Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.117/2003 /grl

Urteil vom 5. September 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Walter, Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler, Favre,
Gerichtsschreiber Huguenin.

Parteien
X._____,
Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Larese,

gegen

Y._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Lucas David und Dr. Mark Reutter.

Gegenstand
Urheberrechtsverletzung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 13. März 2003.

Sachverhalt:

A.
Der am 6. Februar 1945 in Jamaika geborene und am 11. Mai 1981 in Miami verstorbene Bob Marley war ein weltweit bekannter Sänger von Reggae-Musik. Im Jahre 1978 gab er zusammen mit seiner Gruppe ein Open-Air-Konzert in Santa Barbara in Kalifornien. Der Schweizer Fotograf X._____ besuchte dieses Konzert und machte mehrere fotografische Aufnahmen. Eines dieser Schwarzweissfotos zeigt Bob Marley von der linken Seite vor unscharfem Hintergrund. Sichtbar ist der Oberkörper des Sängers, der in der linken Hand ein Mikrofon nahe vor den geöffneten Mund hält. Auffallend ist die Frisur von Bob Marley, dessen Haare ungefähr einen Viertel des ganzen Fotos ausfüllen. Die schwarzen langen Haare sind in zahlreiche Strähnen (Rasta-Locken) gedreht, die - aufgrund einer schnellen Kopfbewegung - konzentrisch vom Kopf abstehen und so an die Umrisse des Wurzelstocks eines Baumes erinnern. Eine dieser Strähnen befindet sich etwa auf Augenhöhe in horizontaler Lage und wirft einen vom Ohr bis zur Nasenspitze reichenden, relativ breiten schwarzen Schatten auf das sonst hellfarbige Gesicht des Sängers.

Das beschriebene Foto wurde von X._____ unter Umständen, die zwischen den Parteien streitig sind, der Keystone Press AG übergeben und bei deren Niederlassung in London archiviert. Nachdem die Londoner Niederlassung von "The Hulton-Deutsch Collection" übernommen worden war, überliess diese das Foto der Y._____ AG mit Sitz im Kanton Zürich zur Herstellung von Postern.

B.
Im September 2000 erhob X._____ beim Obergericht des Kantons Zürich Klage gegen die Y._____ AG mit den folgenden Begehren:
1. Die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber dem Kläger bekanntzugeben und offen zu legen:

1.1 Die Höhe der Druckauflage des von der Beklagten weltweit angebotenen Posters "Bob Marley", hergestellt ab dem 1978 entstandenen Foto des Klägers;

1.2 den Herstellungs- sowie den Verkaufspreis pro Exemplar dieses Posters;

1.3 weitere Verwendungen des Fotos des Klägers durch die Beklagte z.B. als Postkarte, Buchillustration, Zeitungsillustration sowie in den elektronischen Medien;

1.4 die Höhe der jeweiligen Druckauflage der einzelnen, von der Beklagten noch nachzuweisenden Verwendungsarten;

1.5 den jeweiligen Herstellungs- und Verkaufspreis pro Exemplar der einzelnen, von der Beklagten noch nachzuweisenden Verwendungsarten.

1.6 Namen und Adressen der von ihr belieferten Wiederverkäufer und Internet-Anbieter;

1.7 alle Gewinne, die mit dem vom Foto des Klägers hergestellten Poster sowie anderen Verwendungsarten erzielt wurden;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten,

2.1 dem Kläger eine Lizenzgebühr von mindestens 10% des Verkaufspreises pro gedrucktem Exemplar des Posters und anderer, durch die Beklagte nachzuweisender Verwertungsarten zu entrichten;

2.2 den bisher erzielten Gewinn aus der gesamten Nutzung des Werkes des Klägers an den Kläger herauszugeben.
3. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die unberechtigte Nutzung seines Werkes für die verschiedenen Verwendungsarten auf der Basis "Preisempfehlung für Bildhonorare der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bildagenturen und -archive" (nach vorläufiger Berechnung, ohne Verletzerzuschlag) im Betrag von Fr. 57'342.50 angemessen zu entschädigen.
4. Die Beklagte sei weiter zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Entschädigung gemäss vorläufiger Berechnung in Höhe von mindestens Fr. 3'648.– wegen widerrechtlicher Verwendung im Internet zu entrichten.

4.1 Für die definitive Berechnung seien die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaft ProLitteris, Zürich, beizuziehen.
5. Die Beklagte sei ebenfalls zu verpflichten, dem Kläger 5% Zins, berechnet vom Datum der Geltendmachung seiner Ansprüche mit Brief vom 18. Mai 1999 zu zahlen.
6. Es sei festzustellen, dass der Kläger in seinen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Verhältnissen verletzt worden ist; nämlich in seinem Recht auf Anerkennung der Urheberschaft durch Unterdrückung seines Namens als Urheber des Fotos, sowie in seinem ausschliesslichen Recht, darüber zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden kann, wie etwa durch (hier: unbefugten Eingriff mittels) Kolorierung.
7. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für diese Verletzung in seinen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Verhältnissen unter dem Titel der Genugtuung den Betrag von Fr. 2'000.– zu entrichten.
8. Es sei der Beklagten zu verbieten, Veröffentlichungen ab dem Foto des Klägers ohne dessen Einverständnis und ohne Nennung seines Namens in gedruckten oder in elektronischen Medien zu publizieren oder publizieren zu lassen.
9. Vorsorglich wird der Antrag gestellt, einen Sachverständigen beizuziehen zur Bestimmung des Ur- und des Reproduktionsnegativs.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."
Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Sie erhob verschiedene rechtliche und tatsächliche Einwände sowie die Einrede der Verjährung. Mit Urteil vom 13. März 2003 wies das Obergericht die Klage ab. In der Urteilsbegründung erklärte es die Einrede der Verjährung für unbegründet und nahm zu den rechtlichen Einwänden der Beklagten insoweit Stellung, als es sich deren Auffassung anschloss, dass dem Foto des Klägers keine Werkqualität im Sinne von Art. 2 URG zukomme.

C.
Mit Berufung beantragt der Kläger dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung und zur Behandlung der gestellten Rechtsbegehren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Berufungsschrift muss gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. b OG grundsätzlich einen materiellen Antrag enthalten. Obwohl der Kläger bloss die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz verlangt, ergibt sich aus dem Zusammenhang zwischen seinem Antrag und der Begründung, dass er als erstes vom Bundesgericht die Feststellung anbegehrt, dass die Fotografie von Bob Marley unter dem Schutz des Urheberrechtes stehe, und dass er als zweites - darauf gestützt - die Behandlung der vor Obergericht gestellten weiteren Begehren verlangt. Auf diese brauchte das Obergericht nicht einzutreten, da es den Urheberrechtsschutz verneinte. Weil das Bundesgericht demnach, sollte es die Rechtsauffassung des Klägers betreffend Werkqualität für begründet erachten, kein Sachurteil fällen könnte, sondern die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückweisen müsste, genügt nach ständiger Praxis der blosse Rückweisungsantrag (BGE 106 II 203 E. 1; 104 II 211 E. 1 je mit Hinweisen).

2.
2.1 Die Vorinstanz ist zum Ergebnis gekommen, die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche des Klägers seien nicht verjährt, weil dieser zur jetzigen Zeit weder den Umfang des erlittenen Schadens kenne noch wisse, in welcher Weise er von der Beklagten in seiner Persönlichkeit verletzt worden sei.

2.2 Die Beklagte hält in der Berufungsantwort an der Verjährungseinrede fest und wirft dem Obergericht in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 60 Abs. 1 OR vor. Die Beklagte weist darauf hin, dass dem Kläger die wesentlichen Schadenselemente bekannt gewesen seien, als ihm von ihr eine vollständige Aufstellung über die verkauften Stückzahlen von Gross-Postern, Mini-Postern und Postkarten übergeben worden sei. Wenn dem Kläger diese Angaben nicht genügten, verkenne er, dass die Verjährungsfrist nicht erst mit dem Nachweis des Schadens zu laufen beginne, sondern bereits mit dessen Kenntnis. Zudem könne der Kläger sich nicht darauf beschränken, diese Angaben zu bestreiten, um den Beginn der Verjährung hinauszuschieben.

2.3 Obschon die Beklagte weder Berufung noch Anschlussberufung erhob, hat sie grundsätzlich die Möglichkeit, in der Berufungsantwort für sie ungünstige Erwägungen der Vorinstanz als bundesrechtswidrig zu beanstanden mit dem Ziel, die Abweisung der Klage trotz der Gutheissung einzelner Berufungsrügen zu erreichen (BGE 118 II 36 E. 3; 61 II 125 E. 1). Zu beachten ist jedoch, dass die gleichen Formvorschriften wie für die Berufung gelten (Art. 59 Abs. 3 OG). Dazu gehören Art. 63 Abs. 2 und Art. 55 Abs. lit. c OG, wonach Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz unzulässig ist, es sei denn, es würden Ausnahmen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG vorliegen, was in der Rechtsschrift behauptet und ausreichend belegt werden muss (vgl. zu Letzterem BGE 115 II 484 E. 2a).

Nach dem angefochtenen Urteil steht noch nicht fest, ob die Beklagte über die Produktion von Postern hinaus andere Verletzungshandlungen begangen hat. Daraus leitet das Obergericht ab, dass der Kläger erst nach Abschluss eines allfälligen Beweisverfahrens Kenntnis vom Schaden haben kann. Soweit dieser Erwägung tatsächliche Feststellungen zugrunde liegen, sind sie für das Bundesgericht verbindlich, denn die Beklagte erhebt keine im Berufungsverfahren zulässigen Sachverhaltsrügen. Bereits daran scheitert die Kritik an der Abweisung der Verjährungseinrede, weshalb auf die rechtlichen Einwände der Beklagten gegen das Urteil des Obergerichts nicht weiter einzugehen ist.

3.
3.1 Nach dem angefochtenen Urteil kann der Kläger keinen urheberrechtlichen Schutz für seine Fotografie von Bob Marley beanspruchen. In der Urteilsbegründung des Obergerichts werden den fallbezogenen Erwägun-

gen allgemeine Ausführungen zum Begriff des fotografischen Werkes im Sinne von Art. 2 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG; SR 231.1) vorangestellt. Diese Ausführungen betreffen vor allem die Begriffselemente der "geistigen Schöpfung" und des "individuellen Charakters" und werden vom Obergericht dahingehend zusammengefasst, dass vom URG nur die "geistige Schöpfung und also nur das Geschaffene" geschützt wird und nicht schon die banale Präsentation von bloss Vorgefundenem. Nach dem Obergericht hängt sodann der individuelle Charakter der Fotografie ab vom Einsatz der fotografischen Mittel bei der Abbildung des fotografierten Objekts, allenfalls auch von der Aufbereitung des fotografierten Objektes. Auch das Einmalige des bloss vorgefundenen Objektes könne zur Individualität der Fotografie beitragen, wenn die Planung und Ausführung zusammen wegen des geistigen Aufwandes ebenfalls als ungewöhnlich erscheinen, was Zufallsergebnisse ausschliesse.

Die Beurteilung nach diesen Kriterien führt das Obergericht zu folgenden Erkenntnissen: Der Vordergrund des Fotos, das heisst die Abbildung von Bob Marley sei zwar im Gegensatz zu dessen Hintergrund einmalig. Fraglich sei aber, ob die Gestaltung der Aufnahme so einmalig sei, dass sie als geistige Schöpfung im Sinne des Gesetzes erscheine. Auf das Objekt der Aufnahme treffe dies nicht zu, da der Kläger keine Möglichkeit gehabt habe, das Verhalten von Bob Marley während des Konzertes zu beeinflussen; der Kläger sei blosser Zuhörer und Zuschauer gewesen. Das Obergericht hält sodann fest, dass auch die vom Kläger eingesetzten fotografischen Mittel nicht als einmalig zu bezeichnen seien. Die Abbildung von Bob Marley sei ein Halbporträt im Profil und damit eine der gängigsten Arten der Gestaltung eines Bildnisses. Die Hervorhebung der Person, des wesentlichen Bestandteils des Bildes, mittels geringer Tiefenschärfe sei eine Selbstverständlichkeit. Die Verwendung eines Objektivs mit langer Brennweite werde bei Porträtaufnahmen oft verwendet, um die Perspektive zu verflachen und Verzerrungen zu vermeiden. Auch der übrige fotografische Aufwand wie die Einstellung der Blende und der Entfernung sowie die Wahl des Objektivs und des Formats des
Fotos sei nicht ungewöhnlich; mehr als die Fertigkeit eines geübten Fotografen sei für die Erzielung eines guten Ergebnisses nicht erforderlich gewesen. Das Obergericht räumt jedoch ein, dass die Aufnahme unbestreitbar ansprechend und interessant sei. Der Grund liege in der besonderen Mimik und Haltung von Bob Marley, vor allem in den fliegenden Rasta-Locken und ihren an eine Skulptur gemahnenden Formen. Einen besonderen Akzent setze dabei der Schatten, den eine horizontal fliegende Locke auf das Gesicht werfe. Dem Kläger sei fraglos ein ungewöhnlich schöner Schnappschuss gelungen. Ein Werk habe er damit jedoch nicht geschaffen, weil er diesen Schnappschuss nicht so geplant habe, dass er wegen dieser Planung als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter erscheine.

3.2 Der Kläger rügt, das Obergericht habe den Begriff des urheberrechtlich geschützten Werkes falsch ausgelegt. Er bringt vor, Urheberrecht sei das Recht an einer individuellen Form im Bereiche der Literatur und Kunst, soweit sie vom Menschen geschaffen werde. Individuell heisse prinzipiell unterscheidbar von anderen Werken. Ausgangspunkt sei regelmässig die wahrnehmbare Form. Die Wege, wie der Autor zu dieser Form gelange, seien grundsätzlich irrelevant. Ausführungen der Vorinstanz, wie der Kläger angeblich die Fotografie aufgenommen habe, seien reine Hypothesen und Hineininterpretationen. Dies sei nicht zu beachten. Massgebend sei einzig das Ergebnis. Es sei Sache des Künstlers, zu bestimmen, wie er zu diesem Ergebnis gelange, das er als sein Werk deklariere. Eine besondere Fotografie zeichne sich dadurch aus, dass es ihr gelinge, das Wesentliche einer Situation einzufangen. Der Kläger habe ein Werk geschaffen, das in einzigartiger Weise Mensch und Botschaft von Bob Marley wiedergebe und deshalb weltweit als Poster verwendet worden sei. Daran ändere nichts, dass die Fotografie vom Obergericht als Schnappschuss bezeichnet worden sei. Auch Ideen seien in der Regel "Schnappschüsse". Entscheidend sei, wie man sie "bekleide". Wenn es
gelinge, die Idee in eine unverwechselbare individuelle Form zu kleiden, liege ein Werk vor. Nichts anderes habe der Kläger realisiert.

4.
Gemäss Art. 2 URG sind Werke geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben, wobei es auf deren Wert und Zweck nicht ankommt (Abs. 1). Zu diesen Werken gehören gemäss Gesetz insbesondere auch fotografische, filmische und andere visuelle oder audiovisuelle Werke (Abs. 2 lit. g). In der Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zum Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 (BBl 1989 III 477 ff., 520 f.) wird darauf hingewiesen, dass der Werkbegriff im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten über die li-

terarischen und künstlerischen Ausdrucksformen hinaus auf sämtliche geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter ausgedehnt, dann aber aufgrund von in der Vernehmlassung erhobener Kritik auf Schöpfungen im Gebiet von Literatur und Kunst eingeschränkt worden sei. Es wird zudem festgehalten, dass die Definition auf den von der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien aufbaue und somit im Vergleich zum alten Urheberrechtsgesetz nichts am Anwendungsbereich des Urheberrechts geändert worden sei (ebenso Urteil des Bundesgerichts 4C.448/1997 vom 25. August 1998 E. 3, abgedruckt in sic!, 1999, S. 119 ff.; Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Auflage, Bern 2000, N. 1 und 2 zu
Art. 2).

4.1 In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum früheren Urheberrechtsgesetz wurde das urheberrechtlich geschützte Werk als "eigenartige Geistesschöpfung von individuellem Gepräge" definiert, wobei die Gestaltung des Werkes "der Ausdruck einer neuen, originellen geistigen Idee oder die Verkörperung eines Gedankens ist, für die es einer individuellen geistigen Idee bedurfte" (BGE 106 II 71 E. 2a; 75 II 355 E. 2a S. 359 f., je mit Hinweisen). Wiederholt wurde festgehalten, dass der ästhetische Wert und die Bedeutung des Werkes weder zu beurteilen noch zu berücksichtigen seien (BGE 110 IV 102 E. 2; 106 II 71 E. 2a; 75 II 355 E. 2a S. 360). Neuere Entscheide wiesen schliesslich darauf hin, dass an das Mass der geistigen Leistung, an den Grad der Individualität oder Originalität nicht stets gleich hohe Anforderungen zu stellen seien; das verlangte individuelle Gepräge hänge vielmehr vom Spielraum des Schöpfers ab; wo ihm von vornherein der Sache nach wenig Raum bleibe, werde der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbständiger Tätigkeit vorliege (BGE 113 II 190 E. 2a S. 196 mit Hinweisen; 117 II 466 E. 2a S. 468).

4.2 In der Lehre bildete das Aufkommen der modernen Kunst Anlass, die in der Rechtsprechung und in der damaligen schweizerischen Literatur verwendete Definition des urheberrechtlich geschützten Werkes in bestimmten Teilen in Frage zu stellen. Kritisiert wurde vor allem die Voraussetzung der "eigenartigen Schöpfung" bzw. der "persönlichen Prägung" und die Berücksichtigung der Umstände bei der Entstehung des Werkes. Die Diskussion über den urheberrechtlichen Werkbegriff wurde massgebend angeregt von Max Kummer, der in seiner im Jahre 1968 erschienen Monografie "Das urheberrechtlich schützbare Werk" die Auffassung vertrat, dass der urheberrechtliche Schutz in Bezug auf den erforderlichen Abstand zu bereits Bestehendem allein von einer bestimmt verstandenen, als "statistische Einmaligkeit" bezeichneten (S.38 und S.80) Individualität des Werkes selbst abhängig zu machen sei. Dieser Auffassung hat sich die schweizerische und zum Teil auch die ausländische Lehre angeschlossen (vgl. Alois Troller, Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in Recht und Wirtschaft heute, FS Kummer, Bern 1980, S.268ff.; Elmar Heim, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda, Diss. Freiburg
1971, S.28ff.; Karsten Schmidt, Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst - Krise oder Bewährung eines gesetzlichen Konzepts? -, UFITA 77/1976, S.1ff., S.22ff.).

4.3 Der Begriff der statistischen Einmaligkeit hat auch Eingang in die Rechtsprechung kantonaler Gerichte gefunden; insbesondere bei der Beurteilung der Werkqualität von Fotografien. So verweigerte das Obergericht des Kantons Zürich im Jahre 1983 der fotografischen Abbildung eines leicht nach vorne gebeugten und sich auf einen Tisch stützenden Mannes, der ein Aktenstück in der Hand hält, den Urheberrechtsschutz. Dieser Aufnahme fehle die statistische Einmaligkeit. Weder im Gesicht des Mannes noch in seiner Haltung komme etwas Besonderes zum Ausdruck. Bildausschnitt und Proportionen seien alltäglich, der Aufnahmewinkel normal; ebenso bestünden keine besonderen Lichteffekte oder Farbzusammensetzungen (Urteil vom 30. Juni 1983; abgedruckt in SMI 1985, S. 221 ff.).

Demgegenüber wurde, ebenfalls unter Bezugnahme auf das Kriterium der statistischen Einmaligkeit, in einem St. Galler Entscheid die Werkqualität einer Porträtfotografie bejaht. Nach diesem Urteil ist die statistische Einmaligkeit bei einer Fotografie anhand der gestalterischen Elemente wie spezifische Beleuchtung, Kontraste, Tiefenschärfe, Motivwahl, Lichtführung, Wahl des Ausschnittes oder der Perspektive, Wahl oder Zusammenstellung einzelner abgebildeter Objekte oder Verhältnis zwischen Lichtkontrasten zu bestimmen. Bei der beurteilten Porträtaufnahme bejahte das Kantonsgericht die Werkqualität mit der Begründung, die Lichtverhältnisse und die Lichtkontraste, insbesondere die Tiefenschärfe, liessen - abgesehen vom Eindruck, den das Objekt selbst erwecke - deutlich erkennen, dass nicht einfach ein Schnappschuss, ein banales mechanisches Knipsen

zur Diskussion stehe, sondern ein entsprechender Gestaltungswille der Fotografin zum Ausdruck komme (Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 24. November 1999, abgedruckt in sic! 2000, S. 188 ff.).

4.4 Der Begriff der statistischen Einmaligkeit wurde auch in Urteilen des Bundesgerichts aus den Jahren 1987 und 1993 verwendet. Darin wurde festgehalten, dass Originalität und Individualität oder statistische Einmaligkeit als Wesensmerkmale des geschützten Werkes zu betrachten seien (Urteil C 273/1986 vom 26. Januar 1987 E. 2, abgedruckt in SMI 1989 I 68 ff.; Urteil 6S.694/1992 vom 2. März 1993 E. 3b, in französischer Übersetzung abgedruckt in JdT 1996 I 242 ff.). Ähnliche Formulierungen - allerdings ohne Erwähnung der "statistischen Einmaligkeit" - finden sich in anderen Urteilen des Bundesgerichts, und zwar auch in solchen, die in Anwendung des revidierten Urheberrechtsgesetzes ergangen sind (vgl. BGE 125 III 328 E. 4b S. 331; Urteil 4C.86/2000 vom 13. Juni 2000 E. 3c/bb, abgedruckt in sic! 2001, S. 729). Soweit in den beiden zuletzt zitierten Urteilen der Begriff der Originalität verwendet wird, ist indessen zu beachten, dass die Legaldefinition des revidierten Gesetzes den Schutz ausschliesslich vom individuellen Charakter des Werkes abhängig macht und sich insoweit an die Auffassung Kummers anlehnt. Originalität im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber ist nach dem revidierten Gesetz nicht erforderlich. Zudem
wird vorausgesetzt, dass der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommt (BBl 1989 III S. 521). Massgebend ist die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität (Schmidt, a.a.O., S. 10 und 22). In diesem Sinne ist die bereits zitierte Äusserung in der Botschaft (oben E. 4) zu relativieren, dass das revidierte Gesetz hinsichtlich der Umschreibung des Werkbegriffs auf den Abgrenzungskriterien der damaligen Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichts aufbaue.

4.5 Wesensmerkmal des urheberrechtlich geschützten Werkes ist neben dem individuellen Charakter das Vorliegen einer geistigen Schöpfung der Literatur oder Kunst. Als geistige Schöpfung muss das Werk auf menschlichem Willen beruhen; es muss Ausdruck einer Gedankenäusserung sein (BBl 1989 III S. 521). Bei der Fotografie ist diese Anforderung problematisch, weil der mechanische, durch den Fotoapparat geleistete Anteil an der Erzeugung und Individualisierung des Werkes den menschlichen Anteil überwiegen kann. Die Fotografie wird deswegen in der Literatur als Sorgenkind des Urheberrechts bezeichnet. Max Kummer hat erfolglos die Schaffung eines Sonderrechtes für die Fotografie gefordert (a.a.O., S. 210 f.; ebenso Haenni, Le photographe et ses droits d'auteur, S. 10). Andere Autoren vertreten dagegen die Auffassung, die Eigenheit der Fotografie, mechanisches Abbild der Wirklichkeit zu sein (so die Formulierung von Kummer, a.a.O., S. 208), stehe der Anwendung der Regeln des Urheberrechtsgesetzes, das die Fotografie in Art. 2 Abs. 2 lit. g ausdrücklich unter den geschützten Werken erwähnt, nicht entgegen. Nach Alois Troller bestehen bei der Fotografie Gestaltungsmöglichkeiten, welche zu einer individuellen, geschützten Abbildung führen
können. Entscheidend ist nach seiner Auffassung die statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht jene des Vorhandenseins eines Ereignisses oder einer Sache. Gemäss schweizerischem Recht seien, was oft übersehen werde, nur die individuellen Werke der Fotografie geschützt, nicht aber blosse Lichtbilder, die auch andere in gleicher Weise zustande brächten (Immaterialgüterrecht, Band I, 3. Auflage, Basel 1983, S. 387). Ähnliche Äusserungen finden sich bei anderen Autoren und Autorinnen. Es besteht in der Literatur insoweit Einigkeit, als einerseits banale Knipsbilder vom Schutz ausgeschlossen werden und andererseits die Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, in deren Gestaltung gesehen wird, zum Beispiel durch die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens, durch den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films, durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie durch die Bearbeitung des Negativs (Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Auflage, Bern 2000, N. 19 zu Art. 2; von Büren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, Basel 1995, S. 109 f.; Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 3.
Auflage, Bern 2000, S. 98 f.; Ackermann/Buri, Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft, in: recht 1998, S. 144 ff., S. 152 f.; Hug Kettmeir, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 136/1998, S. 151 ff., S. 161 f.; Macciacchini, Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie, in: Medialex 2002, S. 24 ff., S. 27; Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Band I, 2. Auflage, Basel 1996, S. 293). Im Übrigen wird in der Lehre zutreffend darauf hingewiesen, dass die Bezeichnung einer Fotografie als Schnappschuss, soweit sie als Beschreibung eines fototechnischen Vorgangs gemeint ist, nichts über deren urheberrechtliche Schützbarkeit aussagt (von Büren, a.a.O., S. 110). Das leuchtet bereits darum ein, weil andernfalls jede fotografische Abbildung eines sich schnell bewegenden Objektes vom Urhe-

berrechtsschutz ausgenommen 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 begründen.

5.
5.1 Wie bereits festgehalten wurde, ist die Vorinstanz zum Ergebnis gekommen, dass der Kläger die an sich bestehenden fotografischen Gestaltungsmittel nicht in einmaliger Weise eingesetzt hat. Nach ihrer Auffassung ist für die Erzielung eines guten Ergebnisses nicht mehr als die Fertigkeit eines geübten Fotografen erforderlich gewesen. Damit hat die Vorinstanz indessen nur eine von mehreren nach der vorangehenden Erwägung gegebenen Möglichkeiten in Betracht gezogen, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen. Welche fototechnischen Mittel zur Gestaltung der Fotografie eingesetzt worden sind, kann nicht allein entscheidend sein. Massgebend ist das erzielte Ergebnis, das für sich selbst der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein. Soweit in der Lehre die Gestaltungsmöglichkeiten anhand der fototechnischen Mittel exemplifiziert werden (oben E. 4.5), ist das nicht anders zu verstehen. Die Benutzung einer bestimmten Technik führt nicht automatisch zum Urheberrechtsschutz. Andererseits gilt aber auch, dass eine Fotografie nicht grundsätzlich vom Schutz ausgenommen werden darf, weil keine besonderen fototechnischen Mittel verwendet worden sind, wie am Beispiel des
Schnappschusses bereits erörtert worden ist. Dass es dem Kläger als gewöhnlichem Zuschauer und Zuhörer des Konzertes von Bob Marley nicht möglich war, die fotografischen Aufnahmen mit diesem zu inszenieren, kann sich deshalb nicht zu Ungunsten des Klägers auswirken. Übertriebene Anforderungen stellt die Vorinstanz schliesslich auch, wenn sie verlangt, dass der Kläger den Schnappschuss auf eine so besondere Art hätte planen müssen, dass er wegen dieser Planung als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter erscheinen würde. Diese Auffassung widerspricht dem Prinzip, dass die Fotografie für sich allein, unabhängig von den Umständen ihrer Entstehung zu beurteilen ist (BBl 1989 III S. 521). Das Vorliegen einer solchen Planung wird im Übrigen selten aus der Fotografie selbst ersichtlich sein. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Obergericht bei der Beurteilung der Werkqualität auf Grundsätze abgestellt hat, die dem Bundesrecht widersprechen.

5.2 In anderer Hinsicht ist dem Obergericht dagegen zuzustimmen. Es hält fest, dass die Fotografie von Bob Marley ansprechend und interessant sei, und bezeichnet als Grund dafür die besondere Mimik und Haltung des Abgebildeten, vor allem die fliegenden Rasta-Locken und ihre an eine Skulptur gemahnenden Formen, wobei ein besonderer Akzent durch den Schatten gesetzt werde, den eine horizontal fliegende Locke auf das Gesicht werfe. Damit hat das Obergericht selbst gerade die wesentlichen Merkmale herausgearbeitet, welche der Fotografie des Klägers individuellen Charakter verleihen. Anzufügen ist noch, dass auch die Anordnung der einzelnen Bildkomponenten und der jeweilige Raum, den sie im Verhältnis zueinander ausfüllen, ebenso wie die Verteilung von Licht und Schatten zur individuellen Gestaltung der Fotografie beitragen. 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 Bewegungsablaufs des Sängers. Aus diesen Gründen ist die vom Kläger aufgenommene Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk, als geistige Schöpfung der
Kunst mit individuellem Charakter im Sinne von Art. 2 URG zu beurteilen. Das angefochtene Urteil, das zum gegenteiligen Ergebnis kam, ist aufzuheben.

6.
Aus Gründen, die bereits erörtert worden sind (oben E. 1), kann das Bundesgericht nicht selbst über die Klage entscheiden, sondern muss die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückweisen. Damit obsiegt der Kläger vor Bundesgericht mit seinem Rückweisungsantrag, was es rechtfertigt, die Gerichtskosten der Beklagten aufzuerlegen und diese zur Zahlung einer Parteientschädigung an den Kläger zu verpflichten (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 13. März 2003 wird aufgehoben und die Streitsache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 3'500.– wird der Beklagten auferlegt.

3.
Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. September 2003
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: