der Schweiz endlich auch im Gesetz verankern.

So wünschenswert das angestrebte Resultat wäre, erweist sich dieser Vorschlag aus urheberrechtlicher Sicht als widersinnig: Das gemäss aktueller Rechtsprechung zentrale Kriterium für den Schutz eines Werkes ist dessen Individualität. Man kann nun nicht in ebendieses Gesetz eine Werkkategorie aufnehmen, deren Qualität gerade darin besteht, dass sie das geforderte Kriterium der Individualität explizit nicht erfüllt. So müsste ein Richter in einem konkreten Fall prüfen, ob eine solche «nicht-individuelle» Fotografie nicht vielleicht doch Individualität aufweist und also urheberrechtlich geschützt werden könnte.

Wie berechtigt und nachvollziehbar das Anliegen der Fotografen nach dem Schutz ihrer Arbeitsergebnisse ist, zeigen die unter www.fotografie-urheberrecht.ch/ publizierten Fallbeispiele. Der in die Revisionsrunde eingebrachte Vorschlag des SBf ist jedoch wie dargelegt innerhalb des geltenden URGs aus logischen Gründen nicht realisierbar. In Frage käme höchstens ein nachbarrechtlicher Schutz, vergleichbar mit der in Deutschland und Österreich praktizierten Ausgestaltung.

5. Schutz über Art. 5 lit. c UWG

Verschiedentlich wurde darauf hingewiesen¹⁹, dass sich Art. 5 lit. c UWG eignen würde, um die unautorisierte Übernahme und Verwertung von Fotografien zu sanktionieren.

Art. 5 lit. c UWG wurde geschaffen, um dem kommerziell ausgerichteten, serienmässigen Raubkopieren von Musik-CDs und anderen Tonträgern Einhalt zu gebieten. Gemäss Wortlaut dieses Artikels ist entscheidend, ob das Kopieren «ohne angemessenen eigenen Aufwand» geschieht oder nicht. Die

¹⁵ Der Autor hat in seinem Beitrag in *medialex* 2005 aufgezeigt, dass sich in der Fotografie aus medieninhärenten Gründen die «Gestaltung» nicht vom Sujet trennen lässt und daher als Kriterium für Fotografien generell nicht taugt.

¹⁶ Weder das Bundesgericht noch der Bildermarkt scheinen sich heute am Kunstbegriff zu orientieren, bei der Revisionsrunde 1992 empfahl die Expertenkommission, den Begriff «Kunst» zu streichen, insbesondere um die Aufnahme von anderen Werksgattungen wie Computerprogrammen zu ermöglichen.

¹⁷ www.ige.ch/D/suchen/QueryIgePublic.asp, PDF-Dokument unter Punkt 8.

¹⁸ Fotografien, die nicht als geistige Schöpfungen qualifiziert würden, blieben so nach wie vor schutzlos.

¹⁹ M. Berger u.a. an einer Soirée für Kommunikationsrecht am Medienausbildungszentrum MAZ in Luzern vom 10. Januar 2005, G. Hug (Fn. 8).

Übernahme und Verwertung als solche ist jedoch nicht verboten. Art. 5 lit. c UWG soll eben gerade kein Ersatzinstrument für vom URG nicht geschützte Werke sein, sondern eine unlautere Art des Kopierens und der Verwertung verbieten.

Wie gering ein solcher Aufwand sein darf, belegt ein Urteil des Bundesgerichtes aus dem Jahr 2005: Eine Internetfirma hat ab diversen Internetseiten Inserate kopiert und diese ohne massgebliche Veränderung auf ihrer eigenen Seite veröffentlicht. Dieses Vorgehen beurteilte das Bundesgericht mit Hinweis auf den geleisteten Aufwand als rechtmässig²⁰. Analog dazu könnte sich jeder Bildnutzer, der eine Fotografie ohne Rechteclearing übernimmt und vermarktet, auf den eigenen geleisteten Aufwand durch Scannen, Bildbearbeitung, Druckvorstufe, etc. für die Aufbereitung einer Publikation berufen. Das UWG eignet sich somit für die in der Praxis strittigen Fälle nicht. So wäre zum Beispiel im Fall Meili die Übernahme dieser Fotografie in den Film der BBC gemäss UWG erlaubt gewesen.

III. Paradigmenwechsel

1. Auswege aus der Sackgasse?

Der Urheberrechtsschutz von Fotografien in der Schweiz ist an einem Punkt angelangt, an dem man sich eingestehen muss, dass der mit der URG-Revision von 1992 eingeschlagene Weg falsch war. Wie die diversen Analysen der Urteilsbegründungen der als Leiterteile gedachten Fälle «Marley» und «Meili» gezeigt haben, lässt sich mit den Instrumenten des URGs die Schutzwürdigkeit einer Fotografie nicht sinnvoll beurteilen. Hinzu kommt, dass diese Urteile im Widerspruch zur Praxis des Bildermarktes stehen und dementsprechend zu mehr Verunsicherung denn Klarheit geführt haben. In verschiedenen Beiträgen wurde deshalb nach einem Ausweg aus dieser unbefriedigenden Situation gesucht. Weiter oben wurden die aktuell im Raum stehenden Ansätze auf ihre Praxistauglichkeit hin geprüft. Der Vorschlag Mosimann / Herzog, der «Werkindividualität» und «geistige Schöpfungen» als Kriterien beibehalten will, scheitert an der Unverträglichkeit dieser Kriterien mit dem Medium Fotografie. Der Vorschlag Hug, der in Richtung abgestuften Schutz zielt, die definitive Streichung des Kunstbegriffs aus dem URG vorschlägt und insbesondere auf die Problematik von urheberrechtlich nicht geschützten (Kunst-)werken hinweist, sollte weiterverfolgt und konkretisiert werden. Der Vorschlag Wild, der den Urheberrechtsschutz vom konkreten Werk loslösen will, läuft u.a. den Interessen der Rechtssicherheit entgegen; der vorgeschlagene Indizienkatalog verfällt zudem erneut subjektiven und für die Fotografie untauglichen Kriterien. Der im Vernehmlassungsverfahren eingebrachte Vorschlag der Berufsfotografen, im URG eine Werkkategorie «nicht individuelle Fotografien» neu einzuführen, ist chancenlos, weil er der Logik des URGs zuwiderläuft. Schliesslich erweist sich auch der Ausweg für nicht urheberrechtlich geschützte Fotografien über Art. 5 lit. c UWG aufgrund dessen engen Auslegung als nicht gangbar.

2. Wieso die Praxis funktioniert

Angesichts einer solch verfahrenen Situation müsste man meinen, dass auf dem schweizerischen Bildermarkt chaotische Zustände herrschten und die Gerichte mit Klagen überhäuft würden. Dem ist aber nicht so. Die Praxis funktioniert nach einem Prinzip, das sowohl Anbietern wie Nutzern von Bildern offensichtlich logisch und gerecht erscheint; dieses basiert auf dem Grundsatz «What is worth copying is prima facie worth protecting». Fotografien werden also – unabhängig von irgendeinem Kriterium – als Arbeitsergebnis betrachtet, über dessen Nutzung der Hersteller bestimmen darf. Ein grundlegendes Schutzbedürfnis von Fotografien wird also nicht über einen potenziellen Werkcharakter begründet, sondern über den virtuellen Charakter des Mediums Fotografie und den sich daraus ergebenden Nutzeransatz: Ein einmal veröffentlichtes Bild entzieht sich technischen Schranken, die eine unerlaubte Verwendung verhindern könnten, aus diesem Grund müssen Fotografien einen grundsätzlichen Schutz erhalten, der eine Verwendung durch Dritte von einem Rechteclearing abhängig macht. Der Paradigmenwechsel besteht also darin, dass der Schutzanspruch aus der Optik einer Nutzungssituation beurteilt wird und nicht aus der Optik einer Werkqualität.

3. Welcher Schutzzumfang?

Aus heutiger Sicht scheint die sinnvollste Lösung für Fotografien, die gemäss URG ungeschützt dastehen, in der Schaffung eines verwandten Schutzrechtes zu liegen, dies auch mit Blick auf die Kom-

²⁰ BGE 131 III 384 ff. vom 4. Februar 2005.

patibilität im EU-Raum. Zieht man jedoch die durch die Gerichtspraxis bestätigte Tendenz in Betracht, dass die Zugehörigkeit zur «Kunst» für den urheberrechtlichen Schutz irrelevant ist, und anerkennt man das Versagen der bisher angewandten Kriterien bezüglich Fotografien, so wäre der ehrlichste Weg in einer Welt, in der sich der Wert einer Sache über deren finanziellen Nutzen definiert, den Schutz von Fotografien (und evtl. auch anderer WerkGattungen) eher im Sinn eines gewerblichen Schutzrechtes zu regeln. Ob ein solch grundsätzlicher Schutz generell einen tieferen Schutzzumfang aufweisen soll, als jenen, den das URG heute verleiht, oder ob ähnlich wie in Deutschland je nach «Gestaltungshöhe» zwei Schutzniveaus unter dem Dach des URG eingeführt werden sollen, ist zu diskutieren. Nach Meinung des Autors würde ein zweistufiger Schutz die selben Abgrenzungsprobleme nach sich ziehen, die schon mit dem heutigen URG nicht bewältigt werden konnten, weil es an objektiven und sinnvoll auf Fotografien anzuwendenden Kriterien fehlt (Wäre das Meili-Bild zum Beispiel ein dokumentarisches Abbild oder eine inszenierte Fotografie?). Nicht umsonst hat Wolfgang Straub nüchtern festgestellt, dass die Kernaufgabe des Immaterialgüterrechts in der Definition sachgerechter Voraussetzungen bestehe²¹. Aufgrund dieser Überlegungen sollte ein Schutzrecht für Fotografien den heute vom URG gewährten Schutzzumfang mit folgender Einschränkung übernehmen: Nachahmungen müssten zulässig sein. Im konkreten Fall sollte es jedermann erlaubt sein, z.B. vom Berner Münster ein Bild zu fotografieren, das genau so aussieht, wie eines in einem Buch bereits publiziertes, und dies sogar, wenn die bereits publizierte Fotografie nach dem geltenden Urheberrecht geschützt wäre. Der Autor ist sich bewusst, dass eine solche Erlaubnis zum Plagiat im Feld der konzeptionellen Fotografie, also vor allem in der Kunst und der Werbung, auf Widerstand stossen dürfte. Letztlich ist jedoch mit dem Schutz einer sogenannten inszenierten Fotografie nur die Fotografie selber geschützt, also weder die Inszenierung einer vor der Kamera aufgebauten Realität noch die Idee für eine solche Inszenierung²². Da Ideen nicht schützbar sind²³, steht der erneuten Anwendung einer Bildidee nur eine berufsethische jedoch keine rechtliche Schranke im Weg. So lange nicht das Originalbild kopiert wird (im technischen Sinn), ist nach Meinung des Autors die Abbildungsfreiheit höher zu werten, als der Schutz vor der Nachahmung eines Abbildes. Im Unterschied zu anderen WerkGattungen, lässt sich eine Fotografie eben nicht wie zum Beispiel ein Text oder ein Musikstück «am Schreibtisch» nachahmen, es braucht immer noch das entsprechende real existierende Sujet dazu, das abgebildet werden kann. Es ist im Übrigen kein Geheimnis und durchaus üblich, dass sich Fotografen, Künstler wie Werber in Ausstellungen und Art Director's Katalogen laufend «fremder» Bildideen bedienen. Plagiate von Fotografien, die gemäss URG geschützt wären, existieren zu Tausenden, eingeklagt werden deren Urheber jedoch praktisch nie. Dies hat mit einem einigermaßen funktionierenden Ehrenkodex in der Branche, der geduldeten Übernahme von Bildideen, aber sicher auch dem Prozessrisiko zu tun.

Nach Ansicht des Autors könnte bei Fotografien auch aus einem anderen Grund auf einen abgestuften Schutz verzichtet werden: Die sogenannte «Gestaltungshöhe» würde sich auch ohne explizite gesetzgeberische Berücksichtigung über die Gegebenheiten des Bildermarktes einbringen: Fotografien mit individuellem Charakter – in Bezug auf Inhalt wie Gestaltung – verkaufen sich besser und sind schwieriger nachzuahmen, «banale» Fotografien sind kaum gefragt und können von einem potenziellen Nutzer auch anderweitig in Auftrag gegeben werden.

Vorrangig in der Diskussion um den Schutz von Fotografien ist im Moment jedoch der grundsätzliche Schutz; dieser darf nicht an der Frage scheitern, ob eine oder zwei verschiedene Schutzhöhen gelten sollen.

4. Fazit

Die Praxistauglichkeit eines Schutzrechtes für Fotografien wird davon abhängen, auf welchem Fundament gebaut wird: Auf einer Rechtssprechung, die sich ganz offensichtlich nicht bewährt hat oder auf den Gegebenheiten des Mediums selber sowie der etablierten Praxis des Bildermarktes. Ob Fotografien über den Weg eines verwandten Schutzrechtes unter dem Vordach des Urheberrechts bleiben sollen oder über ein Instrument ausserhalb des URGs geschützt werden, ist sekundär, wichtig ist, dass der hier vorgeschlagene Nutzeransatz, der in der Praxis längst gelebt wird, endlich auch in ei-

²¹ W. Straub, GRUR Int 2002.

²² Dass dieser Weg gangbar ist, zeigt ein Urteil aus Frankreich: Die Nachahmung einer Fotografie durch Neuaufnahme, die einer Fotografie eines vom Ehepaar Christo verpackten Gebäudes täuschend ähnlich sah, wurde als zulässig erklärt, weil die Idee des Verpackens nicht geschützt werden könne. (Quelle: B. Glaus / P. Studer, Kunstrecht, Zürich 2003, 26).

²³ Vgl. dazu den Entscheid des Obergerichts Zürich vom 1. September 1992, SMI 1993, 332).

nem Gesetz festgeschrieben wird. Es wäre erfreulich, wenn die beiden Urteile «Marley» und «Meili» schlussendlich als Auslöser eines längst fälligen Paradigmenwechsels beim Schutz von Fotografien und damit des Immaterialgüterschutzes schlechthin in die Geschichte eingehen würden. Die Schweiz könnte damit nicht nur einen Rückstand wettmachen, sondern vielleicht sogar eine Vorreiterrolle übernehmen.

Zusammenfassung

Eine Fotografie ist ein Abbild einer existierenden Realität. Ebenso ist sie das Resultat eines vom Bildautor vorgenommenen Auswahlverfahrens. Dieser duale Charakter des Mediums führt dazu, dass weder die «individuelle Gestaltung» einer Fotografie noch eine vermutete «geistige Schöpfung» verlässlich auf die Leistung eines Bildautors zurückgeführt werden können. Das URG, das sich bei der Beurteilung des Werkcharakters in der Praxis an diesen zwei Kriterien orientiert, scheitert deshalb beim Umgang mit Fotografien, dies haben die beiden Urteile «Marley» und «Meili» gezeigt.

Der unbefriedigenden Rechtsprechung steht ein in der Praxis gut funktionierender Bildermarkt gegenüber, der sich nicht am URG, sondern am Grundsatz «what is worth copying is prima facie worth protecting» orientiert.

Verschiedene Autorinnen und Autoren haben sich in sic! und anderen Publikationen zu den Urteilen «Marley» und «Meili» geäußert und Vorschläge gemacht, wie dieser Kluft zwischen Praxis und Rechtsprechung begegnet werden könnte: Beibehaltung des status quo, abgestufter Schutz, Eliminierung des Kunstbegriffs aus dem URG, Loslösung vom Werkschutz zu einem fallbezogenen Indizienverfahren oder Schaffung einer neuen Werkkategorie für «nicht individuelle Fotografien» im URG. Der Autor diskutiert diese Ansätze und plädiert anschliessend für einen Paradigmenwechsel beim Schutz von Fotografien: Dieser soll nicht von werkbezogenen Kriterien abhängig sein, sondern sich an der Logik des Verbrauchermarktes orientieren: Jede Fotografie soll als Arbeitsergebnis grundsätzlich geschützt sein, die Nutzung durch Dritte soll von einem vorherigen Rechtecleaning abhängen.

Résumé

Une photographie est l'expression de la réalité. Elle constitue aussi le résultat d'un processus de choix effectué par l'auteur de la photographie. Le double caractère de ce médium fait que la prestation de l'auteur de la photographie ne peut être appréhendée de manière fiable par des critères tels que ceux de «la conception individuelle» ou de la «volonté créatrice» présumée de l'auteur. La jurisprudence, qui se base sur ces deux critères pour juger du caractère d'une œuvre protégée, échoue dans son application aux photographies, comme l'ont démontré les arrêts «Marley» et «Meili». A cette jurisprudence insatisfaisante s'oppose un marché prospère des photographies qui se fonde non pas sur la LDA, mais sur le principe «what is worth copying is prima facie worth protecting».

De nombreux auteurs se sont exprimés dans la revue sic! et dans d'autres publications sur les arrêts «Marley» et «Meili» et ont proposé des solutions permettant de combler le fossé séparant la jurisprudence de la pratique: maintien du statu quo, protection échelonnée, élimination de la notion d'art dans la LDA, abandon de la notion d'œuvre au profit d'une procédure par indices appliquée à chaque cas d'espèce ou création dans la LDA d'une nouvelle catégorie d'œuvres pour des «photographies dépourvues de caractère individuel». L'auteur examine ces propositions et soutient finalement un changement de paradigmes en matière de protection de photographies: celle-ci ne doit plus être dépendante de critères applicables aux œuvres, mais doit s'orienter en fonction des lois du marché des consommateurs: en tant que résultat d'un travail, chaque photographie doit être en principe protégée, son utilisation par des tiers devant faire auparavant l'objet d'un clearing des droits.

* lic. rer. soc., Freiburg.