Urteilskopf

130 III 168

21. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. X. gegen Y. AG (Berufung) 4C.117/2003 vom 5. September 2003

Regeste (de):
Urheberrechtsschutz für eine Fotografie (Art. 2 URG).

Urheberrechtlicher Werkbegriff: Merkmale des individuellen Charakters und der geistigen Schöpfung (E. 4 und 5).

Regeste (fr):
Protection accordée par le droit d'auteur pour une photographie (art. 2 LDA).

Définition de l'oeuvre selon le droit d'auteur: notions de "caractère individuel" et de "création de l'esprit" (consid. 4. et 5).

Regesto (it):
Protezione di una fotografia secondo il diritto d'autore (art. 2 LDA).

Nozione di opera nel diritto d'autore: requisiti posti al carattere originale e alla creazione dell'ingegno (consid. 4 e 5).

Sachverhalt ab Seite 168

BGE 130 III 168 S. 168

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

BGE 130 III 168 S. 169

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 verschiedenen auf das Urheberrecht abgestützten Begehren. 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 (SR 231.1) 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 heisst die Berufung teilweise gut, hebt das angefochtene Urteil auf und weist die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

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., S. 520 f.) wird darauf hingewiesen, dass der Werkbegriff im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten über die literarischen 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, publ. in: sic! 2/1999 S. 119 ff.; BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N. 1 und 2 zu Art. 2 URG).

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; BGE 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; BGE 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"

BGE 130 III 168 S. 171

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, Festschrift Kummer, Bern 1980, S. 268 ff.; ELMAR HEIM, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda, Diss. Freiburg 1971, S. 28 ff.; KARSTEN SCHMIDT, Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst - Krise oder Bewährung eines gesetzlichen Konzepts? -, Archiv für Urheber- Film- Funk- und Theaterrecht [UFITA]77/1976 S. 1 ff., 22 ff.).

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 des Obergerichts Zürich vom 30. Juni 1983, publ. 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

BGE 130 III 168 S. 172

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, publ. in: sic! 3/2000

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, publ. in: SMI 1989 S. 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, publ. in: sic! 8/2001 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 1 BGE 989 III 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 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, Bd. I, 3. Aufl., 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. Aufl., Bern 2000, N. 19 zu Art. 2 URG; VON BÜREN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, Basel 1995, S. 109 f.; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, S. 98 f.; ACKERMANN/BURI, Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft, in: recht 16/1998 S. 144 ff., 152 f.; HUG KETTMEIR, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA

136/1998 S. 151 ff., 161 f.; MACCIACCHINI, Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie, in:

Medialex 2002 S. 24 ff., 27; KAMEN TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Bd. I, 2. Aufl., 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 Urheberrechtsschutz 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 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.