

Die Fotografie – "Sorgenkind des Urheberrechts"?

Betrachtungen zum "Bob Marley"-Entscheid
des Bundesgerichts



Dr. iur. RUTH ARNET,
Rechtsanwältin und
Notarin, Aarau/Baden

Inhaltsübersicht:

Erster Teil:

Die Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk

- I. Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 lit. g URG
- II. Die Problematik der Fotografie vor dem Hintergrund des allgemeinen Werkbegriffs
- III. Die Vorschläge der Lehre zum Urheberrechtsschutz der Fotografie
 1. ALOIS TROLLER
 2. Neuere Lehrmeinungen

Zweiter Teil:

Der "Bob Marley"-Entscheid des Bundesgerichts

- I. Die Erwägungen des Bundesgerichts
 1. Grundsätzliche Schutzfähigkeit von Schnappschüssen
 2. Keine entscheidende Bedeutung der Bildgestaltungsmittel
 3. Minimale Anforderungen an die geistige Schöpfung
 4. Unerheblichkeit von "Originalität" und "persönlicher Prägung durch den Urheber"
 5. Individualität = "statistische Einmaligkeit"
- II. Kritische Bemerkungen
 1. Schutzfähigkeit des "Schnappschusses"
 2. Zeitlicher Aspekt bei der "geistigen Schöpfung"
 3. Minimale Anforderungen an die "geistige Schöpfung" bei Fotografien
 4. Fragwürdige Umsetzung des Begriffs der "statistischen Einmaligkeit"

Dritter Teil:

Zwischenbilanz und eine ergänzende Überlegung

- I. Zwischenbilanz
 1. "Geistige Schöpfung"
 2. Individualität
- II. Eine ergänzende Überlegung
- III. Schlussbemerkung

rechtsschutzes der Fotografie darzustellen, die uns Juristinnen und Juristen offenbar "Sorgen" bereiten. Dabei taucht die Metapher vom "Sorgenkind" schon seit Jahren im Schrifttum zum Urheberrecht auf, und auch das Bundesgericht hat dieses Bild vom "Sorgenkind" im hier besprochenen Entscheid zum Werkcharakter der Fotografie verwendet.¹ Die Metapher drückt die besondere Stellung der Fotografie in der Kategorie der urheberrechtlich geschützten Werke aus, indem sie gleichermassen Integration und Abgrenzung zeigt: Die Fotografie ist zwar unbestrittenermassen Mitglied der "Familie" der urheberrechtlich geschützten Werke, ihre Eingliederung ist aber nicht möglich ohne die Berücksichtigung ihrer spezifischen Eigenheiten.

Erster Teil:

Die Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk

I. Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 lit. g URG

Das Bundesgesetz über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 enthält in Art. 2 Abs. 1 eine *Legaldefinition*. Danach sind "Werke, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben". Die Legaldefinition bezeichnet demnach als Tatbestandselemente die Zugehörigkeit zur "Literatur und Kunst" sowie das Vorliegen einer "geistigen Schöpfung" und eines "individuellen Charakters". Daneben sind nach der Legaldefinition zwei Aspekte für den Werkbegriff unerheblich, nämlich der Zweck und der Wert der geistigen Schöpfung. Diese beiden Elemente dürfen bei der Qualifikation als urheberrechtlich geschütztes Werk nicht berücksichtigt werden; daher wird auf diese beiden Aspekte im Folgenden auch nicht mehr weiter eingegangen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. g URG gehören zu den urheberrechtlich geschützten Werken insbesondere "fotografische, filmische oder andere visuelle oder audiovisuelle Werke". Diese gesetzliche Zuordnung entlastet uns von der Beantwortung der Frage, inwiefern Fotografien der Kategorie der "Literatur und Kunst" zugehören.

Der Titel dieses Beitrages stellt die Frage nach der Fotografie als "Sorgenkind des Urheberrechts". Das Thema mag auf den ersten Blick als spezifisch und eng erscheinen; tatsächlich beschlägt es aber den Kernbereich des Urheberrechts, nämlich die Frage nach dem Begriff des urheberrechtlich geschützten Werkes. So gibt mir das Thema Gelegenheit, ausgehend vom allgemeinen Begriff des urheberrechtlich geschützten Werkes diejenigen Probleme des Urheber-

Vortrag, gehalten an der Juristischen Fakultät der Universität Basel am 27.5.2004; die Vortragsform wurde beibehalten.

1 Vgl. nun auch BGE 4C.111/2002/Ima "Meili", in welchem das Bundesgericht einer Fotografie von Wachmann Meili mit zwei Folianten mangels Individualität den urheberrechtlichen Schutz verweigert hat.

II. Die Problematik der Fotografie vor dem Hintergrund des allgemeinen Werkbegriffs

Die Fotografie ermöglicht eine hundertprozentig originalgetreue Wiedergabe einer in der realen Welt bestehenden Situation. Vor dem Hintergrund der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 URG stellt sich daher unweigerlich die Frage, ob es möglich sei, eine Abbildung, welche mit der Realität in dieser Weise vollkommen identisch ist, als "geistige Schöpfung" mit "individuellem Charakter" zu qualifizieren. Auf diese Schwierigkeit wird in der Lehre² seit Jahrzehnten hingewiesen.

Eine besonders pointierte Haltung, welche auch von FRANK VISCHER³ unterstützt wurde, nahm dabei MAX KUMMER ein. Seine im Jahre 1968 erschienene Monographie zum Thema "Das urheberrechtlich schützbares Werk" hat in der Erfassung des Werkbegriffs neue Massstäbe gesetzt. Die Monographie KUMMERS wird in den folgenden Überlegungen noch eine zentrale Rolle spielen; vorerst interessieren aber KUMMERS Ausführungen zur Schutzfähigkeit der Fotografie:

"Die Fotografie kann nun einmal nicht aus ihrer Haut hinaus. Sie ist geborenes Abbild letzter Genauigkeit, im Unterschied zu andern Künsten. Der Anteil 'menschliche Willkür' hat nicht nur quantitativ, sondern wesensmässig anderes Gewicht. Der Fotograf zeichnet das Bild nicht selbst, sondern die Platte hält 'mechanisch' fest, was durch die Linse einfällt. Die Kunst des Fotografen dokumentiert sich zwar in mancherlei Richtung, etwa darin, wie er seine Kamera nach Ausschnitt, Lichteffect, Weichheit der Konturen, Tiefe des Bildes führt. Aber dass er sie 'nur' führt, kann er nicht bestreiten."⁴

Dieses Problem des urheberrechtlichen Schutzes der Fotografie, nämlich der marginale Anteil des menschlichen Geistes im Verhältnis zur Bedeutung des Apparates, besteht schon dann, wenn der Fotograf die Bildgestaltung sorgfältig plant. Die Problematik spitzt sich aber zu, wenn man nicht die kunstvoll arrangierte Fotografie, sondern den Schnappschuss auf den Werkcharakter hin prüft. Und sie lässt sich nochmals steigern, wenn man sich die Frage stellt, ob wissenschaftlichen Aufnahmen Werkcharakter zukommen könne, denn diese zielen doch gerade auf eine möglichst realitätsgetreue, möglichst objektive Darstellung des fotografierten Objektes.

Wie reagiert nun die Lehre auf diese Problematik?

III. Die Vorschläge der Lehre zum Urheberrechtsschutz der Fotografie

Die Auffassung KUMMERS, wonach die Fotografie den Werkbegriff schlicht sprengt, vermochte sich weder in der Lehre noch im Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 durchzusetzen.

1. ALOIS TROLLER

Besonders nachhaltige Wirkung zeigte demgegenüber die Auffassung von ALOIS TROLLER. Nach seinem Konzept ist für den urheberrechtlichen Schutz einer Fotografie ent-

scheidend, ob sich aus der spezifischen *Bildgestaltung* eine schutzfähige geistige Leistung ergibt⁵. Auf der Grundlage des Konzepts von TROLLER besteht in der heutigen Lehre im Grundsatz Einigkeit darüber, dass eine spezielle Gestaltung der Fotografie urheberrechtlichen Schutz zu begründen vermag. Wesentliche Gestaltungselemente bilden dabei die Wahl des abgebildeten Objektes, des Bildausschnittes und des Zeitpunkts des Auslösens, aber auch der Einsatz eines bestimmten Objektivs, von speziellen Filtern oder eines besonderen Films, ebenso die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie eine Bearbeitung des Negativs.

2. Neuere Lehrmeinungen

Die neueren Lehrmeinungen legen allerdings unterschiedlich strenge Massstäbe an: Die liberalere Auffassung, vertreten durch VON BÜREN⁶, BARRELET/EGLOFF⁷ und DESSEMONTET⁸ geht mit TROLLER davon aus, dass mit der Festlegung gewisser Parameter der Bildgestaltung, welche das Resultat unmittelbar beeinflussen, ein urheberrechtlich geschütztes Werk entstehen kann; bei der Aufnahme von Bewegungsabläufen soll dem Zeitpunkt, in welchem der Auslöser betätigt

- 2 Auswahl des im Folgenden nicht zitierten Schrifttums zum urheberrechtlichen Schutz der Fotografie: ERNST RÖTHLISBERGER, Schweizerisches Photographenrecht, Der Schutz der Photographien nach dem neuen schweizerischen Urheberrechtsgesetz von 1922, SJZ 21 (1925), 265 ff.; GITTI HUG KETTMEIR, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 136/1998, 151 ff.; CHARLES-SIMON HAENNI, Le photographe et ses droits d'auteur, Lausanne 1987; zum ausländischen Recht: J.A.L. STERLING, World Copyright Law, London 2003; HORST HEITLAND, Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1995; weitere Hinweise bei PETER MOSIMANN/PETER HERZOG, Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5.9.2003, "Bob Marley", sic! 9/2004, 705 ff.
- 3 FRANK VISCHER, Neue Tendenzen in der Kunst und im Urheberrecht, in: HANS MERZ/WALTER R. SCHLUEP (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, 289.
- 4 MAX KUMMER, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, 207.
- 5 ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Band I, Basel 1983, 387.
- 6 ROLAND VON BÜREN, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Basel und Frankfurt a.M. 1995, Band II/1, 109 f.
- 7 DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. A., Bern 2000, Art. 2 N 19.
- 8 FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, N 122.

wird, erhebliche Bedeutung zukommen, so dass selbst der Werkschutz von Schnappschüssen nicht von vornherein ausgeschlossen wird. Dieser grosszügigen Beurteilung steht die durch REHBINDER vertretene, wohl restriktivere Haltung gegenüber, wonach nur künstlerische Aufnahmen oder Werbefotos Werkcharakter aufweisen und unkünstlerische, lediglich handwerklich gekonnte Bilder – REHBINDER bezeichnet sie als "Knipsbilder" – keinen Schutz geniessen, auch wenn sie einmalig sind⁹; allerdings sind auch nach dieser Auffassung an die "Gestaltungshöhe" der Fotografie nur geringe Anforderungen zu stellen¹⁰.

Zweiter Teil: Der "Bob Marley"-Entscheid des Bundesgerichts

Auf der Grundlage der im Schrifttum geleisteten Vorarbeit hat das Bundesgericht in einem Entscheid vom 3. September 2003 eine Entscheidung getroffen, welche für den Werkcharakter von Fotografien von grundlegender Bedeutung ist¹¹. In diesem Urteil hatte das Bundesgericht die Frage zu entscheiden, ob eine Fotografie von Bob Marley, welche an einem Konzert in Kalifornien im Jahre 1978 aufgenommen wurde, urheberrechtlichen Schutz geniessen. Konkret hatte das Bundesgericht den Werkcharakter der folgenden Aufnahme zu beurteilen:



Das Bild zeigt Bob Marley während seines Auftritts, der Fotograf hatte keine Möglichkeit, die Aufnahme zu inszenieren; er hatte keinerlei Einfluss auf die Bewegungen des Sängers. Der Beklagte war auf Umwegen, die hier nicht weiter interessieren, in den Besitz eines Werkexemplars gelangt und hatte davon Poster anfertigen lassen, welche er in erheblichem Umfang vertrieb. Der Fotograf erhob gegen den Vertreiber der Poster Klage wegen Verletzung seiner Urheberrechte. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Das Bundesgericht hat den Werkcharakter dieser Fotografie vollumfänglich anerkannt. Aber wie hat es dieses Resultat begründet? – Lassen Sie mich die Erwägungen des Bundesgerichts in fünf Stichworten grob skizzieren:

I. Die Erwägungen des Bundesgerichts

1. Grundsätzliche Schutzfähigkeit von Schnappschüssen

Das Bundesgericht führt unter Bezugnahme auf VON BÜREN¹² aus, dass die Bezeichnung einer Fotografie als "Schnappschuss" den urheberrechtlichen Schutz nicht von vornherein verunmöglicht, und begründet diese Auffassung wie folgt:

"Das leuchtet bereits darum ein, weil andernfalls jede fotografische Abbildung eines sich schnell bewegenden Objektes vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen wäre. Überdies kann auch 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 und, sofern sich diese im Werk niederschlägt, urheberrechtlichen Schutz geniessen."¹³

2. Keine entscheidende Bedeutung der Bildgestaltungsmittel

Weiter stellt das Bundesgericht klar, dass nicht alle Fotografien urheberrechtlichen Schutz geniessen. Es bestätigt die Auffassung der Lehre, wonach einerseits banale "Knipsbilder" vom Schutz ausgeschlossen sind und andererseits eine Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, im Einsatz von Bildgestaltungsmitteln, insbesondere von fototechnischen Mitteln bestehen kann. Diese letzte Feststellung wird aber sogleich relativiert:

"Die Benutzung einer bestimmten Technik führt nicht automatisch zum Urheberrechtsschutz. Andererseits gilt aber auch, dass eine Fotografie nicht grundsätzlich vom Schutz ausgeschlossen werden darf, weil keine besonderen fototechnischen Mittel verwendet worden sind..."¹⁴

Der Einsatz besonderer Gestaltungsmittel ist demnach für die Beurteilung des Werkcharakters nicht unmittelbar entscheidend¹⁵.

3. Minimale Anforderungen an die geistige Schöpfung

Beim Element der "geistigen Schöpfung" formuliert das Bundesgericht, einzig das erzielte *Ergebnis* müsse für sich selbst der Anforderung gerecht werden, "Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Gepräge zu sein". Und weiter:

9 MANFRED REHBINDER, Urheberrecht, URG und ToG, Internationale Abkommen, Recht der Verwertungsgesellschaften, 2. A., Zürich 2001, Art. 2 Ziff. 10.

10 M. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. A., Bern 2000, N 86.

11 BGE 130 II 168; vgl. nun auch den Entscheid "Meili" 4C.111/2002/lma.

12 R. VON BÜREN (FN 6), 110.

13 Erwägung Ziff. 4.5.

14 Erwägung Ziff. 5.1.

15 Ebenso 4C.111/2002/lma "Meili" E. 2.1.

"Dazu kommt schliesslich, dass auch die Schutzvoraussetzung des Wirkens eines menschlichen Gestaltungswillens erkennbar ist. Dieser manifestiert sich in der Wahl des Bildausschnittes und dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme während eines bestimmten Bewegungsablaufes des Sängers."¹⁶

4. Unerheblichkeit von "Originalität" und "persönlicher Prägung durch den Urheber"

In seiner früheren Praxis hatte das Bundesgericht – gestützt auf eine Feststellung in der bundesrätlichen Botschaft zum Urheberrechtsgesetz von 1992 – nach wie vor den altrechtlichen Werkbegriff zur Anwendung gebracht; es hatte das Werk jeweils umschrieben als "Gestaltung eines Gegenstandes, welche sich als 'eigenartige Geistesschöpfung von selbständigem Gepräge' darstellt, als Ausdruck einer neuen, originellen geistigen Idee"¹⁷. Nun hält das Bundesgericht fest, dass der bisher verwendete Werkbegriff zu präzisieren sei, und stellt klar, "Originalität" im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber" sei "nach dem revidierten Gesetz nicht erforderlich". Soweit also mit dem Begriff der "Originalität" der Aspekt der "persönlichen Prägung durch den Urheber" gemeint wird, ist diese nun unerheblich. Ebenso wenig ist nach den Erwägungen des Bundesgerichts erforderlich, dass im Werk die Individualität *des Urhebers* zum Ausdruck kommen müsse.

Mit dieser Klarstellung beseitigt das Bundesgericht eine ganze Reihe von Tautologien¹⁸, die uns das Verständnis der bisherigen Rechtsprechung erschwert haben: Die Begriffe 'Originalität', 'Gestaltungshöhe', 'eigenpersönliche Hervorbringung', 'Eigenart', oder 'schöpferische Prägung' dürfen wir getrost vergessen; massgeblich sind für die Beurteilung des Werkcharakters neben der Zugehörigkeit zur "Literatur und Kunst" nun einzig noch die Elemente der "geistigen Schöpfung" und der "Individualität". Diese Klarstellung kann in jeder Hinsicht nur begrüsst werden.

5. Individualität = "statistische Einmaligkeit"

Das Bundesgericht präzisiert im "Bob Marley"-Entscheid zusätzlich den Begriff der Individualität, indem es festhält, die Beurteilung der *Individualität* eines Werkes habe ausschliesslich nach dem von MAX KUMMER geprägten Kriterium der "statistischen Einmaligkeit" zu erfolgen. KUMMER umschreibt diese "statistische Einmaligkeit" wie folgt:

"Was aber heisst *individuell*? Individuell heisst einmalig; nicht in dem Sinn, wie die Prosa KLEISTS einmalig, sondern wie es die Wortfolge irgendeines Textes ist. Nach dem Individuellen fahnden heisst also nicht wägen, sondern heisst *vergleichen*; vergleichen mit dem, was da ist; aber auch mit dem, was da sein könnte...."¹⁹

Nach Auffassung von KUMMER:

"erschliesst sich Individualität schon auf Grund eines Vergleichs mit dem bereits Gegebenen oder virtuell Möglichen. Nicht nach der Qualität, sondern nach der Verschiedenheit wird gefragt. Insofern ist Individualität früher erreicht als Originalität."²⁰

Mit diesen Erwägungen entscheidet sich das Bundesgericht für ein Konzept, das seit 36 Jahren vorliegt und – mehr oder weniger explizit – bereits verschiedentlich Eingang in die

Rechtsprechung gefunden hat. Interessanterweise greift es damit ausgerechnet auf das Konzept desjenigen Autors zurück, welcher die urheberrechtliche Schutzfähigkeit der Fotografie ganz grundsätzlich und mit markigen Worten abgelehnt hatte.

II. Kritische Bemerkungen

1. Schutzfähigkeit des "Schnappschusses"

Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist der Schnappschuss eine "nicht gestellte Momentaufnahme"²¹. Wenn man den Schnappschuss nicht schützt, bedeutet das entgegen den Erwägungen des Bundesgerichts aber nicht zwangsläufig Schutzverweigerung für sich schnell bewegende Objekte. Denn auch schnelle Bewegungen lassen sich schöpferisch inszenieren, etwa indem die Fotografin eine Tänzerin bittet, in der Mitte eines Verkehrskreisels eine Pirouette auszuführen, um sie fotografieren zu können. Den Schnappschuss vom Urheberrechtsschutz auszuschliessen, heisst daher nicht, Aufnahmen schneller Bewegungen generell den Schutz zu verweigern. Es zeigt sich vielmehr, dass Begriffe wie "Knipsbild", "Schnappschuss" usw. für sich allein keinen Rückschluss auf den Werkcharakter zulassen. Entscheidend ist immer nur, was an geistiger Schöpfung und an Individualität vorhanden ist.

2. Zeitlicher Aspekt bei der "geistigen Schöpfung"

Das Bundesgericht hält – wie zitiert – fest, die "reflektierte Auswahl einer Reihe von Schnappschüssen" könne eine "geistige Schöpfung" darstellen. Die Formulierung ist zumindest missverständlich: Die "geistige Schöpfung" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 URG muss Ursprung und Grundlage des Werkes sein; daher kann die "geistige Schöpfung" nicht erst nach der Schaffung des Werkes stattfinden. Insofern ist aus logischen Gründen ausgeschlossen, die nachträgliche Auswahl von Fotografien aus einer Reihe von Schnappschüssen als geistige Schöpfung zu qualifizieren, denn in ihr liegt kein schöpferischer Akt, welcher sich im Werk noch auszudrücken vermag. Anders verhält es sich allerdings, wenn die ausgewählten Bilder ihrerseits wieder

16 Erwägung Ziff. 5.2.

17 BGE 75 II 355 "Besteckmodell Schwaben", BGE 100 II 172 "Innenausbau", BGE 106 II 71 "Kasperlifigur", BGE 110 IV 102 "Harlekin-Puppen", BGE 113 II 196 "Le Corbusier", 125 III 328 "Bauwerk".

18 Vgl. hierzu GREGOR WILD, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, sic! 1/2004, 62 mit Hinweisen.

19 M. KUMMER (FN 4), 30.

20 M. KUMMER (FN 4), 36.

21 Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 23. A., Band 1, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2004, 860.

arrangiert werden, so dass dieses Arrangement ein neues urheberrechtlich schützbare Werk darstellt, wie etwa bei einer Collage aus einzelnen Fotografien.

3. Minimale Anforderungen an die "geistige Schöpfung" bei Fotografien

Das Bundesgericht reduziert im "Bob Marley"-Entscheid die Anforderungen an die "geistige Schöpfung" im Zusammenhang mit der Fotografie massiv: Es stellt zwar fest, es müsse ein "menschlicher Gestaltungswille", eine "Gedankenäußerung" erkennbar sein. Im konkreten Fall lässt es aber für die "geistige Schöpfung" genügen, dass der Urheber einen Bildausschnitt wählt und den Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme bestimmt. Hier ist Folgendes zu bedenken: Dass der Fotograf einen Bildausschnitt wählt und den Auslöser drückt, ist notwendiges Element der Bedienung der Kamera, also reines "Handwerk". Wenn also nach den Erwägungen des Bundesgerichts die "geistige Schöpfung" immer schon besteht, wenn der Auslöser willentlich bedient wird, sinken die Anforderungen an die "geistige Schöpfung" drastisch. Diese Reduktion der Anforderungen an die "geistige Schöpfung" führt dazu, dass sich jedenfalls bei nicht arrangierten Fotografien die Frage des Urheberrechtsschutzes fast vollständig auf die Prüfung der "Individualität" der Fotografie verlagert.

4. Fragwürdige Umsetzung des Begriffs der "statistischen Einmaligkeit"

Obwohl nun für das Tatbestandselement der Individualität ausschliesslich das Kriterium der "statistischen Einmaligkeit" massgeblich sein soll, prüft das Bundesgericht nicht etwa die Frage, ob die streitige Fotografie im Sinne KUMMERS "vom Gegebenen bzw. virtuell Möglichen" abweiche. Vielmehr schliesst es auf Individualität der Fotografie, weil die Haltung und die Mimik von Bob Marley, die fliegenden Rasta-Locken und ihre "an eine Skulptur gemahnenden Formen" sowie die Schatten auf dem Gesicht des Sängers dazu führen, dass die Fotografie "ansprechend und interessant" sei²². Im besprochenen Bundesgerichtsentscheid klingt damit etwas an, was das Kriterium der "statistischen Einmaligkeit" im Grunde sprengt: Das Bundesgericht umschreibt nämlich bei der Prüfung der Individualität nicht nüchtern und sachlich die Verschiedenheit der Bob Marley-Aufnahme von anderen möglichen Aufnahmen, sondern die *Wirkung der streitigen Fotografie auf den Betrachter*. Damit dokumentiert es einen Vorgang, welchen man als "intellektuelle Konstruktion" des Bildes bezeichnen könnte, den Vorgang nämlich, dass der Betrachter des Bildes, auch bei einer noch so präzis wiedergegebenen Wirklichkeit, dieses wahrnimmt, indem er dessen Fragmente intellektuell und emotional erfasst und in Beziehung setzt zu anderen Fragmenten und anderen Wirklichkeiten²³. Dieser Vorgang lässt sich aber weder unter dem Stichwort der "geistigen Schöpfung" noch unter dem Element der "Individualität" einordnen. Die Diskrepanz zwischen dem Gehalt der vom Bundesgericht formulierten Schutzkriterien und der anschliessenden Subsumption ist wenig befriedigend.

Dritter Teil: Zwischenbilanz und eine ergänzende Überlegung

I. Zwischenbilanz

1. "Geistige Schöpfung"

Stellt man auf den hier besprochenen Entscheid ab, so genügt für die Anerkennung als "geistige Schöpfung" das bloss Bedienen des Fotoapparates; die bewusste Wahl der konzeptionellen und fototechnischen Darstellungsmittel vermag zwar die Anerkennung des Werkcharakters zu fördern, ist aber nicht entscheidend. Massgeblich ist einzig die Fotografie als Ergebnis des schöpferischen Vorgangs. Mit diesem Befund entfällt die Möglichkeit, eine grundlegende Unterscheidung danach zu treffen, ob die Fotografie vom Fotografen "arrangiert" ist oder nicht. Auf der Grundlage der bundesgerichtlichen Erwägungen werden vielmehr alle Arten von Fotografien, nämlich arrangierte Aufnahmen wie Porträtaufnahmen und Kunstfotografien, nicht inszenierte Aufnahmen wie Schnappschüsse oder Aufnahmen von Landschaften, aber auch Pressefotos und wissenschaftliche Fotos die Anforderung der "geistigen Schöpfung" erfüllen, denn bei allen wird der Fotograf geltend machen können, er habe den Bildausschnitt und den Zeitpunkt, in dem er den Auslöser bedient hat, mehr oder weniger bewusst gewählt und sich die Aufnahme "vor seinem geistigen Auge zurecht gelegt".

2. Individualität

Die Frage nach dem Urheberrechtsschutz der Fotografie entscheidet sich nach der bundesgerichtlichen Praxis daher beim Kriterium der *Individualität*: Wenn die Aufnahme sich vom "bereits Gegebenen oder virtuell Möglichen" unterscheidet, ist "statistische Einmaligkeit" nach KUMMER gegeben. Die erforderliche Individualität bezieht sich aber nie auf den abgebildeten Gegenstand oder die abgebildete Person, sondern immer nur darauf, ob die *Aufnahme* des konkreten Gegenstandes oder der konkreten Person sich vom "bereits Gegebenen oder virtuell Möglichen" abhebt. Nicht die Individualität des Objektes, sondern die Individualität der *Aufnahme* ist zu beurteilen. Das gilt gleichermaßen für das Personenporträt, die Landschaftsaufnahme und die Pressefotografie; sie alle sind urheberrechtlich geschützt, soweit die Aufnahme, nicht das abgebildete Objekt, "statistisch einmalig" ist.

Einzig für die *wissenschaftliche Aufnahme* wird der urheberrechtliche Schutz regelmässig ausgeschlossen sein: Nach den Kriterien des "Bob Marley"-Entscheidunges wird zwar

22 Erwägung Ziff. 5.2.

23 Auf den Begriff der "intellektuellen Konstruktion" im Zusammenhang mit der Fotografie bin ich in "Du" gestossen: Du 746 (2004), 57, Der zweite Blick, Ein Bildessay von ISTVAN BALOGH: "BALOGHs Bilder demonstrieren, dass jede Wahrnehmung, vor allem die vermeintlich eindeutige, ein Fragment ist, dass ein wie auch immer vollständiges Bild immer eine intellektuelle Konstruktion ist."

selbst bei der wissenschaftlichen Aufnahme, etwa einer fotografischen Aufnahme der Marsoberfläche, eine "geistige Schöpfung" vorliegen; der urheberrechtliche Schutz wird aber regelmässig am Erfordernis der Individualität scheitern: Denn Sinn und Zweck der wissenschaftlichen Foto ist die möglichst objektive, deutliche, naturgetreue Wiedergabe eines Gegenstandes oder einer Person. Die wissenschaftliche Aufnahme wird daher definitionsgemäss nicht vom "bereits Gegebenen oder virtuell Möglichen" abweichen und daher im Sinne KUMMERS regelmässig keine Individualität entfalten. Im Bereich der wissenschaftlichen Aufnahme dürfte der fehlende urheberrechtliche Schutz aber weitgehend durch den ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz gemäss Art. 5 lit. c UWG kompensiert werden können²⁴.

II. Eine ergänzende Überlegung

Ich habe bei der Kritik des bundesgerichtlichen Entscheides betreffend die Bob-Marley-Fotografie auf den geistigen Vorgang beim Betrachter der Fotografie hingewiesen und diesen als "intellektuelle Konstruktion" bezeichnet. Diese "intellektuelle Konstruktion" ist, soweit sie über die blosser Wahrnehmung des Informationsgehaltes des Bildes hinausgeht, *Wirkung* eines "geistigen Gehaltes" der Aufnahme. Sie beinhaltet nicht eine – auf jeden Fall zu vermeidende – Beurteilung der Qualität des Werkes, sondern ist Ausdruck davon, dass die Aufnahme über die darin vermittelte Information hinaus einen "geistigen" Gehalt aufweist. Dieser Vorgang der "intellektuellen Konstruktion" beim Betrachter unterscheidet sich deutlich vom Kriterium der "geistigen Schöpfung" im hergebrachten Sinne: Die "geistige Schöpfung" geht vom Werkschaffenden aus, während sich die "intellektuelle Konstruktion" bei derjenigen Person ereignet, welche das Werk wahrnimmt²⁵.

Zwar bildet ein "geistiger Gehalt", der sich beim Betrachter manifestiert, nicht unmittelbar Bestandteil des Werkbegriffs. Die "intellektuelle Konstruktion" repräsentiert aber doch einen Vorgang, welcher dem "geistigen Gehalt" eines Werkes zugeordnet werden kann, und der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 URG schliesst die Berücksichtigung der Wirkung des Werkes beim Betrachter auch nicht von vornherein aus. Angesichts der offensichtlichen Schwierigkeit, die Fotografie – aber auch andere Werkkategorien der modernen Kunst – im herkömmlichen Sinne als "geistige Schöpfungen" zu verstehen, sei hier daher die Frage gestellt, ob der "geistige Gehalt" eines Werkes nicht auch in seiner *Wirkung auf die wahrnehmende Person* berücksichtigt werden kann. Es scheint mir jedenfalls nicht als ausgeschlossen, dass die Wirkung des "geistigen Gehaltes" beim Betrachter, die Art der "intellektuellen Konstruktion", zwar nicht als Begriffsmerkmal des Werkes, aber doch als *Indiz* für das Vorliegen einer "geistigen Schöpfung" nutzbar gemacht werden könnte. Soweit man diesen Weg beschreiten wollte, wäre die "intellektuelle Konstruktion" unter dem Tatbestandselement der geistigen Schöpfung zu prüfen und durch das Gericht transparent zu begründen, während für die Individualität, wie das Bundesgericht richtig erkannt hat, ausschliesslich die "statistische Einmaligkeit" massgebend sein muss.

III. Schlussbemerkung

Die Frage, ob die Fotografie als "Sorgenkind" gelten müsse, ist nach wie vor zu bejahen. Aber, um im Bild zu bleiben: So wie ein richtiges "Sorgenkind" von der Normalität abweicht und diese dadurch in Frage stellt, so hat auch die Betrachtung der Schutzvoraussetzungen der Fotografie als Kontrast zum "Normalfall" des urheberrechtlich geschützten Werkes besonderen Erkenntniswert, indem sie vor allem das Tatbestandselement der "geistigen Schöpfung" ins Rampenlicht stellt. Möglicherweise ist es ja auch im Urheberrecht wie sonst im Leben: "Sorgenkinder" bereiten nicht nur Sorgen, sondern vermögen derjenigen, die hinsieht, einen neuen Blick auf die "Normalität" zu eröffnen, nämlich darauf, "wo die Grenzen unserer am Typischen gebildeten juristischen Begrifflichkeit"²⁶ liegen.

24 Angesichts der strengen Kriterien gemäss BGE 4C.111/2002/Ima "Meili" könnte die Bedeutung des Leistungsschutzes insgesamt zunehmen.

25 In ähnlicher Richtung weist SANDRO MACCIACCHINI, Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie, *medialex* 1/02, 26, und DERSELBE, Die urheberrechtlich schützbares Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum, *sic!* 4/2004, 352, darauf hin, dass die durch die Fotografie beim Betrachter bewirkte Vorstellung von Bedeutung sei. MACCIACCHINI setzt dabei aber offenbar die geistige Schöpfung des Fotografen mit der Vorstellung beim Betrachter gleich. Diese Auffassung widerspricht der Konzeption des herkömmlichen Werkbegriffes. Für diesen ist die geistige Tätigkeit des Urhebers entscheidend, und auch wenn sich diese im Werk ausdrücken muss, bedeutet dies nicht, dass die geistige Schöpfung des Urhebers und die geistige Vorstellung beim Betrachter sich gleichen oder sogar übereinstimmen müssten. Die geistigen Aktivitäten beim Schöpfer und beim Betrachter sind nicht identisch, sondern stehen in der Beziehung von Ursache und Wirkung.

26 KARSTEN SCHMIDT, Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst – Krise oder Bewährung eines gesetzlichen Konzepts?, *Bonner Antrittsverlesung*, UFITA 77/1976, 4.

Dans son arrêt "Bob Marley", le Tribunal fédéral a répondu à la question des conditions pour la protection accordée par le droit d'auteur pour une photographie: Les éléments déterminants sont la "création de l'esprit" et le "caractère individuel". Pour l'instantané litigieux, le photographe n'a pas "mis en scène" la prise et ne s'est pas non plus servi d'une technique particulière. Le Tribunal fédéral se contente alors que l'auteur ait choisi une partie de l'image et définit le moment de la prise de la photographie. Dans ses considérants, par contre, le Tribunal fédéral retient comme élément important l'impression que la photographie laisse chez le contemplateur. Ainsi, le TF quitte les éléments constitutifs définis par lui-même et exige un processus intellectuel chez le contemplateur. Ce processus intellectuel peut être décrit comme "construction intellectuelle". L'effet de cette "construction intellectuelle" chez le contemplateur peut être un indice pour l'existence d'une "création d'esprit"; mais en aucun cas, le tribunal a le droit d'apprécier la qualité artistique de la photographie.

(trad. Flurin von Planta)