

*Zur Diskussion / A discuter***Bob Marley vs Christoph Meili:
ein Schnappschuss**

GITTI HUG*

- I. Gesetzlicher Werkbegriff
- II. Umsetzung des Werkbegriffes bei der Fotografie
 - 1. Werke der Literatur und Kunst
 - 2. Geistige Schöpfung
 - 3. Individualität
- III. Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003, «Bob Marley»
- IV. Urteil des Bundesgerichts vom 19. April 2004 «Wachmann Meili»
- V. Folgerungen
 - 1. Werke der Literatur und Kunst
 - 2. Geistige Schöpfung
 - 3. Individualität
 - 4. Zusammenfassung
- VI. Relevanz der Wertschätzung von Kunstfotografien

I. Gesetzlicher Werkbegriff

Die gesetzliche Definition des urheberrechtlichen Werkbegriffes findet sich in Art. 2 Abs. 1 URG: «Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben».

Im Unterschied zu den Bestimmungen der völkerrechtlichen Verträge im Bereich des Urheberrechts, die beide keine Legaldefinition des urheberrechtlich geschützten Werkes aufweisen, definiert das Urheberrechtsgesetz den Werkbegriff¹. Dieser knüpft an drei Elemente an: das Werk muss in den Bereich der Literatur und Kunst fallen, es muss eine geistige Schöpfung darstellen und einen individuellen Charakter aufweisen. Alle drei Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein.

* lic. oec., Rechtsanwältin, Zürich-Küsnacht.

Nicht als positives Kriterium für die Beurteilung der Schutzfähigkeit, sondern als Absenzerfordernis ist der Wert oder Zweck eines Werkes. Gemäss Gesetzeswortlaut sind die Werke unabhängig von ihrem Wert oder Zweck zu beurteilen. Für die Beurteilung der Schutzfähigkeit spielt daher die Zweckbestimmung und die künstlerische Qualität eines Werkes keine Rolle².

II. Umsetzung des Werkbegriffes bei der Fotografie**1. Werke der Literatur und Kunst**

Gemäss der weitumfassenden Aufzählung von Beispielen in Art. 2 Abs. 2 URG fallen auch Werke mit wissenschaftlicher, technischer und handwerklicher Ausrichtung unter den Werkbegriff: nämlich wissenschaftliche oder technische Zeichnungen, Karten oder plastische Darstellungen (lit. d), Werke der Baukunst (lit. e), Werke angewandter Kunst (lit. f) und – zusammen mit filmischen und anderen visuellen oder audiovisuellen Werken – die Fotografien (lit. g). Es fragt sich daher schon hier, ob die Zugehörigkeit zur Literatur und Kunst überhaupt ein taugliches Kriterium zur Abgrenzung des urheberrechtlichen Schutzes ist.

So wurde im Rahmen der Revision des alten URG anlässlich der parlamentarischen Beratungen der Werkbegriff mehrfach geändert. Mit der Begründung, dass nicht nur Werke der Literatur und Kunst, sondern

Fotografien sind die Sorgenkinder des Urheberrechts. Mit dem Doppelleben der Fotografie, als Informationsträger einerseits und als individuelles Ausdrucksmittel des Fotografen andererseits tut sich Lehre und Rechtsprechung schwer. Fest steht, dass die Rezeption der Fotografie als künstlerisches Werk für die Beantwortung der Frage nach der Schutzfähigkeit untauglich ist. Unstreitig ist weiter, dass aus dem Bild selbst ein Gestaltungswille des Urhebers hervorgehen muss. Die Feststellung des Bundesgerichts im Bob-Marley-Entscheid, dass dieser Wille auch in der konzeptionellen Vorbereitung der Fotografie liegen kann, lässt Fotografen aufatmen, um sie dann aber mit Wachmann Meili wieder unsanft auf die Erde zurückzuholen. Der gute Wille allein reicht nicht, gefragt ist auch Gestaltungshöhe.

Les photographies sont les enfants terribles du droit d'auteur. En tant que support d'information, d'une part, et comme moyen individuel d'expression, d'autre part, la photographie mène une double vie qui donne du fil à retordre à la doctrine et à la jurisprudence. Il est certain que la réception de la photographie en tant qu'œuvre artistique ne permet pas de résoudre la question de la protection. De plus, il est incontesté que la photographie doit résulter d'une volonté créatrice de l'auteur. Suite à l'arrêt «Bob Marley», dans lequel le Tribunal fédéral a constaté que cette volonté peut également résider dans le traitement conceptuel de la photographie, les photographes ont pu respirer, mais ils sont durement retombés sur terre aussitôt avec l'arrêt «Wachmann Meili». A elle seule la bonne volonté ne suffit pas, un certain degré d'originalité est également exigé.

auch wissenschaftliche und technische Darstellungen geschützt waren, wurde die Beschränkung auf «Werke der Literatur und Kunst» gemäss Art. 1 Abs. 1 URG als zu eng empfunden³. Ein Werkbegriff, der nurmehr an die Individualität anknüpfte, aber keine literarischen oder künstlerischen Ausdrucksformen mehr voraussetzte, so wie es die Expertenkommission in der Folge vorschlugen, wurde dann aber ebenso verworfen, weil ein «derart offener Werkbegriff eine Palette sehr unterschiedlicher Leistungen erfassen würde, für die ein so umfassender Schutz, wie ihn das auf die Literatur und Kunst ausgerichtete Urheberrecht vorsieht, nicht gerechtfertigt wäre»⁴. Schliesslich blieb es bei der Beschränkung des Schutzbereiches auf Werke der Literatur und Kunst. Dies sollte – so führen die Gesetzesmaterialien weiter aus – lediglich verhindern, dass sämtliche geistige Schöpfungen wie blosse Ideen, Leistungen, Konzepte oder Anweisungen an das menschliche Verhalten unter dem Urheberrechtsschutz stehen und klarstellen, dass sich der Schutz auf die Ausdrucksformen des menschlichen Gedankens und nicht auf den Gedanken an sich bezieht⁵.

Hinzu kommt, dass sich die Frage, ob eine Schöpfung auch tatsächlich schützbar sei, nicht in der Abgrenzung der Begriffe «Literatur und Kunst», entscheidet, sondern bei der Prüfung, ob diesen geistigen Schöpfungen individueller Charakter zukommt. So wurde denn auch in der Praxis – nach Wissen der Verfasserin – bisher einem Werk nie wegen fehlender Zugehörigkeit zur Literatur und Kunst der Schutz versagt.

Mit der herrschenden Lehre ist daher davon auszugehen, dass jede Fotografie urheberrechtlich geschützt ist, soweit ihr individueller Charakter zukommt⁶. Die Zugehörigkeit einer Fotografie zum Bereich der Kunst ist nicht entscheidend relevant.

2. Geistige Schöpfung

Die Schöpfung muss sodann geistiger Art sein. Dies setzt einen menschlichen Schöpfer voraus und grenzt damit die schutzfähigen Produkte von den so genannten Zufallsprodukten ab. In diesem Sinne wird die geistige Schöpfung als Ausdruck einer Gedankenäusserung verstanden^{7,8}.

3. Individualität

Das Kriterium der Individualität ist wohl die am schwierigsten zu handhabende Schutzvoraussetzung im Urheberrecht. Die Botschaft geht zwar implizit von der statistischen Einmaligkeit aus⁹, belässt es dann aber beim Hinweis, dass es letztlich an der Praxis sei, den Begriff der Individualität sinnvoll zu konkretisieren. Mit den Abgrenzungskriterien «eigenartige Schöpfung», «Originalität» «individuelles Gepräge» seien im Übrigen befriedigende Resultate erzielt worden^{10,11}.

Hingegen besteht Klarheit darin, dass bei der Prüfung der Individualität nicht mehr auf das persönliche Gepräge des Urhebers abzustellen ist¹². Die Urheberindividualität, welche darin bestand, dass das Werk den Stempel einer originellen und von der Persönlichkeit des Urhebers geprägten schöpferischen Tätigkeit zu tragen hatte, sodass man sozusagen durch das Kunstwerk hindurch die Identität des Urhebers aufgrund seiner «Handschrift» zu erkennen vermochte, wurde mit der Revision des URG im Jahre 1993 aufgegeben. Gefragt ist also der individuelle Charakter des Werkes¹³. Dieser liegt in der Einflussnahme und deren Mass auf das Bildresultat, das heisst in der Wahl und Zusammensetzung der einzelnen Gestaltungsmittel¹⁴. Einer der Kriterien für die Beurteilung der Individualität ist der Ansatz der statistischen Einmaligkeit von MAX KUMMER.

Die von MAX KUMMER entwickelte Theorie der *statistischen Ein-*

maligkeit verlangt einen Vergleich des konkreten Werkes mit dem Bestehenden und dem, was sein könnte¹⁵. Sein Individualitätsbegriff bezieht sich auf die Verschiedenheit der Werke und nicht auf deren Charakterisierung, wobei eine rechtserhebliche Verschiedenheit nicht schon bei Vorliegen einer kleinsten Abweichung genügt, sondern erst eine Abweichung zählt, die der Normalbetrachter im Rahmen seiner natürlichen Optik wahrnimmt. KUMMER selbst spricht in diesem Zusammenhang von einer «handgreiflichen Verschiedenheit»¹⁶.

Mit dem Ansatz der statistischen Einmaligkeit sollte an sich ein verlässlicher Massstab zur Verhinderung einer qualitativen Wertung von Werken geschaffen werden, welcher auch Gewähr für einen weitgehenden Ausschluss von Willkür bietet¹⁷. Allerdings wird auch bei diesem Denkansatz, der zwar nicht auf einer Abwägung und qualitativer Betrachtungsweise, sondern auf einer Vergleichsbetrachtung beruht, eine wertende Entscheidung des Richters im Einzelfall nicht zu vermeiden sein. Die herrschende Lehre hat denn auch übereinstimmend erkannt, dass sich selbst bei der Beurteilung der Individualität anhand der statistischen Einmaligkeit eine völlige Wertfreiheit nicht realisieren lässt¹⁸.

Die These der statistischen Einmaligkeit ist im Zusammenhang mit der Beurteilung der Schutzfähigkeit einer Fotografie nach der Revision des URG im Jahre 1993 in der Rechtsprechung nie mit Deutlichkeit zum Einsatz gelangt. Stellvertretend für viele sei hier auf einen Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 24. November 1999 verwiesen, in welchem die Berufungsinstanz zum Schluss gelangte, dass die statistische Einmaligkeit wohl ein Beurteilungsmittel darstelle, weder Rechtsprechung noch Lehre diese jedoch genügen lasse¹⁹.

Wie sich das Bundesgericht nun dazu stellt, ist anhand einer Analyse

der beiden jüngsten Entscheide des Bundesgerichtes zu zeigen.

III. Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003 «Bob Marley»

Das Bundesgericht hat in zweiter Instanz der vom Zürcher Fotoreporter Max Messerli anlässlich eines Open-air-Konzertes im Jahre 1978 in Kalifornien aufgenommenen Fotografie des inzwischen verstorbenen Bob Marley Werkcharakter zuerkannt²⁰ und damit einige offene Fragen in denjenigen Grenzbereichen geklärt, in denen die Anerkennung eines Urheberrechtsschutzes an der Fotografie bisher stets zu juristischen Wortgefechten Anlass gab.

Unter Hinweis auf das Kriterium der statistischen Einmaligkeit von KUMMER und der Auslegung dieser Theorie durch TROLLER²¹ hielt das Obergericht in seinem Entscheid vorab fest, dass es für die Anerkennung des Werkschutzes bei der Fotografie nicht genüge, wenn einzig das fotografierte Objekt statistisch einmalig sei. Das Einmalige eines Objektes könne aber dazu beitragen, nämlich dann, wenn die Planung und Ausführung der Aufnahme eine so besondere sei, dass sie der Fotografie individuellen Charakter verleihe. In diesem Sinne könne einer «Fotografie dank dem Einsatz foto-technischer Mittel bei der Abbildung des fotografierten Objektes individueller Charakter zukommen»²². In casu verneinte das Obergericht den Werkschutz, unter anderem auch deswegen, weil der Fotograf keine Möglichkeit gehabt habe, auf die Gestaltung einzuwirken, insbesondere habe er auf die Organisation und den Ablauf des Konzertes sowie auf das Verhalten von Bob Marley keinen Einfluss nehmen können²³.

Das Bundesgericht hat diesen Entscheid zum Anlass genommen, auf die Rechtsprechung und Lehre

zum Werkbegriff nach Art. 2 URG zurückzublicken. Ausgehend von der Legaldefinition des urheberrechtlich geschützten Werkes und der vorherrschenden Lehre und Praxis hat nun das höchste Gericht vorab bestätigt, dass

- es bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit auf den Zweck und Wert der Fotografie nicht ankommt²⁴,
- sich der Grad der verlangten Individualität nach dem zur Verfügung stehenden Spielraum richtet. Wo von vornherein der Sache nach wenig Raum bleibt, wird der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbstständiger Tätigkeit vorliegt²⁵,
- der Schutz ausschliesslich vom individuellen Charakter des Werkes abhängt und dieser im Werk selbst zum Ausdruck kommen muss²⁶.

Unter Berufung auf den Begriff der statistischen Einmaligkeit hat das Bundesgericht sodann ausgeführt, dass sich bei der Fotografie die statistische Einmaligkeit auf die gestalterischen Elemente wie Beleuchtung, Kontraste, Tiefenschärfe, Motivwahl, Lichtführung, Wahl der Perspektive und des Ausschnittes, Zeitpunkt des Auslösens usw. beziehe. Allein darin komme ein entsprechender Gestaltungswille des Fotografen zum Ausdruck. Demgemäss liege die Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, ausdrücklich in ihrer Gestaltung. Daraus folge, dass für die Werkindividualität das erzielte Ergebnis massgebend und die Fotografie daher für sich allein, unabhängig von den Umständen ihrer Entstehung und ihrer Planung zu beurteilen sei²⁷.

Aufgrund dieser Vorgaben hat das Bundesgericht sodann die vom Obergericht des Kantons Zürich als «ansprechend» und «interessant» bezeichnete Fotografie in Bezug auf die

im Werk erkennbaren Gestaltungselemente analysiert. Im Einzelnen hat es auf die bereits vom Obergericht herausgearbeiteten wesentlichen Merkmale der Fotografie, wie insbesondere die Mimik und Haltung von Bob Marley, die fliegenden Rasta-Locken, welche an eine Skulptur gemahnen und der durch eine Locke verursachte Schattenwurf auf dem Gesicht hingewiesen. Darüber hinaus hat das Bundesgericht die konkrete Anordnung der einzelnen Bildkomponenten, das räumliche Verhältnis, in dem sie zueinander stehen und die Verteilung von Licht und Schatten als weitere Individualitätsmerkmale bezeichnet. Der menschliche Gestaltungswille manifestiere sich schliesslich in der Wahl des Bildausschnittes und dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme²⁸.

Im Gegensatz zur Beurteilung des Obergerichts hat nach Ansicht des Bundesgerichts der Fotograf die fotografischen Gestaltungsmittel in einmaliger Weise eingesetzt.

IV. Urteil des Bundesgerichts vom 19. April 2004, «Wachmann Meili»

In der Berufung gegen das Urteil des Obergerichtes Zürich vom 19. November 2001²⁹, welches der von Gisela Blau erstellten Fotografie von Wachmann Meili die urheberrechtliche Werkqualität mit der Begründung abgesprochen hatte, es fehle ihr hinsichtlich des Einsatzes fototechnischer Mittel jegliche Besonderheit, hat das Bundesgericht seine im vorherigen Entscheid wiedergegebene Auffassung hinsichtlich der Beurteilung der Schutzfähigkeit von Fotografien bestätigt und mit Nachdruck wiederholt, dass das erzielte Ergebnis für die Anerkennung der Individualität massgebend ist und «die Werkqualität [...] unabhängig von der Entstehungsgeschichte, also auch vom getätigten materiellen oder geistigen

Aufwand zur Herstellung der Fotografie zu beurteilen ist»³⁰. Damit hatte sich das Bundesgericht ein Eingehen auf die Vorbringen des Obergerichtes, welches zwischen materiellem und geistigem Aufwand bei den Vorbereitungsarbeiten zur fotografischen Aufnahme differenziert und diese Differenzierung für die Werkqualifikation als entscheidend betrachtet, weitgehend erspart³¹.

Hinsichtlich des Merkmals der geistigen Schöpfung verweist das Bundesgericht darauf, dass eine solche nur dann vorliege, wenn sie den Ausdruck einer Gedankenäusserung beinhalte, was hier jedoch zweifelsohne gegeben sei. So sei Meili nicht zufällig, sondern mit der erkennbaren Absicht in der dargestellten Pose fotografiert worden, den Vorfall vom 8. Januar 1997 zu dokumentieren. Die Erzeugung und Gestaltung der Fotografie beruhe offensichtlich auf menschlichem Willen und dieser sei auch Ausdruck einer Gedankenäusserung³².

Mit Bezug auf die Werkindividualität stellt das Bundesgericht unter Hinweis auf TROLLER³³ nochmals klar, dass für die Beurteilung der Individualität die statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht jene des Ereignisses oder einer Sache entscheidend sei. Damit spricht sich das Bundesgericht ganz klar gegen die vom Obergericht im Bob Marley Entscheid geäusserten Auffassung aus, welcher einer Abbildung infolge der Einmaligkeit des Ereignisses (so zum Beispiel das Bild vom ersten Menschen auf dem Mond) Werkcharakter zusprechen will³⁴. Es könne wohl sein – so führt das Bundesgericht weiter aus –, dass einer fotografischen Abbildung eines einmaligen Ereignisses (zum Beispiel der Aufnahme des letzten Exemplars einer aussterbenden Vogelart) urheberrechtlicher Schutz zuerkannt werden könne, jedoch nur insoweit, als die Wahl des Objektes als Gestaltungselement dazu verwendet werde, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen³⁵.

Mit Bezug auf die Fotografie von Wachmann Meili verneinte das Bundesgericht sodann das Vorliegen einer Individualität, da der Fotograf den ihm zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt habe und sich die Fotografie «nicht vom Üblichen abhebe.»³⁶

V. Folgerungen

Was folgt nun aus diesen beiden Entscheiden mit Bezug auf die Trias der Schutzzoraussetzungen?

1. Werke der Literatur und Kunst

Hinsichtlich der Zugehörigkeit der Fotografie zum Bereich der Kunst lässt sich das Bundesgericht in beiden Entscheiden mit keinem Wort vernehmen. Es belässt es mit einem Hinweis auf die Diskussionen über den Werkbegriff im Verlaufe der Gesetzgebungsarbeiten für das revidierte URG³⁷.

Daraus ist zu schliessen, dass das Erfordernis der Kunstzugehörigkeit innerhalb des Trias der Schutzzoraussetzungen für die Fotografie ohne Belang ist. Letzteres entscheidet sich einerseits daran, ob eine geistige Schöpfung im Sinne einer im Werk erkennbaren Gedankenäusserung vorliegt und andererseits am Kriterium der Individualität, welche für die Anerkennung eines Rechtsschutzes wohl am wichtigsten sein dürfte.

2. Geistige Schöpfung

Im Bob-Marley-Entscheid erwähnt zwar das Bundesgericht, dass das Erfordernis der geistigen Schöpfung als Ausdruck einer Gedankenäusserung bei der Fotografie problematisch sei, weil der mechanische Teil den menschlichen überbieten könne, weswegen

die Fotografie zu Recht als Sorgenkind bezeichnet werde³⁸. Die vom Obergericht Zürich gemachten Ausführungen, wonach der Fotograf bei der Abbildung von Bob Marley keine geistige Schöpfung erschaffen habe, da er den Schnappschuss nicht so habe planen können, dass er wegen dieser Planung als geistige Schöpfung erscheine³⁹, wurde vom Bundesgericht indessen nicht bestätigt, mit der Begründung, dass bei Annahme dieser Auffassung eine fotografische Abbildung eines sich schnell bewegenden Objektes per se vom Urheberrechtsschutz ausgenommen wäre⁴⁰.

Im «Wachmann Meili»-Entscheid verdeutlicht das Bundesgericht sodann, dass die Umstände der Entstehung der Fotografie indessen Aufschluss darüber geben könne, ob das Merkmal der geistigen Schöpfung erfüllt sei. Einer zufällig gemachten Aufnahme könne eine solche Gedankenäußerung nicht zwangsläufig entnommen werden⁴¹. In der Tat manifestiert sich der in einer Fotografie geäußerte Gedanke in einem entsprechenden Gestaltungswillen des Fotografen. Ein Gestaltungswille ist wiederum nur möglich, wo der Schnappschuss nicht gänzlich vom Zufall abhängt, denn wenn der Aufnahmezeitpunkt lediglich zufällig war, wird dem Fotografen der erforderliche Gestaltungswille genommen.

In diesem Sinn fügen sich die Ausführungen des Bundesgerichtes im Bob-Marley-Entscheid, wonach die «gedankliche Vorbereitung eines Schnappschusses im Sinne einer Zurechtlegung vor dem geistigen Auge oder die reflektierte Auswahl einer Fotografie aus einer Reihe von Schnappschüssen eine geistige Leistung darstellen könne, die sich, sofern sich diese im Werk niederschlägt, urheberrechtlichen Schutz begründe»⁴² zu einem Ganzen zusammen, denn ein Gestaltungswille kann sich auch in der konzeptionellen Vorbereitung einer Aufnahme manifestieren, nicht

aber wenn der Fotograf ohne eigenes Zutun, nur zufallsbedingt zur richtigen Zeit am richtigen Ort ist.

Anders verhält es sich bei der Fotografie von Wachmann Meili. Nachdem Christoph Meili nicht zufällig, sondern mit der erkennbaren Absicht fotografiert wurde, sich mit den Folianten zu zeigen, beruht die Gestaltung auf menschlichem Willen. Damit hat die Fotografie von Wachmann Meili das Merkmal der geistigen Schöpfung erfüllt.

Mit den beiden Entscheiden hat das Bundesgericht grundsätzlich – unabhängig vom weiteren Erfordernis der Individualität – eine Schleuse für die Öffnung des Urheberrechtsschutzes mit Bezug auf diejenigen Fotografien geschaffen, deren urheberrechtliche Schutzfähigkeit bisher stets fraglich war, so z.B. Schnappschüsse und Presseaufnahmen, wie das Bundesgericht auch mit Bezug auf die Anforderungen insgesamt eine Tendenz für eine Lockerung der Auslegung des Schutzbegriffes bei der Fotografie erkennen lässt⁴³.

Im Zusammenhang mit der Ausweitung des Werkbegriffes bei der Fotografie müsste man sich allerdings die Frage stellen, inwieweit diese Bevorzugung auch auf die anderen Werkkategorien auszudehnen wäre, denn für die unterschiedliche Handhabung des Werkbegriffes bei den verschiedenen Werkkategorien gibt das Gesetz keine Stütze⁴⁴.

3. Individualität

Hinsichtlich der Individualität verweist das Bundesgericht auf den Begriff der statistischen Einmaligkeit, ohne diesen allerdings im Einzelnen anhand der vorhandenen und festgestellten Gestaltungsmitteln zu konkretisieren. Ob das Bundesgericht deshalb die Kummersche These überhaupt angewendet und eine Betrachtung über die «handgreifliche Verschiedenheit» angestellt hat, bleibt weitgehendst offen. Hingegen hat es

klar zu erkennen gegeben, dass der Begriff der statistischen Einmaligkeit auch die bisher von der Praxis verwendeten Merkmale wie «Originalität», «eigentümliche Prägung», «Eigenartigkeit» usw. umfasst und schlägt damit einen Bogen zur Lehre von TROLLER, welcher der statistischen Einmaligkeit keine selbstständige unmittelbare Bedeutung, sondern eine Hilfsfunktion beim Erkennen der Schutzwürdigkeit zumisst⁴⁵. Das Bundesgericht gibt damit einerseits zu verstehen, dass der Begriff der Originalität im Sinne einer Eigenartigkeit und Eigentümlichkeit des Werkes nach wie vor Geltung hat und andererseits, dass die Lehre der statistischen Einmaligkeit allein nicht genügt, um die Schutzfähigkeit zu begründen. Daraus folgt, dass selbst die auf der Vergleichsbetrachtung beruhende Erkenntnis, wonach mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, dass eine identische Fotografie von hypothetischen Dritten hätte geschaffen werden können, noch nicht zwangsläufig heisst, dass diese Fotografie auch individuell ist, weil damit über ihre Individualität und Originalität noch nichts ausgesagt wird.

Diese Auffassung ist auch deckungsgleich mit der Feststellung, dass ein Schnappschuss, welchem in den wohl meisten Fällen eine statistische Einmaligkeit zuerkannt werden muss, allein deswegen noch kein urheberrechtlicher Schutz zukommt. Als Ergebnis ist daher festzustellen, dass es für die Anerkennung eines urheberrechtlichen Schutzes nebst einer hier zwar nicht geprüften, aber implizite vorhandenen statistischen Einmaligkeit zusätzlich notwendig ist, dass das fotografische Werk Ausdruck eines im Werk selbst erkennbaren menschlichen Gestaltungswillens ist; erst dies gibt ihr die notwendige Individualität.

Bei der Bewertung der Kriterien, welche einer Fotografie Individualität verleihen, wäre es nun ver-

lockend, anhand der Anzahl und Intensität der möglichen gestalterischen Entscheidungen eine Beurteilung des Werkes vorzunehmen. Dem steht nun allerdings entgegen, dass für die Beurteilung der Individualität nur solche gestalterischen Entscheidungen zu berücksichtigen sind, welche im Bild selbst zum Ausdruck kommen. Auf welchem Weg das Resultat erreicht wurde, ist urheberrechtlich grundsätzlich ohne Belang. Andererseits ist zu prüfen, wie eng, resp. weit der Gestaltungsspielraum ist. Je grösser dieser Spielraum ist, desto zahlreicher sind die zu treffenden Entscheidungen und umgekehrt, je mehr der Spielraum durch vorgegebene Fakten bestimmt, je weniger Entscheidungen können getroffen werden. Besteht beispielsweise das Motiv des Fotografen darin, ein sich bewegendes Objekt abzulichten – so wie es bei Bob Marley der Fall ist – ist er in der Wahl seiner Gestaltungsmittel begrenzt, sind diese doch im Vergleich zu einer gestellten Aufnahme oder der Aufnahme eines ruhenden Objektes deutlich reduziert. Dies wiederum zeigt sich an der Fotografie von Wachmann Meili. Es handelt sich hier um ein ruhendes Objekt, Gestaltungsmöglichkeiten hätten deren viele zur Verfügung gestanden, welche die Fotografin jedoch nicht genutzt hatte, da es ihr offensichtlich um die Erfassung eines Ereignisses ging und der Informationszweck im Vordergrund stand.

Eine Sezierung der vom Bundesgericht beschriebenen Merkmale im Bob-Marley-Entscheid legt die Vermutung nahe, dass bei der Beurteilung der Fotografie nicht von der Wahl der Gestaltungsmittel auf das Ergebnis geschlossen wurde, sondern umgekehrt das vorhandene Ergebnis, das heisst die einer Fotografie innewohnende und über die objektive Eigenartigkeit hinausgehende Ausstrahlung zum Anlass genommen wurde – in einer Art Rückabwicklung – auf die dazu eingesetzten ein-

zelnen Gestaltungsmittel zurückzukommen. Dies deckt sich im Übrigen mit der Feststellung des Bundesgerichtes, wonach vorab das erzielte Ergebnis und nicht der Einsatz fototechnischer Mittel massgebend ist⁴⁶. Die Abbildung von Bob Marley sei – so hat das Bundesgericht bestätigt – «ansprechend» und «interessant»⁴⁷. Mit dieser Feststellung lässt sich aber bereits intuitiv errahnen, dass eine Individualität naheliegend sein muss. Über den Umweg des Beschriebs der eingesetzten Gestaltungsmittel wird diese sodann auch rational begründet. Bei dieser Betrachtungsweise, die hier dem Bundesgericht etwas eigenmächtig unterstellt werden, ist nicht von der Hand zu weisen, dass die intuitiven und spekulativen Wertungselemente dabei eine nicht unbedeutende Rolle gespielt haben. Dies ist dem Bundesgericht jedoch keineswegs vorzuhalten, da eine völlige Wertfreiheit bei der Beurteilung der Individualität – selbst bei einer akribisch vorgenommenen Vergleichsbetrachtung im Sinne der Theorie der statistischen Einmaligkeit – nicht zu erreichen ist⁴⁸.

4. Zusammenfassung

Der Urheberrechtsschutz der Fotografie misst sich nicht danach, ob ein Kunstwerk vorliegt. Demnach ist nach einer Wertschätzung und Rezeption der Fotografie in der *Kunstwelt* nicht zu fragen. Das Vorliegen der *geistigen Schöpfung* hängt davon ab, ob die Aufnahme Ausdruck einer Gedankenäusserung ist, welche auf menschlichem Willen beruht. Damit werden die nicht schutzfähigen Zufallsbilder von den schutzfähigen Schnapsschüssen abgegrenzt. Die *Werkindividualität* sodann bestimmt sich nach der statistischen Einmaligkeit in Verbindung mit dem Vorliegen individueller und origineller Merkmale. Dabei sind folgende Kriterien wesentlich:

– Die Individualität muss im Werk selbst erkennbar sein, d.h. die

Fotografie ist unabhängig von ihrer Entstehung zu beurteilen.

- Es muss ein Gestaltungswille erkennbar sein. Dieser richtet sich nach dem zur Verfügung stehenden Spielraum. Die Zurechtlegung eines Bildes vor dem geistigen Auge (z.B. Schnapsschuss) ist eine konzeptionelle Entscheidung. Diesfalls ist der Zeitpunkt des Auslösens ein Gestaltungselement.
- Massgebend ist das Ergebnis. Nicht entscheidend sind die Wahl der technischen Mittel und die eingesetzte Planung.
- In der Wahl des Objektes liegt dann ein Gestaltungselement, wenn dieses dazu verwendet wird, der Fotografie Individualität zu verleihen.
- Dokumentarische Pressefotos, resp. Abbildungen, die ausschliesslich zu Informationszwecken erstellt wurden, sind urheberrechtsschutzfähig, sofern darin ein Gestaltungswille des Fotografen zum Ausdruck kommt. Reine Zufallsbilder (zum richtigen Zeitpunkt am richtigen Ort) erfüllen diese Voraussetzung nicht, da es allein schon am Merkmal der geistigen Schöpfung fehlt.
- Die zur Begründung der Individualität erforderliche Analyse einer Bildaufnahme muss immer einzelfallbezogen erfolgen. Eine pauschale Annahme von Individualität für ganze Gruppen von Fotografien oder ein bestimmtes Genre scheidet aus.

VI. Relevanz der Wertschätzung von Kunstfotografien

Vor dem Hintergrund des klaren gesetzgeberischen Willens, auf die künstlerische Qualität eines Werkes nicht abzustellen und aus den oben dargelegten Grundsätzen, wonach sich die Werkqualität einer Fotografie mass-

geblich aus dessen Individualität ergibt, folgt zwangsläufig, dass unter Umständen einem von der Kunstwelt rezeptierten Werk der Urheberrechtsschutz abzusprechen ist. Ist einmal einer Bildaufnahme die Individualität zuerkannt worden, stellt sich die Frage nach der künstlerischen Relevanz dieser Aufnahme nicht. Wie ist es jedoch im umgekehrten Falle? Ist eine Aufnahme mit hoher Wertschätzung im Kunsthandel gleichzeitig auch ein urheberrechtlich geschütztes Werk, obwohl bei rechtsdogmatischer Betrachtung die Individualität nicht vorliegt? Die Wertschätzung im Kunsthandel mag allenfalls ein Indiz für die Schutzfähigkeit resp. das Vorliegen einer Individualität sein, über deren urheberrechtlichen Schutz ist damit noch nichts gesagt. Dies ergibt sich daraus, dass sich das Urheberrecht nicht dem soziologisch oder kunstwissenschaftlich vorgegebenen Begriff der Kunst unterordnet, sondern eigenständige Geltung hat. «Entschieden werden soll nicht, was Kunst ist, sondern was urheberrechtlich zu schützen ist»⁴⁹ oder so wie es THOMAS KEHRLI in seiner Dissertation formuliert: «es besteht keine Deckungsgleichheit zwischen Kunst im empirisch-soziologischen Sinne und Kunst im urheberrechtlich-schutzfähigen Sinne»⁵⁰.

Daraus folgt, dass Aufnahmen, selbst wenn sie von Altmeister Henri Cartier-Bresson oder Emil Brunner⁵¹ oder den Kunstfotografen der Gegenwart, wie Hilla und Bernd Becher, Wolfgang Tillmans, Nan Golding usw. stammen, sowie auch fotografische Zeitdokumente, denen ein wissenschaftlicher oder kommerzieller Wert zugemessen wird, im konkreten Fall ausserhalb des Schutzbereichs stehen können.

Die Rezeption eines Werkes durch die Fachwelt, so wie es GREGOR WILD⁵² ausführt, birgt insbesondere bei der nicht zeitgenössischen Fotografie zudem den Nachteil in sich,

dass damit das Vorliegen der Schutzvoraussetzungen auf einen Zeitpunkt festgelegt wird, der nicht mit demjenigen des Zeitpunktes der Schöpfung identisch ist. Gemäss herrschender Lehre ist das Vorliegen der Schutzvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der Schöpfung zu beurteilen⁵³. Etwas anderes hiesse, dass der Urheberrechtsschutz an eine erfolgreiche Vermarktung des Werkes geknüpft wäre, was – dies haben auch schon BERGER und CHERPILLOD in einer Anmerkung zum «Mummenschanz»-Urteil festgehalten⁵⁴ –, schliesslich dazu führen würde, dass ein ursprünglich ungeschütztes Werk durch die Rezeption der Umwelt zu einem geschützten Werk mutiert.

Auf der anderen Seite werden Stimmen laut, die nach einem Schutzbedürfnis der vom Urheberrecht ausgeschlossenen Kunstwerke rufen. Solchen Kunstwerken, die das Kriterium der Individualität im Einzelfall nicht zu erfüllen vermögen, sollten aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes des Urhebers, wegen Verwertungsinteressen und aus kulturpolitischen Gründen dennoch urheberrechtlich geschützt sein⁵⁵. In der Tat erscheint es störend, Werken, welche dem Publikum in Museen und Sammlungen gezeigt werden und Gegenstand zahlreicher kunstwissenschaftlicher Abhandlungen sind, den Urheberrechtsschutz im Einzelfall zu versagen und ihnen damit ein gesetzliches Schutzbedürfnis abzusprechen. Der Urheber könnte zwar den Nachweis eines von ihm stammenden künstlerischen Werkes erbringen, aber es fehlt ihm die faktische Herrschaftsmöglichkeit, sobald sein Werk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Ohne den Rechtsschutz ist es einem Dritten ohne weiteres möglich, das entsprechende Werk auf verschiedene Arten zu benützen⁵⁶. Er könnte sich weder gegen eine Anmassung, noch gegen die Bestreitung seines Urheberrechtes durch eine Drittperson zur Wehr

setzen. Er könnte des Weiteren sein Recht auf Werkintegrität nicht geltend machen und müsste sich Einstellungen seiner Werke gefallen lassen.

Inwieweit nun das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 28 ZGB Ersatz bietet, ist äusserst fraglich, da einerseits jede Verletzung, welche die ideelle Beziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk betrifft, nur durch das Urheberpersönlichkeitsrecht, nicht aber durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB gerügt werden kann⁵⁷ und andererseits die Persönlichkeitsrechtsansprüche nicht von der 70-jährigen Schutzdauer des Urheberrechtes profitieren.

Im Rahmen der Diskussion im Jahre 1983 über die Einführung des Folgerechts im schweizerischen URG äusserte FRANK VISCHER den Vorschlag, solchen gemeinfreien Schöpfungen einen abgestuften Schutz zu ermöglichen⁵⁸. Die Frage des Schutzes sollte sich für jede urheberrechtliche Befugnis gesondert stellen und darin bestehen, dass diesen Werken einzelne Ausschliesslichkeitsrechte zuerkannt würden. Selbst wenn sich diese Fragestellung mit der Ablehnung des Folgerechts im schweizerischen URG massgeblich entschärft hat und ausserdem der Umweg über das Wettbewerbsrecht mit Art. 5 lit c UWG Ersatz für die fehlenden materiellen Verwertungsrechte bietet, wäre zu überlegen, den Gedanken einer Abstufung des Schutzzumfanges in einer nächsten Revisionsrunde wieder aufzunehmen und insbesondere die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse, wie das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und auf Namensnennung (Art. 9 Abs. 1 URG), das Recht über die Veröffentlichung des Werkes zu bestimmen (Art. 9 Abs. 2 URG) sowie das Recht auf Werkintegrität (Art. 11 Abs. 2 URG) auf gemeinfreie Werke auszuweiten.

- ¹ Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert am 24. Juli 1971 (RBÜ); Welturheberrechtsabkommen, revidiert am 24. Juli 1971 in Paris (WUA).
- ² VON R. BÜREN., *Der Werkbegriff*, SIWR II/1, Basel 1995, 74; D. BARRELET./W. EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, Bern 2000, 2. Aufl., URG 2 N 9.
- ³ VON BÜREN (Fn. 2), 71.
- ⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989, (Botschaft 1989), 45.
- ⁵ Gemäss MACCIACCHINI ist Kunst im Sinne des Gesetzes auch als Abgrenzung von Entscheidungen des gewöhnlichen Lebens zu verstehen, wie etwa Sport, Spiel und Dressuren (vgl. S. MACCIACCHINI, *Urheberrecht und Meinungsfreiheit*, Bern 2000, 104 m.H.).
- ⁶ BARRELET/EGLOFF (Fn. 2), URG 2 N 19; VON BÜREN (Fn. 2), 71; A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Bd. I, 3. Aufl., Basel/Frankfurt 1983, 346 ff.
- ⁷ Botschaft 1989, 45.
- ⁸ Eine geistige Schöpfung wäre fraglich z.B. bei John Gages' legendärem Klavierstück «4.33», das vom Pianisten selbst verlangt, 4 Minuten 33 Sekunden stumm vor dem Klavier zu sitzen, sodass die Musik durch die Zufallsgeräusche des Konzertsales entsteht (vgl. dazu M. KUMMER, *Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht*, *Homo creator*, FS für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, zitiert in: W. STRAUB, *Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts*, GRUR Int., 2001, 1).
- ⁹ «...diejenigen Merkmale also, die eine Schöpfung von anderen bestehenden oder möglichen Schöpfungen abheben, ...», (Botschaft 1989, 45).
- ¹⁰ Botschaft 1989, 45.
- ¹¹ Einen interessanten Ansatz zeigt diesbezüglich MACCIACCHINI, welcher die Schutzvoraussetzungen der Individualität in der Auseinandersetzung zwischen dem Interesse des Urhebers an einem Schutz seiner Werke und dem Interesse der Allgemeinheit an einer freien Meinungsäusserung gemessen haben will. Das Erfordernis der Individualität verhindere einen übermäßigen Eingriff in die Meinungsfreiheit. Es dürfen somit Werke nicht geschützt werden, die ein Dritter auch hätte schaffen können, denn in diesem Fall sei das Interesse des Urhebers an einem Schutz seiner Schöpfung nicht höherwertig als jenes des Dritten an einer freien Verwendung (S. MACCIACCHINI, *Urheberrecht versus Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie*, *Medialex* 2002, 24).
- ¹² «...Das Werk muss nicht die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegeln...» (Botschaft 1989, 45).
- ¹³ Nichtsdestotrotz hält sich im Rahmen der Rechtsanwendung die Begriffsdefinition der Urheberindividualität, wonach die Persönlichkeit des Schöpfers im Werk zum Ausdruck kommen müsse, hartnäckig aufrecht (so der Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 19. Juni Jahr 2002, sic! 2003, 116, «Mummen-schanz»).
- ¹⁴ MACCIACCHINI unterscheidet dabei zwischen den konzeptionellen Entscheidungen einerseits (Wahl des Motivs, Zeitpunkt der Aufnahme) und der Wahl der Darstellungsmittel (Beleuchtung, Tiefenschärfe, Helligkeit, usw.) andererseits, vgl. MACCIACCHINI (Fn. 11), 27.
- ¹⁵ M. KUMMER, *Das urheberrechtlich schützbare Werk*, Bern 1968, 30 ff.
- ¹⁶ Ebd., 67.
- ¹⁷ VON BÜREN (Fn. 2), 69.
- ¹⁸ MAX KUMMER selbst stellt fest, dass man beim Vergleich dessen, was ist, mit dem was da sein könnte «gedanklich die Strebweite der Möglichkeiten ausmessen müsse» (KUMMER [Fn. 15], 30), zur herrschenden Lehre stellvert. für viele VON BÜREN (Fn. 2), 69 m. w.H. in Fn. 41.
- ¹⁹ Kantonsgericht St. Gallen vom 24. November 1999, sic! 2000, 188, «Portrait-fotografie».
- ²⁰ BGE 130 III 168.
- ²¹ TROLLER (Fn. 6), 387 ff.
- ²² Obergericht Zürich vom 13. März 2003 (LK000005/U), 7.
- ²³ Ebd., 9.
- ²⁴ BGE 130 III 170.
- ²⁵ Ebd.
- ²⁶ BGE 130 III 172.
- ²⁷ Ebd., 174 f.
- ²⁸ BGE 130 III 175.
- ²⁹ Obergericht Zürich vom 19. November 2001, sic! 2002, 96, «Wachmann Meili».
- ³⁰ Bundesgericht vom 19. April 2004, sic! 1/2005, 14 E. 2.2, «Wachmann Meili II».
- ³¹ Nach Ansicht des Obergerichts muss die Planung und Ausführung nicht ausschliesslich wegen des materiellen, sondern entscheidend auch wegen des geistigen Aufwandes als ungewöhnlich erscheinen, denn nur dann handle es sich um eine geistige Schöpfung (sic! 2002, 98), vgl. dazu auch W. EGLOFF, *Urheberrechtlich nicht geschütztes Pressefoto*, Anm. zum Urteil des Obergerichtes Zürich vom 19. November 2001, *Medialex* 2002, 47.
- ³² Bundesgericht «Wachmann Meili II», (Fn. 30).
- ³³ TROLLER (Fn. 6), 387.
- ³⁴ Das Bild vom ersten Menschen auf dem Mond sei deshalb ein Werk, weil es neben dem Einsatz materieller Mittel nur dank der geistigen Leistung habe aufgenommen werden können, die für die Bereitstellung der technischen Mittel für das ganze Unternehmen erforderlich gewesen war (Obergericht Zürich vom 13. März 2003 (LK000005/U), S. 7).
- ³⁵ Bundesgericht «Wachmann Meili II», (Fn. 30), E. 2.3.
- ³⁶ Ebd.
- ³⁷ BGE 130 III 170, im Übrigen vgl. vorne Ziff. II/1.
- ³⁸ Ebd., 173.
- ³⁹ Obergericht vom 13. März 2003 (LK000005/U), 9.
- ⁴⁰ BGE 130 III 174.
- ⁴¹ Bundesgericht «Wachmann Meili II» (Fn. 30).
- ⁴² BGE 130 III 174.
- ⁴³ Die Senkung der Anforderungen an die Individualität bei geringem Gestaltungsspielraum verführt zur Meinung, dass damit in der Schweiz die in Deutschland entwickelte Rechtsfigur der «kleinen Münze» auf das schweizerische URG übertragen wird. Im Zusammenhang mit den in der Doktrin geführten Diskussionen um die Purifikation des Urheberrechts montierte VON BÜREN schon vor Jahren dafür, dass durch den Verzicht des Gesetzgebers, die sog. kleine Münze vom Urheberrechtsschutz auszuschliessen, diese vom Urheberrecht erfasst werde (R. VON BÜREN., Referat anlässlich des Symposiums zum neuen schweizerischen URG, UFITA 124 / 1994, 143). Auch MOSIMANN votiert mit Hinweis auf Art. 6 der EG Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts vom 29. Oktober 1993 dafür, dass nun mit diesem Entscheid der Weg zum Schutz der kleinen Münze geöffnet werde (P. MOSIMANN/P. HERZOG, *Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk*, Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003, «Bob Marley», sic! 2004, 707). Ob die Auseinandersetzung um die kleine Münze überhaupt grosse sachliche Relevanz hat, bleibt offen, denn je geringer die Individualität, desto geringer ist auch der Schutzzumfang des Werkes und je grösser das Freihaltebedürfnis. Dies scheint sich also von selbst zu regulieren. Für den Fall, dass einer Abbildung die Schutzfähigkeit abgesprochen wird, besteht immer noch die Möglichkeit, auf dem Umweg über das UWG (Verwertung fremder Leistung, Art. 5 lit. c des UWG) Entschädigungsansprüche geltend zu machen.
- ⁴⁴ So auch M. RITSCHER, in einem im Rahmen einer Tagung des Institutes für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen am 9. November 2004 in Zürich gehaltenen Referates über die neuesten Entwicklungen und Tendenzen im schweizerischen und internationalen Urheber- und Designrecht.
- ⁴⁵ TROLLER (Fn. 6), 363 f.
- ⁴⁶ BGE 130 III 174.
- ⁴⁷ Ebd. 175.
- ⁴⁸ Vgl. vorn Ziff. 2.3.1. In diesem Sinne sei auch auf die von GREGOR WILD gemachten Ausführungen in Bezug auf den Vorgehenskatalog verwiesen, welcher m.E. völlig zutreffend dem ersten Eindruck

einer Bildbetrachtung einen massgebenden Stellenwert einräumt und diesem in einem zweiten Schritt eine Detailanalyse der einzelnen Gestaltungsmittel folgen lässt (G. WILD, Urheber- und Designrecht, schriftliche Ausführungen zum Referat anlässlich der Ingres-Veranstaltung vom 1. Juli 2004 über die Praxis des Immaterialgüterrechtes).

⁴⁹ H. HEITLAND, Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1995, 40.

⁵⁰ T. KEHRLI, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst, Bern 1989, 84.

⁵¹ Die Fotostiftung in Winterthur verfügt über den vollständigen, nach Aussagen des Stiftungsleiters Peter Pfrunder fotohistorisch äusserst wertvollen Werknachlass von Emil Brunner, des bekanntesten schweizerischen Fotografen der 30er Jahre.

⁵² G. WILD (Fn. 48).

⁵³ Stellvertretend dafür VON BÜREN (Fn. 2), 69.

⁵⁴ I. CHERPILLOD/M. BERGER, Anm. zum Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. Juni 2002, sic! 2003, 125, «Mummenschanz».

⁵⁵ B. SOMMER/C.A. GORDON, Individualität im Urheberrecht, einheitlicher Begriff

oder Rechtsunsicherheit?, sic! 2001, 292; KEHRLI (Fn. 50), 88.

⁵⁶ Vorbehältlich der Ansprüche aus Art. 5 lit. c UWG.

⁵⁷ Obergericht Zürich vom 19. November 2001, sic! 2002, 97, «Wachmann Meili».

⁵⁸ F. VISCHER, Urheberrecht und bildende Kunst, FS 100 Jahre URG, Bern 1983, 251 ff.