

Wie aus einer Fotografie ein Bild wird

Die Fotografie aus bildtheoretischer und urheberrechtlicher Perspektive

MISCHA SENN*

Die urheberrechtliche Beurteilung von Fotografien erfolgt zumeist ausschliesslich innerhalb der Werkkategorie «fotografische Werke». Allerdings sind längst nicht mehr alle «Fotografien» rein fotografischer Natur, sondern Bilder. Für die Beurteilung von Bildern gelten jedoch teils andere, weiter gehende und auf jeden Fall spezifische Kriterien. Um dem Wesen von fotografischen Bildern gerecht zu werden, sind somit werk-adäquate Kriterien heranzuziehen. Damit dies in der rechtlichen Beurteilung nachvollzogen werden kann, bedarf es einer vorausgehenden bildtheoretischen Darlegung. Mit und dank deren Erkenntnisse soll es ermöglicht werden, eine urheberrechtlich adäquate Zuordnung von Fotografien jeder Art zu vollziehen, damit über einen Urheberrechtsschutz befunden werden kann, der dem Wesen des tatsächlich vorliegenden Werkes gerecht wird.

L'évaluation de photographies du point de vue du droit d'auteur s'effectue généralement exclusivement dans la catégorie des «œuvres photographiques». Toutefois, toutes les «photographies» ne sont depuis longtemps plus de nature purement pho-

tographique, mais sont des images. Or, l'évaluation des images se fait en partie sur la base de critères différents, qui vont plus loin et en tous les cas qui sont plus spécifiques. Pour s'adapter au caractère particulier des images photographiques, il convient donc d'appliquer des critères en adéquation avec ce type d'œuvres. La prise en compte de cette réalité dans l'évaluation juridique nécessite une analyse préalable fondée sur une théorie de l'image. Sur la base de ces résultats, il devrait être possible de classer les différents types de photographies du point de vue du droit d'auteur; cela permettrait de leur assurer une protection adéquate par le droit d'auteur, qui tient véritablement compte de l'esprit de l'œuvre à analyser dans un cas particulier.

- I. Einleitung
 - II. Merkmale der Fotografie
 1. Phänomenologie und Inhalt
 2. Verfahren und fotografischer Prozess (Bildentstehung)
 3. Kunststatus von Fotografien
 - III. Bildtheoretische Betrachtungen
 1. Stand und Ansätze
 2. Erscheinungsweisen von Fotografien
 - IV. Urheberrechtliche Betrachtungen
 1. Gegenstand der Beurteilung
 2. Zuordnung nach Werkkategorien
 3. Zur schöpferischen Leistung des Fotografen
 4. Individualität der Fotografie
 5. Beurteilungsvorgehen
 - V. Anwendung: Beispiele und Fälle
- Zusammenfassung | Résumé

I. Einleitung

«Es gibt keine Fotos von Einhörnern.¹ – Aber es gibt Bilder von solchen Fabelwesen, denn es «nützte nichts, die Kamera auf die Welt zu richten: dort draussen gibt es keine Bilder.²» – Diese Aussagen weisen auf grundlegende Phänomene der «Fotografie»³ hin, die nicht nur die Bildtheorie beschäftigt, sondern auch eine beinahe nicht enden wollende Diskussion über den urheberrechtlichen Schutz der Fotografie nach sich zieht. Das hat auch damit zu tun, dass in der rechtlichen Reflexion eine kategoriale Differenzierung nach ihrer Erscheinungsform nicht stattfindet.

Es geht hier nicht darum, zu analysieren, was eine künstlerisch gelungene Fotografie ist. Diese Frage kann und muss den zuständigen Fachkreisen und ihrem jeweiligen Kriterienrepertoire überlassen werden. Stellt sich allerdings die Frage des urheberrechtlichen Schutzes von Fotografien, lassen sich von eben diesen Fachkreisen so gut wie kaum anwendbare Angaben vernehmen, welches denn die Kriterien sein sollen, die der Fotografie den individuellen Charakter verleihen und damit eine Werkqualität nach dem Ur-

¹ K. L. WALTON, Fotografische Bilder, in: J. Nida-Rümelin/J. Steinbrenner (Hg.), Fotografie zwischen Inszenierung und Dokumentation, Ostfildern 2012, 18.

² H. BELTING, Bild-Anthropologie, 3. Aufl., München 2006, 216.

³ Wenn hier wie später einfach nur von *Fotografie* die Rede ist, so ist damit der herkömmliche (offene) Begriff gemeint, ansonsten wird eine Differenzierung vorgenommen, die ja Gegenstand dieser Abhandlung ist.

* Prof. Dr. iur.; Leiter Zentrum für Kulturrecht (ZKR) / ZHdK; Handelsrichter am HGer ZH, Vizepräsident der Schweizerischen Lauterkeitskommission.

Der Autor dankt C. BICHSEL, S. CSERNAY, G. HUG, S. JUNGE, S. KERNICH und P. STUDER für die hilfreichen Hinweise und Anmerkungen.

heberrechtsgesetz (URG) attestieren. Es sind zwar verschiedene Postulate für einen möglichst breiten Urheberrechtsschutz der Fotografie aus der berufsfotografischen Perspektive zu vernehmen⁴, doch kann nicht festgestellt werden, dass diese Vorschläge im Rahmen der geltenden Urheberrechtsordnung Anwendung fanden, zumal sie auch die spezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen nicht oder zu wenig beachten. Es bleibt damit den juristischen Kreisen überlassen, Kriterien für eine möglichst anwendungsorientierte Beurteilung eines Urheberrechtsschutzes für Fotografien zu liefern.

Das ist bisher allerdings nur ansatzweise und – anerkanntermassen – kaum befriedigend geglückt. Dies hat u. a. auch mit dem nahezu unauflösbaren, weil mehrfachen, Wesenscharakter der Fotografie zu tun, der sich beispielsweise in der «Ambivalenz von Blick und Motiv»⁵ niederschlägt.

Obschon sich die Bildtheorie⁶ mit dem «Sonderfall» der Fotografie bereits eingehend befasst hat, fanden deren Erkenntnisse – soweit bekannt – keinen Eingang in die juristische Lehre und Rechtsprechung⁷. Das lässt sich beispielsweise darin ablesen, dass sich die Urteile ausschliesslich auf die formalen Kriterien innerhalb der Werkkategorie Fotografie abstützen und nicht in Betracht gezogen wird, dass beim zu beurteilenden Werk eben nicht (mehr) nur fotografische, son-

dern vielfach auch bildnerische Gesichtspunkte heranzuziehen sind. Diese Betrachtungsweise bedeutet eine Einschränkung des Urheberrechtsschutzes, da und soweit das Werk nicht auch auf das, was es wirklich ist, untersucht wird. Deshalb ist eine werkadäquate Beurteilung erforderlich. Diese gelingt umso eher, als der urheberrechtlichen Beurteilung ein bildtheoretisches Verständnis zugrunde liegt. Da festzustellen ist, dass dies bislang nicht vorgelegen hat, soll versucht werden, das hiermit in einem interdisziplinären Ansatz nachzuholen – auch eingedenk der teils schwierigen bis beinahe unmöglichen Vereinbarkeit der meist selten kompatiblen Strukturen der einzelnen Disziplinen; doch kann eine rechtliche Beurteilung nie losgelöst von Lebenssachverhalten oder wissenschaftlichen Erkenntnissen anderer Fachbereiche stattfinden⁸. Entsprechend werden zuerst die Grundlagen der Fotografie und Erkenntnisse aus der Bildtheorie behandelt. Wie zu zeigen sein wird, könnten diese Ansätze dem Verständnis und einer Weiterentwicklung der rechtlichen Beurteilung des Urheberrechtsschutzes von Fotografien zumindest dienlich sein, sodass beispielsweise dem «Meili»-Bild eine urheberrechtliche Individualität attestiert werden könnte. Die Auseinandersetzung mit der aktuellen herrschenden Meinung in Lehre und Rechtsprechung erfolgt dabei im urheberrechtlichen Teil (Ziff. IV).

Die hier dargelegten Ansätze bedeuten auch, dass einige Paradigmen der Fotografie kritisch hinterfragt werden.

II. Merkmale der Fotografie

1. Phänomenologie und Inhalt

Oft wird von Fotografie gesprochen, ohne dass klargestellt wird, was damit gemeint ist. Die für diese Abhandlung notwendige Erfassung der (Wesens-) Merkmale⁹ der Fotografie sollen hier insbesondere im Hinblick auf die Herleitungen beim urheberrechtlichen Teil kurz vorgestellt werden. *Fotografie* bedeutet wörtlich übersetzt eine «Lichtschreibekunst»¹⁰. Sie ist ein *Lichtbild* und gehört damit zu den Bildmedien¹¹. Ein *Bild* wiederum wird in allgemeiner Weise definiert als plane, zweidimensionale Darstellung¹² und wird also erst einmal unabhängig von seiner Form oder technischen Struktur erfasst. Dies ist im Zeitalter der digitalen Medien auch sinnvoll, da ein Medium auf analoger wie digitaler Grundlage basieren kann; entsprechend stellen nebst den bisherigen (analogen) Bildträgern zunehmend (digitale) Dateien das gegenständliche Medium dar¹³.

Die Fotografie ihrerseits hat mindestens eine zweifache Erscheinung: Sie ist wie jedes Bild zugleich Abbil-

⁴ Vgl. beispielsweise neuere Aufsätze von P. HERZOG, Eine Art Esperanto, NZZ vom 14. Dezember 2013, 68; C. SCHÜTZ, «Hayek», HGer AG, sic! 2013, 327. – Selbst innerhalb des Studiengangs Fotografie (der Zürcher Hochschule der Künste) finden sich keine entsprechenden Kriterien.

⁵ BELTING (Fn. 2), 219.

⁶ Zur Bildtheorie vgl. Ziff. III.1.

⁷ Eine Ausnahme fand sich bei T. DREIER, Fotografie im rechtlichen Diskurs – Kunst oder Ware?, in: M. Weller/N. Kemle/T. Dreier/P.M. Lynen (Hg.), Kunst im Markt – Kunst im Recht, Baden-Baden, 2010, 34 ff.

⁸ Zum (rechtlichen) Vorgehen bei solchen Konstellationen vgl. M. SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz, Bern 1998, 41 (m.w.H.).

⁹ Anderswo wird von «Aspekten», «Charakteristika» (vgl. z. B. H. WOLF, Einleitung, in: H. Wolf, Paradigma Fotografie, Frankfurt a.M. 2002, 7) oder ebenfalls von «Phänomenologie» (H. DAMISCH, Fünf Anmerkungen zu einer Phänomenologie des fotografischen Bildes, in: H. Wolf, Paradigma Fotografie, Frankfurt a.M. 2002, 135)

¹⁰ Duden, Herkunftswörterbuch, Mannheim 2014.

¹¹ O. R. SCHOLZ, Bild, in: ÄGB (= Ästhetische Grundbegriffe), Bd. 1, Stuttgart 2000, 619 ff.; siehe auch K. E. WILDER, Fotografie, in: Hans-Otto Hügel (Hg.), Handbuch Populäre Kultur, Stuttgart 2003, 201; B. GOCKEL (Hg.), Vom Objekt zum Bild, Berlin 2011, 11; ferner auch WOLF, Einleitung (Fn. 9), 7, sowie A. SOLOMON-GODEAU, Wer spricht so? Einige Fragen zur Dokumentarfotografie, in: H. Wolf, Diskurse der Fotografie, Frankfurt a.M. 2003, 60.

¹² SCHOLZ (Fn. 11), 620.

¹³ Vgl. auch A. SCHLÜTTER, Der Begriff des Originals, Frankfurt a.M. 2012, 233.

dung und Medium¹⁴, und weist deshalb die beiden Merkmale auf, die man als «Rätsel des Bildes» bezeichnen kann, nämlich die unauflösbare und ambivalente¹⁵ Überschneidung von Anwesenheit und Abwesenheit: «In einem Medium ist es [Bild] anwesend (sonst könnten wir es nicht sehen), und doch bezieht es sich auf eine Abwesenheit [des Abgebildeten], von der es ein Bild ist.¹⁶» Die Unterscheidung von Bild und Medium ist ablesbar in der mentalen und materiellen Eigenschaft, wobei das Bild die mentale und das Medium die materielle Eigenschaft bedeutet¹⁷. Je nach Intention und Funktion der Fotografie ist dementsprechend unterschiedlich zu verfahren¹⁸.

Ihrer *Phänomenologie* nach ist die Fotografie ein mediales Instrument der Wahrnehmungserweiterung¹⁹. Sie ist die Wiedergabe des fotografierten Objektes oder – mit den Worten von BAZIN gesprochen – eine «Wirklichkeitsübertragung vom Ding auf seine Reproduktion.²⁰» Die Besonderheit besteht darin, dass die Fotografie «an das Original erinnert und zugleich sein Repräsen-

tant ist (...).»²¹ Die Repräsentation (Fotografie) ist nicht das Repräsentierte (Objekt) – oder pointiert gesagt: «Das Bild einer Taube repräsentiert eine Taube.»²²

Hinsichtlich ihres *Referenzsystems* bildet die Fotografie das Medium zwischen Subjekt und Objekt²³. Als *Subjekt* tritt hier der Fotograf auf, während das *Objekt* der fotografierte Gegenstand (das Artefakt oder eine Person) ist²⁴. Als künstlerisches Konzept können Subjekt und Objekt identisch sein – so beispielsweise, wenn Cindy Sherman sich selbst in unterschiedlichen Posen fotografiert²⁵.

2. Verfahren und fotografischer Prozess (Bildentstehung)

Der *Bildentstehung* gehen eine Reihe spezifischer Verfahren voraus. Die für unseren Zusammenhang wesentlichen Schritte sind hier kurz aufgeführt. Vorauszuschicken ist die Erkenntnis, dass der Fotograf nicht einmal notwendige Bedingung ist, denn der Akt der Bildaufnahme auf das Trägermedium erfolgt rein fotomechanisch. Auch Blinde, computergesteuerte Satelliten und Af-

fen²⁶ können eine Fotografie «machen», indem einfach auf den Auslöser gedrückt oder der Befehl ausgeführt wird²⁷.

Konzept: Vielen Fotografien geht eine konzeptuelle Leistung voraus, die Entscheidungen über Motiv, Blickwinkel, Zeitpunkt und Ausschnitt enthalten kann (hierzu wird auf die Ausführungen unter Ziff. IV.3 verwiesen).

Aufnahme: Sie besteht im Auslösen und der Speicherung, genauer formuliert in der «Kausalkette von Reflexion von Licht durch ein Objekt mit Hinterlassen der Spur auf der Bildoberfläche.²⁸» Der Akt des Aufnehmens beinhaltet einen gewissen Automatismus, der sich darin äussert, dass damit eine «teilweise Absichtslosigkeit dessen, was später auf der Aufnahme zu sehen ist»²⁹ einhergeht. Bereits TALBOT hat darauf hingewiesen, dass dem Akt der Aufnahme ein bestimmter Automatismus inne wohne, sodass beispielsweise auf der Aufnahme mehr zu sehen ist, als beabsichtigt. In der Kunst- und Bild-Wissenschaft wird dies als *ikonografischer Überschuss* bezeichnet³⁰.

¹⁴ Vgl. dazu DREIER (Fn. 7), 34 ff.; Hinweise auf die technisch ausgerichtete Definition siehe bei G. SCHRICKER/U. LOEWENHEIM, Urheberrecht, 4. Aufl., München 2010, UrhG 2 N 179.

¹⁵ Teils wird auch von *Dualität* gesprochen (WALTON [Fn. 1], 13).

¹⁶ BELTING (Fn. 2), 29; vgl. auch H. WOLF, «Ein Bild ist etwas...», in: J. Nida-Rümelin/J. Steinbrenner (Hg.), *Fotografie zwischen Inszenierung und Dokumentation*, München 2011, 68, unter Hinweis auf D. CRIMP, *The Photographic Activity of Postmodernism*, in: *October* 15, 1980, 91 ff.

¹⁷ BELTING (Fn. 2), 29 f.; WALTON macht eine Unterscheidung zwischen zwei Arten von Objekten von fotografischen Bildern: Fotos und Bilder (WALTON [Fn. 1], 11).

¹⁸ Dies wird im bildtheoretischen Teil näher ausgeführt, siehe Ziff. III.2.

¹⁹ A. BAZIN, *Ontologie des photographischen Bildes*, in: DERS., *Was ist Film?*, Berlin 2004, 37; vgl. dazu P. GEIMER, *Theorien der Fotografie*, 3. Aufl., Hamburg 2011, 64 f.

²⁰ BAZIN (Fn. 19), 37. Wobei bewusst bleibt, dass «jedem fotografischen Bild ein konstitutiver Betrug» innewohnt (DAMISCH [Fn. 9], 136).

²¹ E. HUSSERL, *Logische Untersuchungen*, Bd. 19/1, 1984, 524; vgl. dazu auch N. WERBER, *Repräsentation/repräsentativ*, in: ÄGB, Bd. 5, Stuttgart 2003, 265; R. MATZ, *Gegen einen naiven Begriff der Dokumentarfotografie*, in: W. Kemp, *Theorie der Fotografie*, Bd. III (nachfolgend für alle 4 Bände in der 2006 erschienen Komplettausgabe zitiert: W. KEMP/H. VON AMELUNXEN, *Theorie der Fotografie*, Band I–IV), 101 ff.

²² Vgl. WERBER (Fn. 21), 266.

²³ S. KNALLER, *Authentisch/Authentizität*, in: ÄGB, Bd. 7, Stuttgart 2005, 52.

²⁴ Vgl. dazu H. VON AMELUNXEN, in: Kemp IV (Fn. 21), 81; J. DERRIDA, *Die Fotografie als Kopie, Archiv und Signatur*, in: Kemp IV (Fn. 21), 283 und 286; R. BARTHES, *Das Grundprinzip der Fotografie*, in: Kemp III (Fn. 21), 284; MATZ (Fn. 21), 103.

²⁵ R. KRAUSS, *Eine Bemerkung über die Fotografie und das Simulakrale*, in: Amelunxen IV (Fn. 21), 270.

²⁶ Es sei auf die (teils skurrile) Diskussion über das sog. «Affenselkie» verwiesen, wo ein Makaken-Affe die Kamera des Fotografen DAVID SLATER «ausprobierte» und sich mehrfach selbst aufnahm (vgl. hierzu *Tagesanzeiger* vom 8. August 2014; siehe auch M. SLOWIACZEK, *Affenstarkes Selbstportrait*, K&R 2014, 620).

²⁷ Vgl. dazu R. ARNHEIM, *Die Fotografie – Sein und Aussage*, in: DERS., *Die Seele in der Silberschicht*, *Medientheoretische Texte*, Frankfurt 2004, 38 vgl. auch GEIMER (Fn. 19), 67; J. SCHMID, «Hohe» und «niedere» Fotografie, in: Kemp III (Fn. 21), 185.

²⁸ Vgl. WALTON (Fn. 1), 16.

²⁹ GEIMER (Fn. 19), 68, bezugnehmend auf ARNHEIM (vgl. dazu folgende Fn.).

³⁰ GEIMER (Fn. 19), 67 f.; vgl. dazu auch die Ausführungen unter Ziff. IV.3.; ARNHEIM (Fn. 27), 38.

Auf die Ikonographie und Ikonologie wird hier im Übrigen nicht weiter eingegangen, zumal der berechtigte Einwand besteht, wonach die damit einhergehenden Theorien «dem Kunstwerk als einem jeweils einzigartigen ästhetisch-visuellen, nicht philologisch-historischer Forschung aufgehenden

Es kann somit ein mehr oder weniger bewusster Akt der Fotografin zugrunde liegen, denn das «Foto reagiert auf das Objekt vor der Kamera-linse, ganz egal was die Fotografin sieht oder zu sehen scheint oder was sie denkt, das da ist», sodass es vorkommen kann, dass der fotografische Inhalt (Bild) «oft auch für die Fotografen überraschend» ist³¹. Beschrieben ist eine solche Situation im Film *Blow up* von Michelangelo Antonioni (1966), als der (Mode-)Fotograf erst im Nachhinein auf der vergrösserten Aufnahme ein Detail zu erkennen glaubt, das er im Moment des Auslösens nicht gesehen hat.

Zeitpunkt: Ob das Paradigma des vielzitierten «entscheidenden Augenblicks» generell und für den Urheberrechtsschutz speziell³² tatsächlich ein massgebendes Element ist, wurde zu Recht schon infrage gestellt³³. Selbst der «Vater» dieses berühmten Kriteriums, «HCB» (Henri Cartier-Bresson), scheint die Zufälligkeit des richtigen Augenblicks nicht auszuschliessen, wenn er ausführt: «Hat man *tatsächlich* im entscheidenden Moment abgedrückt, so wird man später auf dem Abzug geometrische Muster bemerken, die man *instinktiv* festgehalten hat

Phänomen nur unzulänglich Rechnung» trügen (T. NOLL, *Ikonographie/Ikonologie*, in: U. Pfisterer (Hg.), *Metzler Lexikon Kunstwissenschaft*, 2. Aufl., Stuttgart 2011, 198).

³¹ WALTON (Fn. 1), 21, 23. Auf diesen Umstand hatte bereits TALBOT hingewiesen (vgl. Ziff. II.1).

³² Vgl. z. B. die beiden «Foto»-Entscheide des BGer, BGE 130 III 168 ff. E. 4.5, «Marley» und 130 III 714 ff. E. 2.1, «Meili»; dazu M. SENN, *Urheberrechtsschutz an Fotografien*, in: P. Münch/M. Schwenninger/M. Schweizer/I. Zuberbühler (Hg.), *Immaterialgüterrecht in kommentierten Leitentscheiden* [erscheint im Frühjahr 2015, weshalb noch keine Seitenangaben vorliegen].

³³ Vgl. KEMP (Fn. 21), 22 sowie 78 ff. (unter Hinweis auf «Les Krims» und «Minor White»); auch das BGer hat dies in BGE 130 III 714 ff. E. 2.2, «Meili», erkannt; vgl. dazu auch R. VON BÜREN/M. A. MEER, *SIWR II/1*, 3. Aufl., Basel 2014, N 345.

(...).³⁴» Immerhin hat der Zeitpunkt insofern seine Bedeutung, als die Fotografie festhält, «was sich existentiell nie mehr wird wiederholen können.³⁵» Die sog. Augenblicklichkeit, in der Bedeutung der Zeitstruktur zwischen der Aufnahme und der Wahrnehmung³⁶, hat sicherlich für die Entstehung der Fotografie und deren Rezeption ihre Relevanz, ist aber für die (urheberrechtliche) Individualität kein massgebendes Element³⁷.

Bearbeitungen (insbesondere mit digitaler Technik/digitale Fotografie): Die Technik der Digitalisierung sorgte sowohl im künstlerischen als auch im fototechnischen Verständnis für eine deutliche Weiterentwicklung, weshalb bei dieser medialen Änderung auch die Rede war von der «Fotografie nach der Fotografie»³⁸. Bei der digitalen Fotografie besteht das *Gerät* (die digitale Kamera) grundsätzlich aus den gleichen Bestandteilen wie eine herkömmliche Kamera. Die Apparatur ist eine analoge/digitale Kombination aus einerseits Objektiv, Blende und Linsensystem sowie andererseits aus Chip/Speicher und Software, die ein analoges Signal in digitale Informationseinheiten umsetzt. Der entscheidende Unterschied zum traditionellen Aufzeichnungsverfahren der Fotografie ist dabei die Umwandlung von analogen

³⁴ Vgl. H. CARTIER-BRESSON, *Der entscheidende Augenblick*, 1952, in: B. STIEGLER (Hg.), *Texte zur Theorie der Fotografie*, Stuttgart 2010, 204 [Hervorhebungen vom Verfasser dieses Beitrags].

³⁵ Vgl. R. BARTHES, *Die helle Kammer. Bemerkungen zur Photographie*, Frankfurt a.M., 1985, 12.

³⁶ Vgl. dazu B. BUSCH, *Fotografie / fotografisch*, in: *ÄGB II*, Stuttgart 2001, 524 f.; siehe auch W. BENJAMIN, *Kleine Geschichte der Photographie*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd.2/1, Frankfurt a.M. 1977.

³⁷ Siehe dazu die Ausführungen in Ziff. IV.4.

³⁸ P. BRAUN, *Fotografie*, in: Helmut Schanze (Hg.), *Medientheorie*, Stuttgart 2002, 121; allerdings gibt es auch Stimmen, die der Digitalisierung eine weniger grosse Bedeutung einräumen (vgl. dazu GEIMER [Fn. 19], 102 ff.).

Signalen zu digitalen Informationen³⁹. Die Bedeutung der Fotografie als «Lichtschrift» ändert sich mit der digitalen Technik damit in eine reine Schrift (im Sinne von Befehlen)⁴⁰. Folglich wird das traditionelle Erscheinungsbild der Fotografie nunmehr simuliert, indem das Licht mittels Sensoren numerisch codiert und gespeichert wird. Diese Datenmenge an sich unterscheidet sich nicht (mehr) von anderen digitalisierten Medien (wie z. B. Ton, Schrift)⁴¹; insofern trifft die Aussage zu, wonach die digitale Fotografie eine «Kopie ohne Original»⁴² darstellt. Man kann sogar anfügen, dass ein solches digitales Bild «nicht existiert»⁴³, da es sinnlich (analog) nicht wahrnehmbar ist. Die allgemeinen Bearbeitungsmittel für die gestalterische Umsetzung bleiben nach wie vor Papierwahl, Grösse sowie gestalterische Effekte⁴⁴.

3. Kunststatus von Fotografien

In den theoretischen Auseinandersetzungen des 19. Jahrhundert über die Frage, ob Fotografie Kunst sein könne, ging der Grundtenor dahin, dass sie nur dann Kunst sei, «wenn sie aufhört, Fotografie zu sein und auf ihre spezifischen fotografischen Qualitäten verzichtet.»⁴⁵ Diese Ansicht wandelte sich grundsätzlich im Laufe der Zeit. Doch kann man auch heute nicht sagen, dass Fotografie an sich Kunst sei; vielmehr

³⁹ GEIMER (Fn. 19), 100.

⁴⁰ Vgl. auch STIEGLER (Fn. 34), 76; vgl. zum Begriff auch Ziff. II.1.

⁴¹ BRAUN (Fn. 38), 122.

⁴² BRAUN (Fn. 38), 122, unter Zitierung von V. BURGIN, *In Different Spaces*, Berkeley 1996.

⁴³ M. SCHULZ, *Ordnungen der Bilder. Eine Einführung in die Bildwissenschaft*, 2. Aufl., München 2009, 157, m.H. auf C. PIAS (siehe dort).

⁴⁴ Vgl. B. DAMERAU, *Wahrheit*, in: *ÄGB*, Bd.6, Stuttgart 2005, 425 – Zu den Bearbeitungstechniken vgl. Ziff. III.2.b.

⁴⁵ STIEGLER (Fn. 34), 117; R. BARTHES sprach schon vom «Stiefkind der Kultur» (zitiert bei WOLF [Fn. 9], 11).

ist die «Fotografie für die Kunst zu einer privilegierten Gestaltungsform geworden.»⁴⁶ Zu differenzieren ist (aber auch hier) ihre mediale Form, nämlich ob die Fotografie lediglich als Medium dient oder als fotografisches Bild erscheint. Der Fotografie kann jedenfalls dann ein Kunststatus attestiert werden, wenn es sich beim fotografischen Werk um eine ästhetische Fiktion⁴⁷ handelt (im Sinne der imaginativen Repräsentationslehre von Edmund Husserl⁴⁸). So mag ein fotografisches Kunstwerk trotz seiner kontextuellen Individualität als *Fotografie* «einen Nullpunkt jeglicher Ästhetik darstellen bzw. am Nullpunkt jeglicher ästhetischer Setzung»⁴⁹ stehen, als Kunstwerk kann es durchaus eine Individualität erlangen, wenn und solange eine (künstlerische) Konzeption erkennbar ist⁵⁰. Umgekehrt kann aber nicht gefolgert werden, dass, soweit Fotografie eine Kunstform ist, «jedes Foto ein Kunstwerk» sei⁵¹. So hat HENRY FOX TALBOT bereits 1841 die Sorge geäußert, seine Erfindung könnte der «Kunst schaden, indem sie das Talent und die Erfahrung durch eine bloss mechanische Tätigkeit ersetzt.»⁵² Allerdings erfährt die Fotografie mit den Möglichkeiten der digitalen (Nach-) Bearbeitung eine Annäherung an die bildende Kunst, indem hier wie dort «grenzenlose Gestaltungsmöglichkei-

ten» bestehen – ein Umstand, den Rötzer nicht zu Unrecht als «perfekte Malerei eines digitalen Surrealismus» beschreibt⁵³.

Doch ist die Frage eines Kunststatus der Fotografie aber im vorliegenden Zusammenhang nicht abschliessend zu erörtern, da sie für den Urheberrechtsschutz nicht relevant ist⁵⁴, selbst wenn aufgrund von Art. 2 Abs. 1 URG («Schöpfungen der ... Kunst») und der nachfolgenden Aufzählung der Werkkategorie «fotografische Werke» (Abs. 2 lit. g) auch ein tatbestandsmässiger Zusammenhang gegeben ist. Immerhin kann festgehalten werden, dass der Fotografie und der Kunst die wahrnehmungstheoretische Funktion gemein ist, dass beide auch eine «Reflexion über das Sehen und des Gesehene» miteinschliessen⁵⁵.

III. Bildtheoretische Betrachtungen

1. Stand und Ansätze

Dem vorhin dargelegten Umstand zufolge, dass Fotografie primär ein Bildmedium («Lichtbild») ist⁵⁶, wird in diesem Abschnitt ein bildtheoretischer Überblick vorgestellt. Dieser Beitrag will und kann weder eine umfassende noch historische bildwissenschaftliche Abhandlung liefern; das wäre Sache der zuständigen Fachleute. Der Fokus liegt vielmehr in der zielgerichteten Darlegung bildtheoretischer Grundlagen für die rechtlichen Ausführungen. Insofern liegt diesem Abschnitt eine gewisse Schwerpunktsetzung zugrunde, die für

die Betrachtung im rechtlichen Teil von Relevanz erschien.

Abgesehen davon lässt sich ein einheitlicher, weitgehend anerkannter Konsens darüber, was ein *Bild* und auch, was (alles) Gegenstand einer Bildtheorie ist, nach wie vor nicht feststellen. So weist BOEHM pointiert darauf hin, dass die «Bilderfrage zahlreiche Disziplinen berührt, ohne freilich ihr Zentrum zu treffen. (...) Die Kunstgeschichte, die sich, ihrer Fachbestimmung nach, am ehesten als «Bildwissenschaft» verstehen könnte, besinnt sich nur selten auf die systematische Seite ihrer Aufgabe.»⁵⁷ Auch BELTING hält fest, dass sich andere Disziplinen (wie Kunsttheorie, Kunstgeschichte und ästhetische Philosophie) jeweils auf ganz bestimmte – und damit einschränkende – Aspekte einer Bildwissenschaft beziehen würden⁵⁸.

⁴⁶ STIEGLER (Fn. 34), 119; BRAUN (Fn. 38), 122.

⁴⁷ Zu diesem Begriff vgl. die Ausführungen bei M. SENN, *Kunstrecht*, in: A. Raschèr/M. Senn (Hg.), *Kulturrecht – Kulturmarkt*, Zürich 2012, 68 f. (m.w.H.).

⁴⁸ Vgl. dazu WERBER (Fn. 21), 283.

⁴⁹ WOLF (Fn. 16), 58, 68, unter Hinweis auf *Fotografien von Sherrrie Levine*; ähnlich auch SCHMID (Fn. 27), 185.

⁵⁰ Vgl. dazu Ziff. V., «Meili».

⁵¹ Vgl. D. McIVER LOPES, *Jetzt sind wir alle Künstler*, in: J. Nida-Rümelin/J. Steinbrenner (Hg.), *Fotografie zwischen Inszenierung und Dokumentation*, München 2011, 105

⁵² Vgl. W. H. FOX TALBOT, *Calotype (Photogenic) Drawing*, in: *Literary Gazette* 1841, 108, erwähnt bei LOPES (Fn. 51), 106 – Talbot war der Erfinder des Positiv-Negativ-Verfahrens, das anders als die Daguerreotypie erst die Reproduzierbarkeit ermöglichte.

⁵³ F. RÖTZER, *Betrifft: Fotografie*, in: Kemp (Fn. 21), 21, vgl. dazu auch GEIMER (Fn. 19), 174.

⁵⁴ Vgl. dazu M. SENN, *Urheberrecht*, in: A. Raschèr/M. Senn (Hg.), *Kulturrecht – Kulturmarkt*, Zürich 2012, 68 f.

⁵⁵ STIEGLER (Fn. 34), 157.

⁵⁶ Siehe Ziff. II.1

⁵⁷ G. BOEHM, *Was ist ein Bild?*, 4. Aufl., München 2006, 7.

Die Frage, ob überhaupt von einer *Bildtheorie* gesprochen werden könne (wie dies teils von der Kunstgeschichtswissenschaft infrage gestellt wird), ist hier nicht weiter zu verhandeln, sondern unter Verweis auf einige Abhandlungen als mind. zulässig zu betrachten; vgl. beispielsweise L. THURNER, *Die Macht der Bilder: Mitchells Bildtheorie*, in: M. Ender/M. Wilhelm [Hg.], *Bildtheorie und Fotografie*, Innsbruck 2013, 25 ff.; ferner auch GÖCKEL [Fn. 8], 11).

Als Oberbegriff steht *Bildwissenschaft* (vgl. dazu H. BAADER, *Iconic turn*, in: U. Pfisterer [Hg.], *Metzler Lexikon Kunstwissenschaft*, 2. Aufl., Stuttgart 2011, 187); weitere Verweise siehe folgende Fn.

⁵⁸ BELTING (Fn. 2), 15 f. (vgl. auch seine Anmerkung in Fn. 64, 243). BRECKNER spricht von der «Gleichzeitigkeit verschiedener Auffassungen» (R. BRECKNER, *Sozialtheorie des Bildes*, Bielefeld 2010, 267); siehe auch K. SACHS-HOMBACH, *Bildwissenschaft*, Köln 2005, 10 ff., und SCHOLZ (Fn. 11), 668; vgl. M. PLÜMACHER, *Bildtypologie als Grundlage der Bildwissenschaft*, in: Klaus Sachs-Hombach (Hg.), *Bildwissenschaft zwischen Reflexion und Anwendung*, Köln 2005, 139 ff. Nach BUDDEMEIER hat die Fotografie eine «Mittelstellung zwischen natürlichem und künstlichem Bild», ohne dies jedoch genauer zu analysieren (H. BUDDEMEIER, *Das Foto*, Reinbeck 1981, 87).

Auf einen Nenner gebracht, lässt sich das metaphorisch mit «das Bild einer Taube repräsentiert eine Taube»⁵⁹ umschreiben. – Es kann an dieser Stelle jedoch nicht darum gehen, eine Durchdringung einer bildwissenschaftlichen Betrachtung weiter auszuführen, da dies Sache jener Fachexperten ist. Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich deshalb in der Hauptsache auf die für unsere Fragestellung relevanten Theorien resp. Ausführungen⁶⁰, soweit sie nach aktuellem Stand der Erkenntnisse nachvollziehbar und anerkannt erschienen.

2. Erscheinungsweisen von Fotografien

Es fanden schon in der Anfangsphase der Fotografie Diskussionen darüber statt, welchen Status die Fotografie habe resp. zu welcher «Kategorie» sie zu zählen sei⁶¹. So wurde im ästhetischen Diskurs u.a. darüber debattiert, ob es sich um (genaue) Zeichnungen, Drucke, Gemälde oder (wissenschaft-

liche) Artefakte handeln könne⁶². Soweit ersichtlich, besteht in der Bildtheorie keine einheitliche *Terminologie* der und zur Klassifikation von Bild-Bezeichnungen⁶³. Demgegenüber wird innerhalb der *Bildklassifikation* die Fotografie als *Bildtyp* oder Bildgattung betrachtet. Aufgrund ihrer technischen Verfahrensweise stellt die Fotografie ein «kausal erzeugtes Bild» dar⁶⁴. Gewisse Fotografie-Genre verweisen beispielsweise entweder auf ihren Gebrauchszweck oder das Sujet hin: «Werbefoto» weist hin auf die Zuordnung zur kommerziellen Verwendung, «Urlaubsfoto» auf den Kontext der Bildentstehung, «Aktfoto» auf das Sujet, «Luftaufnahme» demgegenüber auf die Perspektive⁶⁵. Diese Zuordnungen sind für die nachfolgenden Betrachtungen jedoch nicht von Bedeutung, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Da auf kategorialer Ebene keine einheitliche Klassifizierung besteht⁶⁶, werden Fotografien nachfolgend hinsichtlich ihrer unter-

schiedlichen Erscheinungsweisen beschrieben⁶⁷.

a) Fotografie als Medium

Wie bei der Bildentstehung gesehen⁶⁸, stellt die Fotografie zuerst einmal das fotomechanische Trägermedium dar: Das Objekt wird ästhetisch (fototechnisch) reproduziert. Aus bildtheoretischer Sicht ist Fotografie eine *visuelle Repräsentation*⁶⁹. Die Fotografie dient aus dieser Perspektive der medialen Vermittlung und ermöglicht als Träger beispielsweise der Konzeptkunst erst ihre Dokumentation (nebst filmischer Aufnahmen), indem solche künstlerischen Ereignisse wie Happenings, Performances oder Body-Art dank der medialen Speicherung eine zeitversetzte Wiedergabemöglichkeit bietet⁷⁰.

b) Fotografie als Bild

Wird ein Werk mit «fotografischen Methoden hergestellt», wird es zu einem «Bildwerk»⁷¹. Prägnant beschreibt es TEIGE, wenn er sagt, dass ein Bild «gemalt oder fotografiert» sein könne⁷². Das fotografische Bild kann auch die Visualisierung einer Ge-

⁵⁹ WERBER (Fn. 21), 266.

⁶⁰ Beispielsweise die von BELTING, insbesondere seine Ausführungen in *Bild-Anthropologie* (Fn. 2); des Weiteren wird häufig auch auf BOEHM Bezug genommen (siehe jeweils dort). Auf andere Standardwerke wird, soweit es im vorliegenden Kontext erkenntnisrelevant erschien, an gegebener Stelle verwiesen (beispielsweise W. BENJAMIN).

⁶¹ Es liess sich aus den einzelnen Abhandlungen keine (einheitliche) Systematik von Unterteilungen feststellen. Die Zuordnungen schienen eher individuell und teilweise alternierend vorgenommen worden zu sein, z. B. ist mal die Rede von Genre/Gattung, Typen, Kategorien (Beispiel bei SOLOMON-GODEAU [Fn. 11], 54 ff.). Deshalb erfolgt hier eine eigene Kategorisierung, wobei der Begriff der Kategorie in diesem Teil nicht verwendet wird, damit keine Verwechslungen bei den sog. Werkkategorien des Urheberrechts geschehen (dazu siehe Ziff. IV.2).

Vgl. dazu STIEGLER (Fn. 34), 21; PLÜMACHER (Fn. 58), 137; P. McLAUGHLIN/W. LÜBBE, Typus, in: J. Mittelstrass (Hg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart 2004, 363; DAMISCH (Fn. 7), 136.

⁶² Vgl. STIEGLER (Fn. 34), 116 f.; G. PLUMPE, *Der tote Blick. Zum Diskurs der Fotografie in der Zeit des Realismus*, München 1990, 42.

⁶³ Vgl. dazu PLÜMACHER (Fn. 58), 137 ff. Es werden dabei Begriffe wie Typ/Typologie, Gattung, Gruppen/Teilgruppen und Bildarten verwendet.

⁶⁴ PLÜMACHER (Fn. 58), 139.

Von diesem Verständnis geht teils die rechtswissenschaftliche Lehre aus, soweit sie sich überhaupt dazu äussert, vgl. VON BÜREN/MEER (Fn. 33), N 339; andere (juristische) Autoren nehmen zu dieser (phänomenologischen) Frage keine Stellung. Von «Bildern in Form von Fotos» spricht der BGH vom 6. Februar 2014 (K&R 2014, 341).

⁶⁵ Siehe auch PLÜMACHER (Fn. 58), 139.

⁶⁶ PLÜMACHER (Fn. 58), 138, verwendet auf der übergeordneten Ebene den Begriff *Bildarten*. KEMP betrachtet es unter den Blickwinkeln wie *Fotografie als Fotografie* bzw. *Fotografie als Medium* (siehe die jeweiligen Abschnitte in den Bänden). Zu weiteren Klassifikationsansätzen siehe M. HERRON, *Die vier Arten der Fotografie*, und J.-C. LEMAGNY, *Kreative Fotografie in Europa – Ein Vorschlag zur Klassifikation ihrer zeitgenössischen Tendenzen* (beide in Kemp III [Fn. 21], 287 f. bzw. 289 ff.).

⁶⁷ Wobei Überschneidungen durchaus möglich sind, hier aber nicht weiter abgehandelt werden.

⁶⁸ Siehe Ziff. II.1

⁶⁹ N. SCHMITZ, *Repräsentation*, in: H. Schanze (Hg.), *Medientheorie*, Stuttgart 2002, 312; GEIMER (Fn. 19), 67 und 139; ARNHEIM (Fn. 27), 38; DERRIDA (Fn. 24), 282; ferner WILDER (Fn. 11), 204.

⁷⁰ KEMP III (Fn. 21), 21; SCHMID (Fn. 27), 183.

⁷¹ BAZIN (Fn. 19), 37; JÄGER spricht vom *Bildsystem Fotografie* (G. JÄGER, *Generative Fotografie. Versuch einer Einordnung*, in: Klaus Sachs-Hombach [Hg.], *Bildwissenschaft zwischen Reflexion und Anwendung*, Köln 2005, 428); BRECKNER (Fn. 58), 10, bezeichnet Fotografien als «fixierte Bilder» (im Gegensatz zu Film/Video). Vgl. auch J. HACKING, *Fotografie – Die ganze Geschichte*, Köln 2012, 9.

⁷² K. TEIGE, *Foto und Kunst*, in: Kemp II (Fn. 21), 265; vgl. dazu auch GEIMER (Fn. 19), 195.

schichte darstellen⁷³, und ist so gesehen eine bildliche Erzählform. Ebenfalls um Bilder handelt es sich beispielsweise bei Werken innerhalb der Richtung der «generativen Fotografie», bei der die «fotografischen Gestaltungsparameter schrittweise erschlossen und der Bildkomposition zugeführt» werden⁷⁴.

Bearbeitungen solcher oder ähnlicher Art sind medial gesehen eigentlich keine «Fotografien» mehr, sondern eben (fotografische) Bilder. Komponierte Gestaltungen durch die Techniken der künstlerischen Verfahrensweisen oder Aneignungen wie Montage und Collage⁷⁵, die mindestens zum Teil fotografische Werke einbauen, sind ebenfalls keine «reinen» Fotografien mehr, sondern eigenständige Bilder resp. Gemälde⁷⁶. Dabei zeigt sich eine Nähe zwischen Malerei und Fotografie, die nicht im Ergebnis zu finden, sondern in ihrer Entstehung mit den vorhandenen Gestaltungsmöglichkeiten begründet ist⁷⁷. Dementsprechend gleicht sich die formale Konzeption in den beiden Genres (wie auch sonst in der Kunst), indem ein intellektueller oder zumindest intuitiver Akt dem Werk vorausgehen muss⁷⁸.

⁷³ Vgl. CARTIER-BRESSON (Fn. 34), 197. Diesen «fotografischen» Geschichten kommt damit ein «serieller Charakter» zu, vgl. KEMP zu K. HONNEFS Beitrag, Thesen zur Autorenfotografie, in: Kemp III (Fn. 21), 204.

⁷⁴ JÄGER (Fn. 71), 428.

⁷⁵ Vgl. dazu M. SENN, Künstlerische Aneignungen und ihre rechtliche Beurteilung, KUR 2011, 8; ferner M. SENN, Autorschaft und «Open Approaches», in: H-P. Schwarz (Hg.), Autorschaft in den Künsten, Zürich 2007, 247; siehe auch WOLF, Einleitung (Fn. 9), 16.

⁷⁶ Vgl. E. KALLAI, Bildhafte Fotografie, in: Kemp II (Fn. 21), 132; WOLF (Fn. 16), 58; LOPES (Fn. 51), 106 (unter Hinweis auf R. SCRUTON, Photography and Representation, in: Critical Inquiry 7/3, 1981, 577 ff.); ferner Brockhaus, Moderne Kunst, Fotomontage, Mannheim 2003, 108.

⁷⁷ Vgl. GEIMER (Fn. 19), 172, sowie BAZIN (Fn. 19), 36.

⁷⁸ P. STRAND, Fotografie, in: Kemp II (Fn. 21), 59; vgl. dazu auch GEIMER (Fn. 19), 195; siehe auch L. DAVID, Lexikon, SIWR I/3, Basel 2005, 104.

Die Gestaltungsmöglichkeiten sind beinahe unzählig und reichen beispielsweise von einer Inszenierung des Objektes und seiner Umgebung bis hin zur (digitalen) Bearbeitung. Dabei bildet die fototechnische Aufzeichnung (zumeist) die Grundlage, auf der die «gestalterische Arbeit am Bild zuallererst beginnt.⁷⁹» Entsprechend sind Aussagen wie «durch nachträgliche Bildbearbeitung kann ein Lichtbildwerk entstehen»⁸⁰ weder logisch noch bildtheoretisch zutreffend. Hinsichtlich der (urheberrechtlichen) Werkkategorie sind solche «Fotografien» als das zu erfassen, was sie im Endergebnis sind, nämlich wie erwähnt *als Bilder*; entsprechend sind solche Werke der bildenden – oder gegebenenfalls der angewandten – Kunst zuzuordnen⁸¹ (worauf in Ziff. IV.2 noch zu sprechen sein wird).

c) Fotografie und Objekt

Ist nicht das Bild selbst, sondern das Abgebildete das Werk an sich oder jedenfalls Gegenstand der Betrachtung, wird hier nachfolgend vom Objekt gesprochen⁸². Dieses Objekt gehört dann – kategorial gesehen – nicht zur Fotografie, sondern ist beispielsweise den Genres – oder in der urheberrechtlichen Terminologie gesprochen: den Katego-

⁷⁹ Vgl. GEIMER (Fn. 19), 191.

⁸⁰ Vgl. SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), UrhG 2 N 183; VON BÜREN spricht von «nachträglicher Gestaltung der Fotografie», was jedoch nicht präzisiert ist (VON BÜREN/MEER [Fn. 33], N 341).

⁸¹ Zu Recht KG Berlin vom 25. Februar 2013, E. 1.a, AfP 2013, 409, unter Hinweis auf T. DREIER/G. SCHULZE, UrhG-Kommentar, 4. Aufl., München 2013, UrhG 2 N 201; sowie nun auch BGH vom 19. März 2014, K&R 2014, 654; vgl. bereits M. SENN, Rechte an «Schriften», sic! 2003, 191–203, 196.

⁸² Vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. II.1. DREIER nimmt eine Dreiteilung vor in *Abbildung* (den materiellen Bildträger), *Abbild* (Fotografie selbst) und dem *Abgebildeten* (Objekt), das er mit «ausserfotografischen Gestaltungen» bezeichnet (DREIER [Fn. 7], 36 f.

rien – wie der bildenden oder angewandten Kunst, u. U. sogar der darstellenden Kunst⁸³, zuzuordnen, soweit eine Kategorisierung überhaupt (noch) Sinn macht resp. relevant ist. Gegenstand einer urheberrechtlichen Beurteilung der Individualität ist dann also nicht (mehr) das (fotografische) Bild, sondern das in der Fotografie (Medium) festgehaltene Objekt. Da die Fotografie selbst lediglich als Medium dient, kann sie für die Individualität nicht massgebend sein⁸⁴. Vielmehr ist gleichsam durch das Medium Fotografie hindurch zu schauen und die Beurteilung am Objekt selbst als dem eigentlichen Werk vorzunehmen⁸⁵. – Nicht von ungefähr wird der technische Apparateteil, durch den das Licht via Linsen auf das Trägermedium gebannt wird, «Objektiv» – genau genommen jene Linse, die dem aufzunehmenden Objekt zugewandt ist – genannt.

In den «Meili»-Entscheiden ist jeweils die Rede von fotografiertem resp. abgebildetem Objekt, das «für sich allein weder das Merkmal der Individualität noch der geistigen Schöpfung zu erfüllen vermag»⁸⁶. Diese Aussagen treffen zwar zu, wenn man der Beurteilung nur die Fotografie als Medium zugrunde legt. Es gibt aber sehr viele Fälle, bei der nicht die Aufnahme als solche, sondern das Dargestellte Gegenstand der Analyse sein muss. Es

⁸³ So wird beispielsweise die (ephemere) *Aktionskunst* (*Performing Art*) teils nur fotografisch festgehalten (siehe dazu Ziff. III.2.e).

⁸⁴ Vgl. auch H. SCHACK, Kunst und Recht, Köln 2004, N 838.

⁸⁵ So auch WOLF (Fn. 16), 62. Zu weit gehend BAZIN, wonach die Fotografie durch die Art ihrer Entstehung das «Modell» [in unserer Terminologie: Objekt] sei (vgl. BAZIN [Fn. 19], 37).

⁸⁶ BGE 130 III 714 ff. E. 2.2 «Meili» und OGer ZH vom 19. November 2001, E. 4.a; vgl. auch schon K. TROLLER, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel 2001, 139, sowie A. TROLLER/P. TROLLER, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 3. Aufl., Basel 1989, 96; WOLF, Einleitung (Fn. 9), 15.

geht hierbei vielfach um eine Inszenierung, wie sogleich darzulegen ist.

d) Inszenierende Fotografie

Es wird in der fototheoretischen Diskussion eine idealtypische Unterscheidung in *inszenierende*⁸⁷ und *objektivierende* Fotografie vorgenommen. Das braucht hier im Einzelnen nicht weiter verhandelt zu werden⁸⁸. Dafür werden die für unseren Zusammenhang interessierenden Hauptmerkmale dieser beiden Arten kurz besprochen. Unter *Inszenierung* wird allgemein eine bewusste – «gestellte»⁸⁹ bzw. «performative»⁹⁰ – Anordnung der Objekte verstanden⁹¹, wobei teils auch die Bezeichnung *Konstruktion* verwendet wird⁹² oder mitunter von «Aufbereitung» die Rede ist, die sich u. a. in der «Haltung der Person, der Auswahl und der räumlichen Anordnung von Ein-

zelteilen eines Stillebens (...) oder der Wahl der Umgebung» manifestieren könne⁹³. Eine Form der Inszenierung ist das Arrangieren, das typischerweise bei Studio-, Akt- und Portraitfotografien angewandt wird⁹⁴.

Die inszenierende Fotografie ist also intentional auf eine eigene Bildwirklichkeit ausgerichtet und bedient sich entsprechender formaler und ästhetischer Mittel⁹⁵. Getreu dem Eigensinn dieser Art von Fotografie kann die Inszenierung auch eine Darstellung von Ereignissen sein, «die jenseits ihrer fotografischen Darstellung gar nicht existieren würden»⁹⁶, wobei der Fotograf dabei bewusst ein Ereignis – wie es COLEMAN pointiert sagt – «aus dem einzigen Grund erzeugt, um davon Bilder zu machen.»⁹⁷ Es geht also um die Darstellung von fiktiven Begebenheiten. Man kann daher sagen, dass mit der «photographischen Inszenierung des Werks»⁹⁸ Gegenstand und Aufnahme in ein (Kunst-)Werk zusammenfallen. Das Gegenteil von Inszenierungen sind *Schnappschüsse* als dem-

entsprechend «ungestellte» bzw. nicht «komponierte Aufnahmen»⁹⁹.

Die Praktiken der Inszenierung haben die Geschichte¹⁰⁰ der Fotografie allerdings von Anfang an entscheidend geprägt¹⁰¹. Sogar nicht wenige angeblich authentische Dokumentar-Fotografien sind *nachgestellte* Bilder – also Inszenierungen. So werden beispielsweise die Kriegsfotografien und Unfallereignisse häufig in Nachstellungen gemacht oder dazu «inszenierte, sehr breit arrangierte Szenen angelegt.»¹⁰²

Dementsprechend ist bei der inszenierenden Fotografie primär nicht die fotografische Aufnahme Gegenstand der *urheberrechtlichen Beurteilung*, sondern gleichsam die im eigentlichen schöpferischen Schaffensakt erbrachte Vor-Leistung, nämlich die Inszenierung. Die Inszenierung kann insoweit mit dem Malen eines Bildes verglichen werden; mit dem Unterschied, dass die Szene (das Dargestellte) real, d. h. nicht fiktiv ist. Der Fotograf tritt hier als Regisseur auf, indem er seine «Choreographie» fotografisch darstellt¹⁰³.

⁸⁷ Es fragt sich, ob diese Form zutreffend ist, doch wird sie fortan übernommen.

⁸⁸ Dafür wird auf den guten Überblick von GEIMER (Fn. 19), 197, zu den Ansätzen von KRACAUER und COLEMAN (Hinweise folgend) verwiesen. Auf den von Brock vorgeschlagenen weiteren Typus der *reproduzierenden* Fotografie wird hier nicht weiter eingegangen (B. BROCK, Fotografische Bilderzeugung zwischen Inszenierung und Objektivierung, in: Kemp III [Fn. 21], 236). – Offenbar scheint aus der Perspektive der visuellen Kultur keine Unterscheidung notwendig, vgl. S. HOLSCHBACH, Erläuterung, in: H. Wolf (Hg.), Diskurse der Fotografie, Frankfurt a.M. 2003, 9.

⁸⁹ KG Berlin vom 25. Februar 2013, E. 1.a, AfP 2013, 409; siehe auch S. KRACAUER, Das ästhetische Grundprinzip der Fotografie, in: Kemp III (Fn. 21), 160.

⁹⁰ DERRIDA (Fn. 24), 282.

⁹¹ Vgl. dazu GEIMER (Fn. 19), 173; BAZIN (Fn. 19), 37; A. Jael Lehmann, Fotografie, sowie K. MERTEN, Inszenierung, beide in: Metzler Lexikon Ästhetik, Stuttgart 2006, 117.

⁹² Vgl. STIEGLER (Fn. 34), 21 f. In diese Kategorie gehört auch die (künstlerische) Installation (vgl. dazu SILVIA LORENZ, Installation, in: St. Jordan/J. Müller (Hg.), Lexikon Kunstwissenschaft, Stuttgart 2012, 171). Eine Vertreterin von fotografischen Installationen ist *Lisl Ponger*.

⁹³ OGer ZH vom 19. November 2001, E. 4.a.

⁹⁴ A.D. COLEMAN, Inszenierende Fotografie, in: Kemp III, 242; vgl. auch die Einleitung bei KEMP (Kemp III [Fn. 21]), 236.

⁹⁵ GEIMER (Fn. 19), 198, und BROCK (Fn. 88), 236 ff.; ferner B. STIEGLER/F. THÜRLEMANN, Meisterwerke der Fotografie, Stuttgart 2011, 15. – Siehe dazu das Beispiel von DEMAND in Ziff. V.

⁹⁶ GEIMER (Fn. 19), 199 f. – Siehe dazu das Beispiel JEFF WALL (Ziff. V).

⁹⁷ COLEMAN (Fn. 94), 241; vgl. auch GEIMER (Fn. 19), 200.

⁹⁸ H. BELTING, Das unsichtbare Meisterwerk, München 1998, 481 (dargelegt am Beispiel der Foto von CINDY SHERMANS *Untitled Nr. 209*; SACHS-HOMBACH spricht von *Inszenierung im engeren bzw. weiteren Sinn*, nämlich dem Arrangieren des Objektes bzw. der Nachbearbeitung der Fotografie (K. SACHS-HOMBACH, Die Fotografie als die «menschenfeindlichste aller Künste?», in: J. Nida-Rümelin/J. Steinbrenner (Hg.), Fotografie zwischen Inszenierung und Dokumentation, München 2011, 49 f.).

⁹⁹ KRACAUER (Fn. 89), 160; ebenso auch D. STERNBERGER, Über die Kunst der Fotografie, in: Kemp II (Fn. 21), 228.

¹⁰⁰ Die «Geburtsstunde» – teils als Erfindung, teils als Entdeckung bezeichnet – der Fotografie wird gemeinhin auf 1839 angesetzt.

¹⁰¹ GEIMER (Fn. 19), 200, bezugnehmend auf COLEMAN.

¹⁰² Vgl. dazu A. HOLZER, Die letzten Tage der Menschheit: der 1. Weltkrieg in Bildern, Darmstadt 2013; siehe auch GEIMER (Fn. 19), 101.

Aktuell wird das bei den Fotografien von JÉRÔME SESSINI diskutiert, wonach er bestimmte Gegenstände am Unfallort leicht arrangiert habe (siehe Tages-Anzeiger vom 26. Juli 2014, 23). Selbst die «Ikone» der Kriegsfotografie von ROBERT CAPA («Fallender Soldat») ist jüngsten Untersuchungen zufolge mit grosser Wahrscheinlichkeit inszeniert (siehe dazu STIEGLER/THÜRLEMANN [Fn. 95], 203).

¹⁰³ STERNBERGER nennt das die «Regiekunst des Fotografen» (Fn. 99), 233; vgl. auch C.-S. HAENNI, *Le Photographe es ses droits d'auteur*, Lausanne 1987, 7.

Nicht zum Typus der inszenierenden Fotografie werden hier die aus (digitalen) *Bildbearbeitungen* entstandenen Bilder fotografischer Aufnahmen zugeordnet, also beispielsweise mit Software erzeugte Fotografien, die «keine Kamera je gesehen hat»¹⁰⁴. Diese wären im urheberrechtlichen Sinne der Kategorie der Malerei (innerhalb der bildenden Künste, Art. 2 Abs. 1 lit. c URG) zuzuordnen¹⁰⁵.

e) Objektivierende Fotografie

Unter diesem Abschnittstitel wird der inszenierenden die *objektivierende Fotografie* gegenüber gestellt, die auch als *dokumentarische Fotografie* bezeichnet wird. Diese zielt auf eine möglichst exakte Wiedergabe einer vorgegebenen Realität, wobei das fotografische Medium hierbei als «reines Transportvehikel verstanden wird, dem kein eigenständiger Gestaltungsspielraum zukommt»¹⁰⁶. Als Beispiele dafür erwähnt BROCK die Reportage und das journalistische Ereignisfoto¹⁰⁷. Diese Fotografien sollen eine Authentizität vermitteln; ihr kommt damit ein Beglaubigungscharakter zu¹⁰⁸. Die objektivierenden Fotografien erfüllen einen dokumentarischen Zweck, der auch im fotografischen Festhalten eines künstlerischen Ereignisses liegen kann, wobei dann eben nicht die Fotografie, sondern das Ereignis das eigentliche, intendierte Werk darstellt¹⁰⁹. Zutreffend hält

das KEMP im Zusammenhang mit der fotografischen Aufnahme von Konzeptkunst fest, dass hier die reine Dokumentation im Vordergrund stehe und sich die Künstler selbst zuweilen «häufig mit Amateuraufnahmen begnügten»¹¹⁰ – Auf diesen Umstand, dass hier nicht die dokumentarische Fotografie, sondern das abgebildete Ereignis das intentionale Werk ist und damit erst dieses Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes sein soll, wird unter Ziff. IV.2 zurückzukommen sein.

Bezugnehmend auf die Leistung des Fotografen bezeugt das fotografische Bild (lediglich) die «Existenz des Dargestellten, gerade weil die Aktivität des Fotografen im Moment der Aufnahme aussetzt»¹¹¹. Pointiert relativiert BAUDRILLARD den Akt des Fotografen: «Die objektive Magie des Fotos – die sich von der ästhetischen Form der Malerei unterscheidet – liegt darin, dass das Objekt die ganze Arbeit macht. Natürlich werden dies die Fotografen niemals zugeben und behaupten, dass jede Originalität auf ihrer Eingebung, ihrer fotografischen Interpretation der Welt beruht. So kommt es, dass sie schlechte (zu gute) Fotos machen und dabei ihre subjektive «Vision» von der Welt mit dem Reflexwunder des fotografischen Aktes verwechseln.»¹¹² Diese Bemerkung mag zwar etwas «polemisch»¹¹³ sein, trifft jedoch einen wunden, aber entscheidenden Punkt, indem es mit «der Fotografie zum ersten Mal möglich ist, eine ästhetische oder räumliche Repräsentation zufällig und ohne menschliche Kontrolle herzustellen.»¹¹⁴ BAZIN

führt dazu aus, dass mit der Fotografie «zum ersten Mal ein Bild von der uns umgebenden Welt automatisch, ohne schöpferische Vermittlung des Menschen und nach einem strengen Determinismus» entstehe¹¹⁵. Dieser Umstand wird bei der urheberrechtlichen Betrachtung hinsichtlich der Werkqualität zu berücksichtigen sein.

IV. Urheberrechtliche Betrachtungen

1. Gegenstand der Beurteilung

Der (allgemeine) Fotografieschutz nach urheberrechtlichen Kriterien verlangt eine Differenzierung nach dem, was die «Fotografie» als solche tatsächlich darstellt. Wie oben gesehen, kann die Fotografie ein reines Medium oder ein Bild sein. Die Beurteilung hat sich auf die *Gestaltung* im Sinne einer ästhetischen Bearbeitung zu beziehen. Dabei sollte der Begriff der Ästhetik bzw. des Ästhetischen nicht, wie häufig geschehen, einfach mit Schönem bzw. Schönheit gleichgesetzt werden¹¹⁶. Vielmehr ist das ästhetische Kriterium als Aspekt des Künstlerischen zu verstehen¹¹⁷: Je nach untersuchtem Gegenstand geht es dabei um die Werk-, Form- oder Gehaltsästhetik, wobei im vorliegenden Untersuchungsbereich die Formästhetik im Vordergrund steht. Diese bezieht sich auf die formalen Gestaltungsmerk-

¹⁰⁴ NZZ vom 19. Juni 2014, 57.

¹⁰⁵ Siehe dazu Abschnitt IV.

¹⁰⁶ GEIMER (Fn. 19), 198, bezugnehmend auf BROCK.

¹⁰⁷ BROCK (Fn. 88), 237; vgl. dazu GEIMER (Fn. 19), 198; zur Reportage siehe auch CARTIER-BRESSON (Fn. 34), 78 f.

¹⁰⁸ GEIMER (Fn. 19), 65; siehe auch MATZ (Fn. 21), 99; siehe auch SOLOMON-GODEAU (Fn. 11), 53 ff.

¹⁰⁹ So auch im Fall der Fotografien von Manfred Tischer, der die künstlerische Aktion von Joseph Beuys am 11. Dezember 1964 aufgenommen hatte (beim vorliegenden Streitfall ging es um den Urheberrechtsschutz der Aktionskunst), siehe auch Anmerkung von

R. JACOBS/L. ELMENHORST zum BGH vom 16. Mai 2013, «Beuys-Aktion», GRUR 2014, 73.

¹¹⁰ KEMP III (Fn. 21), 21.

¹¹¹ GEIMER (Fn. 19), 65, bezugnehmend auf das Motiv von BARTHES.

¹¹² J. BAUDRILLARD, Das perfekte Verbrechen, in: Kemp IV (Fn. 21), 258.

¹¹³ GEIMER (Fn. 19), 64

¹¹⁴ M. A. DOANE, The Emergence of Cinematic Time, London 2002, 95, vgl. dazu GEIMER

(Fn. 19), 65.

¹¹⁵ BAZIN (Fn. 19), 37; vgl. dazu auch die Ausführungen zur Bildentstehung (Ziff. II.2).

¹¹⁶ Vgl. anstelle vieler SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), UrhG 2 N 18.

¹¹⁷ Auch gemäss BÖHME handelt die Ästhetik «nicht eigentlich von der Erfahrung des Schönen, sondern von seiner Beurteilung» und Einschätzung als Kunstwerk (G. BÖHME, Für eine ökologische Naturästhetik, Frankfurt a.M. 1989, 170 f.; vgl. dazu auch J. KRAUSSE, Ephemer, in: ÄGB II, Stuttgart 2001, 256). Zur Geschichte und Bedeutung des Begriffs der Ästhetik vgl. eingehend K-H. BARCK, Ästhetik / ästhetisch, in: ÄBGI, Stuttgart 2000, 308–400, sowie SENN (Fn. 8), 28 f. (m.w.H. auf die [philosophische] Ästhetik).

male¹¹⁸, welche im Bearbeitungsprozess sowohl in der Vorbereitung wie der Nachbearbeitung zu finden sind¹¹⁹. Mögliche *fortotechnische Mittel* sind die gemeinhin erwähnten gestalterischen Elemente wie die konkrete *Anordnung* der einzelnen Bildkomponenten, der *Zeitpunkt* des Auslösens¹²⁰. Diese Kriterien werden allerdings hinsichtlich ihrer Eigenständigkeit zuweilen überbewertet, weshalb diese allgemeinen, d.h. nicht nur urheberrechtlichen Kriterien zu relativieren sind und lediglich als hinreichend, nicht aber als genügend gelten können.

2. Zuordnung nach Werkkategorien

Die *urheberrechtlich* vorgenommene Zuordnung von Werkkategorien ist – abgesehen von ihrer beispielhaften Aufzählung («insbesondere»¹²¹) – für den Urheberrechtsschutz nicht massgebend¹²²; relevant ist dazu einzig die Werkqualität¹²³. Soweit eine Zuordnung nach den Werkkategorien angebracht

oder sogar notwendig erscheint, sind für die Beurteilung der Individualität – wie erwähnt – die jeweils werkspezifischen Kriterien anzuwenden. Ansonsten gelten die allgemeinen Kriterien der Individualität – soweit hier überhaupt verlässliche, geschweige denn allgemein anerkannte Bezugsmerkmale vorhanden sind¹²⁴.

Wie oben aufgezeigt, sind viele Fotografien inszenierende Fotografien, bei denen die Inszenierung die wesentliche (künstlerische) Leistung für das Werk darstellt¹²⁵. Es wird lediglich, aber immerhin, fotografisch dokumentiert. Gegenstand der Betrachtung ist damit das *abgebildete Werk*. Da es nicht angezeigt ist, diese Art von Werk unter die Werkkategorie Fotografie zu subsumieren, weil dazu andere werkspezifische Kriterien für deren Beurteilung anzuwenden sind, scheint es sinnvoll, die *abgebildete Inszenierung* als eine *eigenständige Werkkategorie* aufzunehmen¹²⁶, was durchaus einem gewissen Paradigmenwechsel gleichkommt¹²⁷. Die abgebildete Inszenierung ist selbstredend nicht mit jener aus der darstellenden Kunst des Bereiches der verwandten Schutzrechte (Art. 33 ff. URG, beispielsweise als Bühneninszenierung¹²⁸) gleichzusetzen. Entsprechend sind die

(vielen) inszenierten Werke nach den dafür massgebenden und geeigneten Kriterien zu beurteilen, was sich beispielsweise anhand des «Meili»-Entscheidunges illustrieren lässt¹²⁹. Als (formal-ästhetische) Kriterien für die abgebildete Inszenierung kommen beispielsweise das Arrangement der Szene, die Lichtverhältnisse, überraschende Effekte und «technische Meisterschaft» (Fertigkeit)¹³⁰ infrage.

Soweit die Fotografien im Hinblick auf ihre (präsentierte) Endform wesentlich nachbearbeitet – sprich: gestaltet – wurden, dürften ebenfalls nicht mehr, oder zumindest nicht ausschliesslich, fortotechnische Kriterien für die Beurteilung zugrunde gelegt werden, sondern es sind die bildspezifischen Aspekte heranzuziehen. Die «Fotografie» ist dann und primär somit als (*fotografisches*) *Bild* und damit nach den werkadäquaten Kriterien der Kategorie der bildenden Kunst (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG) zu beurteilen.

Dieser Ansatz hat in seiner Konsequenz zur Folge, dass der Werkkategorie Fotografie zwar weiterhin einige Werke zugeordnet, sie aber quantitativ weniger in Erscheinung treten werden. Demgegenüber erfahren die Formen der abgebildeten Inszenierung und des fotografischen Bildes eine anzahlmässige Zunahme. Das dürfte beispielsweise auch eine Wirkung auf die – diesbezüglich ohnehin nicht zweifelsfreie Regelung der – Gemeinsamen Tarife im Rahmen der kollektiven Verwertung (vgl. Art. 47 URG) und deren bisherigen Zuordnungen zu Presse- resp. Kunstfotografien haben (was aber hier nicht weiter zu untersuchen ist).

¹¹⁸ Vgl. M. GESSMANN (Hg.), *Philosophisches Wörterbuch*, 23. Aufl., Stuttgart 2009, 59.

¹¹⁹ Vgl. SCHACK (Fn. 84), N 832.

¹²⁰ SENN (Fn. 32), (m.w.H.); vgl. auch G. HUG, «Bob Marley vs Christoph Meili: ein Schnappschuss», sic! 2005, 57, 59; G. HUG, *Fotografierrecht*, in: A. Raschèr/M. Senn (Hg.), *Kulturrecht – Kulturmarkt*, Zürich 2012, 152; M. STREULI-YOUSSEF/M. REUTTER, in: P. Mosimann/M.-A. Renold/A.F.G. Raschèr (Hg.), *Kultur – Kunst – Recht*, Basel 2009, 929 f.; I. CHERPILLOD, URG, *Stämpflis Handkommentar*, 2. Aufl., Bern 2012, URG 2 N 58; M. REHBINDER/A. VIGANO, URG-Kommentar, Zürich 2008, URG 2 N 13; ferner BUSCH (Fn. 36), 510.

¹²¹ Art. 2 Abs. 2 URG (§ 2 Abs. 1 DE-UrhG); vgl. dazu R. HILTY, *Urheberrecht*, Bern 2011, N 117.

¹²² Von Bedeutung ist die Werkkategorie hinsichtlich der Rechtsfolgen, beispielsweise im Rahmen der Schrankenbestimmungen wie jene von URG 19 (vgl. dazu VON BÜREN/MEER (Fn. 33), N 198, siehe bereits R. VON BÜREN, *Neuerungen im Bereich des Urheberrechts*, ZSR 1993, I. HB/H 3, 197; HILTY [Fn. 121], N 97)

¹²³ Vgl. SCHLÜTTER (Fn. 13), 234.

¹²⁴ Vgl. dazu SENN (Fn. 54), 68 f. (m.w.H.).

¹²⁵ Siehe Ziff. III.2.d.

¹²⁶ Man könnte auch den Terminus der *fotografischen Inszenierung* verwenden, doch scheint dieser einerseits rein sprachlich nicht ganz zutreffend und zudem in bildtheoretischer Hinsicht zu eng (vgl. auch die Ausführungen in Ziff. III.2.d.).

¹²⁷ In diesem Zusammenhang sei an den sog. *Iconic Turn* (ikonische Wende) im Sinne von BOEHM erinnert, wonach dieser bildtheoretische Ansatz die Differenz zwischen Darstellung und Dargestelltem zum Gegenstand hat (G. BOEHM, *Die Wiederkehr der Bilder*, in: G. Boehm [Hg.], *Was ist ein Bild?*, 4. Aufl., München 2006, 13 ff.; dazu TH. HENSEL, *Iconic Turn*, in: S. Jordan/J. Müller (Hg.), *Lexikon Kunstwissenschaft*, Stuttgart 2012, 156 f.; BAADER [Fn. 57], 186).

¹²⁸ Vgl. dazu D. BARRELET/W. EGLOFF, *Urheberrecht*, 3. Aufl., Bern 2008, URG 2 N 4 und 34

N 9; A. RASCHÈR, *Für ein Urheberrecht des Bühnenregisseurs*, Baden-Baden 1989, 98 f.

¹²⁹ Siehe Ziff. V.

¹³⁰ Vgl. KALLAI (Fn. 76), 132 (hinsichtlich allgemeiner Kriterien).

3. Zur schöpferischen Leistung des Fotografen

a) Gestaltungsabsicht und subjektive Komponente

Es ist hier eine weitere Differenzierung hinsichtlich der gestalterischen Intention des Fotografen aufzuzeigen. Dabei wird hier der Begriff der schöpferischen Leistung im Zusammenhang mit der geistigen Schöpfung gemäss Art. 2 Abs. 1 URG verwendet¹³¹. Die geistige Schöpfung ist insofern (noch) kein eigentliches subjektives Tatbestandsmerkmal, als damit erst mal (nur) ein Akt oder eine Handlung erfasst sind¹³². Sie wird umschrieben mit Formulierungen wie «Äusserung gedanklicher Tätigkeit eines Menschen.»¹³³ Doch liegt diesem Akt eine künstlerische oder gestalterische Intention zugrunde, die auch eine beabsichtigte Wirkung enthält¹³⁴. Auch nimmt der (künstlerische) Fotograf konzeptuelle Entscheidungen bei der Aufnahme vor und übt eine «bewusste und schöpferische Kontrolle» (über den Fotoapparat) aus¹³⁵.

Die *subjektive Komponente* ist im hier verstandenen Sinne also die dem Akt vorgelagerte Phase intellektueller Auseinandersetzung, nämlich die aus der Idee oder der Inspiration entstammende gedankliche Leistung im Hinblick auf die gestalterische Umset-

zung¹³⁶. Die subjektive Komponente wird damit durch dieses Tatbestandsmerkmal erfasst. Sie ist bei der geistigen Schöpfung (Art 2 Abs. 1 URG) zu verorten. Das Tatbestandsmerkmal der geistigen Schöpfung zeigt sich gemäss BGer beispielsweise bei der Frage danach, wie die Fotografie entstanden ist, d. h. welche Umstände zur Aufnahme geführt haben¹³⁷. Beim «Schnappschuss» verbindet das BGer die beiden Tatbestandsmerkmale (geistige Schöpfung/Individualität) dahingehend, dass «auch die gedankliche Vorbereitung eines Schnappschusses im Sinne einer Zurechtlegung vor dem geistigen Auge oder die reflektierte Auswahl einer Fotografie aus der Reihe von Schnappschüssen eine geistige Leistung darstellen und, sofern sich diese im Werk niederschlägt, urheberrechtlichen Schutz begründen könne.»¹³⁸ Beim «*banalen Knipsbild*» lasse sich (demgegenüber) nicht erkennen, dass der bestehende Gestaltungsspielraum weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt worden sei, sodass sich die Fotografie nicht «vom allgemein Üblichen abhebt.»¹³⁹

Zutreffend sind die Erwägungen des BGer insofern, als die gedankliche Vorbereitung und die Auswahl aus mehreren Fotos eine geistige Leistung

darstellen; das sind aber keine Kriterien für das Tatbestandsmerkmal der Individualität. Ansonsten müsste beispielsweise den für den Internet-«Auftritt» ausgewählten Personenfotos oder durch eine Drittperson selektierten (Affen-)Fotos ein Urheberrechtsschutz zuerkannt werden¹⁴⁰.

Entsprechend ist das Merkmal der geistigen Schöpfung bei den künstlerisch-gestalterisch orientierten Fotografen (um diese verallgemeinernde Typologisierung zu verwenden) gerade darin zu erkennen, dass ihrer Umsetzung eine gedankliche Auseinandersetzung *im Hinblick auf das künstlerische Ergebnis* (Werk) vorausgeht. Insofern geben «die Umstände der Entstehung der Fotografie (...) Aufschluss über die Frage, ob das Merkmal der geistigen Schöpfung erfüllt ist.»¹⁴¹ Ein solcher Umstand liegt in der «erkennbaren Absicht»¹⁴² einer ganz bestimmten Inszenierung. Es spielt daher eine mitentscheidende Rolle, wie und vor allem mit welcher Absicht ein fotografisches Werk entsteht, damit es den Status des Urheberrechtsschutzes erreicht. Selbst unter der zutreffenden Ansicht, dass sich der Urheberrechtsschutz aus der Werk-Individualität (und nicht aus einer Urheber-Individualität) ergibt¹⁴³, liegt der Werkentstehung eine *subjektive Komponente* zugrunde, wonach im Werk eine (künstlerische) Gestaltungsabsicht erkennbar sein muss, die sich in Form der künst-

¹³¹ Siehe M. SENN, Innovation als Schutzobjekt im Immaterialgüterrecht, KUR 2014, 73–80, 77.

¹³² Soweit ersichtlich, ist diese Frage in der Literatur nicht abschliessend untersucht, eingehender dazu VON BÜREN/MEER (Fn. 33), N 169 ff.; ferner vgl. CHERPILLOD (Fn. 120), URG 2 N 9; M. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, N 43 f.; BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), URG 2 N 6.

¹³³ BGE 130 III 168 ff. E. 4.5, «Marley», vgl. dazu BARRELET/EGLOFF (Fn. 128), URG 2 N 5; HILTY (Fn. 121), N 83.

¹³⁴ Vgl. GEIMER (Fn. 19), 173, und BAZIN (Fn. 19), 37.

¹³⁵ P. STRAND, Fotografie, 59, sowie Fotografie und der neue Gott, 62, beide in: Kemp II [Fn. 21]; vgl. dazu auch GEIMER (Fn. 19), 194 ff.

¹³⁶ VON BÜREN/MEER (Fn. 33), N 169, sprechen hier von «Vorstellungen», die der Urheber für die Schaffung seines Werkes habe. SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), URG 2 N 183, begrenzen die «vorbereitende menschliche Tätigkeit» auf die üblicherweise genannten (gestalterischen) Elemente wie Motiv, Aufnahmeort, Blickwinkel etc. (Hervorhebungen durch den Verfasser dieses Beitrags), vgl. dazu anstelle vieler BGE 130 III 168 ff. E. 4.5, «Marley» und BGE 130 III 714 ff. E. 2.1, «Meili», dazu SENN (Fn. 32), (m.w.H.).

¹³⁷ Vgl. z. B. BGE 130 III 714 ff. E. 2.1, «Meili», dazu SENN (Fn. 32).

¹³⁸ BGE 130 III 168 ff. E. 4.5, 5.2, «Marley», dazu SENN (Fn. 32), (m.w.H.). Zum Begriff Schnappschuss vgl. Ziff. III.2.d und IV.4.b.

¹³⁹ BGE 130 III 168 ff. E. 4.5, «Marley» und BGE 130 III 714 ff. E. 2.3, «Meili».

¹⁴⁰ Vgl. AUCH SLOWIOWCZEK (Fn. 26), 620.

¹⁴¹ So zu Recht BGE 130 III 714 ff. E. 2.2, «Meili».

¹⁴² BGE 130 III 714 ff. E. 2.2, «Meili».

GUMBRECHT nennt es (noch deutlicher), indem dazu der «Wille des Künstlers [gehört], eben ein Kunstwerk zu schaffen» (H. U. GUMBRECHT, Der schöne Spielzug, TA vom 17. Juni 2014, 25).

¹⁴³ Vgl. z. B. BGE 130 III 714 ff. E. 2.1, «Meili», dazu SENN (Fn. 32); HUG spricht von *Gestaltungswillen* (G. HUG, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 1998, 151–200, 159 [dort Fn. 27]).

lerischen Leistung manifestiert¹⁴⁴. Diese Gestaltungsabsicht ist im Übrigen nicht zu verwechseln mit einem (möglichen) *Schutzwillen*, d.h. der Absicht, ein Werk mit einem Urheberrechtsstatus zu schaffen¹⁴⁵.

Andererseits vermag die Absicht, ein Bild zu machen, bloss weil diese von einer «persönlichen Aufmerksamkeit gesteuert» wird¹⁴⁶, ein Indiz für das Kriterium der geistigen Schöpfung sein, doch ist dies nicht hinreichend für die Individualität, schliesslich steht die Autorenrolle des Fotografen «im Widerspruch zur Abhängigkeit vom Motiv und zum technischen Akt des Abbildens (...)»¹⁴⁷. Das Tatbestandsmerkmal der (persönlichen) geistigen Schöpfung ist im Übrigen auch das wesentliche Unterscheidungsmerkmal für die nach deutschem Recht vorgenommene – allerdings diskutabile – Unterteilung in Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Ziff. 5 DE-UrhG) und Lichtbilder (§ 72 DE-UrhG), indem dieses Element gerade keine Voraussetzung für einen Schutz nach UrhG 72 ist¹⁴⁸. Demgegenüber erlangen die *Lichtbildwerke* eine Individualität, wenn sie «eine individuelle Betrachtungsweise oder künstlerische Aussage des Fotografen zum Ausdruck bringen, die sie von der lediglich gefälligen Abbildung abhebt.»¹⁴⁹

¹⁴⁴ Vgl. auch BGH vom 13. November 2013 [«Geburtstagszug»], [Rz. 26]; siehe dazu auch M. RITSCHER/P. SCHRAMM, Anmerkung, sic! 2014, 303–306, 305.

¹⁴⁵ Vgl. dazu VON BÜREN/MEER (Fn. 33), N 190 [dort Fn. 313] (m.w.H.); siehe auch DAVID (Fn. 78), 104.

¹⁴⁶ Vgl. dazu BELTING (Fn. 2), 229.

¹⁴⁷ BELTING (Fn. 2), 231.

¹⁴⁸ Vgl. SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), UrhG 2 N 182.

¹⁴⁹ KG Berlin vom 25. Februar 2013, E. 1.a, AfP 2013, 409; SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), UrhG 2 N 184.

Zu Recht kritisch zur Unterscheidung in Lichtbildwerke und Lichtbilder K. SCHMIDT, Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst, UFITA 1976, 1–52, mit der pointierten Bemerkung, wonach die gesetzliche Fiktion auch hätte lauten können: «Als Licht-

b) «Alltagsbilder»

Fotografische Aufnahmen zu machen, ist nicht erst im Zeitalter der digitalen Technik für jedermann problemlos möglich. Viele Personen machen von beinahe jeder Lebenssituation unzählige Fotos, die vielfach auch gleich im Internet gezeigt werden (oder aus Versehen dort landen). Angesichts der geringen formal-ästhetischen Ansätze bei Handyfotografien ist eine (künstlerische) Gestaltungsabsicht kaum erkennbar¹⁵⁰, selbst wenn man diese Personen pointiert als «künstlerisch ambitionierte Dilettanten»¹⁵¹ bezeichnen möchte. Diese Gruppe von Personen wird zuweilen mit «Knipser» bezeichnet, und man meint damit den eigentlichen Amateur-Fotografen, dem «gewissermassen nur der lautmalerische Reflex des von ihm betätigten Auslösers zugestanden» wird, und dessen «Normalfotos» nichts mehr als ein – immerhin beabsichtigter – Gebrauchswert für den Alltag zukommt¹⁵². Es ist selten die Absicht dieser Personen, ein Werk mit Urheberrechtsstatus zu erstellen. Diese Personen dokumentieren schlicht ihr Leben und ihre soziale Umwelt. Unter diesem (subjektiven) Gesichtspunkt ist deshalb die Vermutung angebracht, dass diesen Alltags-Fotografien in aller Regel keine urheberrechtliche Individualität zukommt. Im durchaus reflektier-

bildwerk im Sinne dieses Gesetzes gilt jedes Lichtbild.»

¹⁵⁰ Vgl. SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), UrhG 2 N 177; siehe auch OLG Hamm vom 13. Februar 2014, AfP 2014, 346, wonach privat erstellte Fotos «selten die Qualität von Bildern eines professionellen Fotografen aufweisen» würden.

Illustrativ dazu die Beispiele von typischen (weitgehend ähnlich wiedergegebenen) Motiven bei V. HARTMANN, Sehenswürdigkeiten, Das Magazin, 30–31/2014, 40 ff.; ferner HOLSCHBACH (Fn. 88) 14.

¹⁵¹ BUSCH (Fn. 36), 511.

¹⁵² BUSCH (Fn. 36), 515; ähnlich auch V. FLUSSER, Für eine Philosophie der Fotografie, in: Kemp III (Fn. 21), 50; SCHMIDT (Fn. 27), 185; siehe auch SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), UrhG 2 N 177, sowie DREIER (Fn. 7), 35.

ten Bewusstsein der hier vorgenommenen Verallgemeinerung dürfte diesen Fotografien somit in der Regel kein Urheberrechtsschutz zukommen, zumal zum einen eine Vielzahl von «redundanten Fotos»¹⁵³ bestehen und zum anderen sichtlich keine Absicht besteht, ein Werk der Kunst zu erschaffen. Massgebend bleibt jedoch die Individualität, doch kann auch eine solche Foto nicht losgelöst von der (geistigen) Gestaltungsabsicht beurteilt werden, ansonsten wohl auch dem «Affenselfie»¹⁵⁴ eine Werkqualität zugesprochen werden müsste – wüsste man nicht, wie und durch wen es entstanden ist (auch wenn dies zugegebenermassen ein wenig schmeichelhafter Vergleich ist).

4. Individualität der Fotografie

a) Allgemeine Kriterien

Die *Individualität* ist hier wie sonst im Urheberrecht grundsätzlich gleich anzusetzen¹⁵⁵. Ihre Definition ist eines der schwierigeren Aufgaben nicht nur des Urheberrechts¹⁵⁶. Problematisch erscheint dabei der Trend einer (weiteren) Nivellierung nach unten, schliesslich geht es um Werke der – auch angewandten – Kunst (gemäss Art. 2 Abs. 1 URG)¹⁵⁷. Es kann auch nicht der Ansicht gefolgt werden, wonach der Grad der Individualität je nach Werkkategorie zu differenzieren sei. Dieses Modell der graduellen Abstufung (sog. Gestaltungshöhe) lehnte sich an die im deutschen Recht entwickelte «Theorie»¹⁵⁸

¹⁵³ FLUSSER (Fn. 152), 57 f.

¹⁵⁴ Vgl. Fn. 26.

¹⁵⁵ Anstelle vieler F. THOUVENIN/M. BIRCHER/R. FISCHER, Immaterialgüterrecht, 2. Aufl., Zürich 2010, 87.

¹⁵⁶ Vgl. zum Ganzen und die Formulierung bei SENN, Urheberrecht (Fn. 54), 68 f. (m.w.H.).

¹⁵⁷ Vgl. zum Ganzen SENN, Urheberrecht (Fn. 54), 85 f. (m.w.H.); siehe auch schon Ziff. II.3.

¹⁵⁸ Der Begriff ist deshalb in Anführungszeichen gesetzt, da es sich jedenfalls nicht um eine wissenschaftliche Theorie handelt (vgl. dazu SENN [Fn. 54], 96).

des «ästhetischen Überschusses» an, wonach der ästhetische Gehalt für einen Schutz durch das Urheberrecht über das Übliche hinausgehen müsse. Dieser Abgrenzungsversuch ist inzwischen auch in Deutschland umstritten¹⁵⁹. Zutreffend verwies hierzu bereits Loewenheim darauf hin, dass «... der Gestaltungshöhe keine neben der Individualität selbstständige schutzbegründende Funktion zukommt; ist Individualität vorhanden, so braucht die Gestaltungshöhe nicht mehr als zusätzliches Element hinzuzutreten.»¹⁶⁰ Das hat nunmehr der BGH im wegweisenden Entscheid «Geburtstagszug»¹⁶¹ zutreffend bestätigt. Die Individualität ist also grundsätzlich nach den adäquaten, nämlich genre-spezifischen Kriterien zu beurteilen, womit beispielsweise ein Sprachwerk oder ein Musikwerk anderen Kriterien unterliegt als eine Fotografie (bzw. Bild)¹⁶². Für die Schweiz hat dieser Entscheid weder materiell noch selbstverständlich formell eine Wirkung; allerdings dürfte die Rechtslage dadurch eher bestätigt werden¹⁶³. Deshalb ist es im Übrigen auch nicht ersichtlich, weshalb an die Individualität

bei Fotografien «nicht zu hohe Anforderungen zu stellen»¹⁶⁴ seien.

Soweit der Endform eine gestalterische Bearbeitung vorausging, hat diese zwar einen wesentlichen Einfluss auf die Individualität des Werkes. Hier wie sonst stellen allerdings die üblichen Bearbeitungsmöglichkeiten, beispielsweise einer sog. Postproduktion (wie Tonwertkorrektur, Schärfen, Rauschreduzierung), für sich alleine noch keine hinreichende Grundlage für den individuellen Charakter dar; vielmehr müssen diese Gestaltungsmittel in einer für die Individualität besonderen gestalterisch-künstlerischen Ausprägung eingesetzt werden und damit einen künstlerisch-ästhetischen Mehrwert erreichen, ansonsten beinahe jede Photoshop-Kreation eine urheberrechtliche Individualität erlangen würde, zumal gewisse Programme Automatisierungen enthalten, womit beispielsweise dank dem «Zauberstab» der IPhoto-Applikation zusätzliche Bildeffekte eingebaut werden.

b) Einzelne Fotografie-Typen

Vielfach ist die Rede von *Gegenstandsfotografien*. Das sind «alltägliche Bilder, die rein handwerklich das Fotografierte abbilden (...), die darauf abzielen, die – nicht «gestellte» – Vorlage möglichst naturgetreu wiederzugeben.»¹⁶⁵ Diese originalgetreue Wiedergabe verfolgt primär einen dokumentarischen Zweck und dürfte in aller Regel zufolge fehlender Individualität keine Werkqualität erreichen. Eine «Abbildung» gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b DesG wäre beispielsweise eine rein dokumentarische Aufnahme.

Viel zu diskutieren geben der *Schnappschuss* und das *Knipsbild*. Dabei kann allerdings die Argumentation nicht lauten, es bestehe keine urheberrechtliche Individualität, weil es sich um einen Schnappschuss oder ein Knipsbild handle¹⁶⁶. Die typologische Zuordnung wäre, wenn schon, vielmehr die Folge der Verneinung des Urheberrechtsschutzes. Ob es aber überhaupt einen Sinn macht, die beiden Typen zu verwenden, scheint fraglich, denn sie spielt für den Urheberrechts-Status grundsätzlich keine Rolle. Massgebend dafür sind – wie oben gesehen – einzig die Kriterien der geistigen/schöpferischen Leistung und der Individualität. Zumal auch hier darauf zu achten ist, was beurteilt wird. Denn es wird beim Schnappschuss meist die Situation (Objekt) in ihrer möglicherweise individuellen Erscheinung anstatt die fotografische Leistung bewertet¹⁶⁷. Das hat bereits Coburn zutreffend bemerkt, als er an Stieglitz schrieb: «Wenn Sie diese Aufnahme einen «glorreichen Schnappschuss» nennen, müssen Sie bedenken, dass das Leben selbst sehr viel von dieser Qualität hat.»¹⁶⁸ Doch selbst einem Schnappschuss kann beispielsweise dann eine urheberrechtliche Individualität zuerkannt werden, wenn dieser Typ der Fotografie Teil eines (Konzept-)Kunst-Werkes ist, bei dem bewusst eine «scheinbar anspruchslose Schnappschussästhetik» eingesetzt wird¹⁶⁹.

¹⁵⁹ U. LOEWENHEIM, § 2 N 33, in: G. Schrickler (Hg.), *Urheberrecht*, München 2006; SCHRICKER/SCHRICKER, Einleitung N 6, und SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), *UrhG* 2 N 25 (alle Fn. 14); U. LOEWENHEIM, Höhere Schutzuntergrenze des Urheberrechts bei Werken der angewandten Kunst?, *GRUR Int.* 2004, 765–767; SENN (Fn. 81), 196.

¹⁶⁰ SCHRICKER/LOEWENHEIM (Fn. 14), *UrhG* 2 N 25.

¹⁶¹ BGH vom 13. November 2013 [«Geburtstagszug»], [Rz. 26]; siehe auch RITSCHER/SCHRAMM (Fn. 144), 305.

¹⁶² Siehe SENN (Fn. 131), 80; THOUVENIN/BIRCHER/FISCHER (Fn. 155), 87, die allerdings den etwas unpräzisen Begriff der *differenzierten Individualität* verwenden, denn nicht die Individualität ist differenziert zu betrachten, sondern diese ist nach genre-spezifischen Kriterien zu prüfen.

¹⁶³ Siehe RITSCHER/SCHRAMM (Fn. 144), 306. Dieser Frage wird hier aber im Detail nicht nachgegangen.

¹⁶⁴ So aber R. VON BÜREN/E. MARBACH/P. DUCREY, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., Bern 2008, N 262.

¹⁶⁵ KG Berlin vom 25. Februar 2013, E. 1.a, *ApF* 2013, 409

¹⁶⁶ Vgl. dazu die Ziff. III.2.d und IV.3; siehe auch R. BÄHLER, *Jenseits von Walter Benjamin und Bob Marley*, *Medialex* 2012, 196–201, 196.

¹⁶⁷ Siehe Beispiel «Bob Marley» (Ziff. V).

¹⁶⁸ A. L. COBURN, *Die Zukunft der mittelmässigen Fotografie*, in: Kemp II (Fn. 21), 54.

¹⁶⁹ W. BRÜCKLE, *Fotografie*, in: S. Jordan/J. Müller (Hg.), *Lexikon Kunstwissenschaft*, Stuttgart 2012, 125 – Siehe dazu den «Meili»-Entscheid (Ziff. V).

5. Beurteilungsvorgehen

Wie in den Ausführungen dargelegt wurde, ist für eine allfällige Zuordnung zu einer urheberrechtlichen Werkkategorie zuerst festzulegen, was der eigentliche Gegenstand der «Fotografie» ist; also die Frage, ob das fotografische Bild oder das Objekt Gegenstand der Beurteilung ist. Eine fotografische Bildbearbeitung beispielsweise wäre demzufolge den Werken der bildenden Kunst zuzuordnen und die für die Werkqualität massgebende Individualität nach den dafür adäquaten Kriterien zu beurteilen. Und eine mit fotografischen Mitteln aufgenommene Inszenierung wäre dementsprechend als Inszenierung zu reflektieren.

Wenn und soweit geäussert wird, dass Fotografie für sich allein, unabhängig von den Umständen ihrer Entstehung zu beurteilen sei¹⁷⁰, so ist diese Aussage entsprechend den ausgeführten Erkenntnissen zu relativieren. Zutreffend ist, dass beispielsweise die Bekanntheit der abgebildeten Person¹⁷¹ oder die Aktualität des abgebildeten Ereignisses nicht Gegenstand der Beurteilung sein kann. So sind unter dem Titel der «Entstehung» die Umstände der (technischen) Verfahrensherstellung und der subjektiven Gestaltungsabsicht des Fotografen heranzuziehen. Erst dann kann erkannt werden, welcher Art das untersuchte Werk ist und welche Kriterien darauf anwendbar sind, um die Individualität gemäss einem werk-adäquaten Kriterienkatalog¹⁷² zu beurteilen. Wie das erfolgen kann, wird sogleich im Schlussabschnitt angewandt.

¹⁷⁰ Anstelle vieler STREULI-YOUSSEF/REUTTER (Fn. 120), 929 f.

¹⁷¹ Z. B. die Person CHRISTOPH MEILI, vgl. BGE 130 III 714 «Meili».

¹⁷² Es ist auch von «werkimmanenten Eigenheiten» die Rede (L. SCHÄDLER, Plädoyer gegen eine reine Inhaltsanalyse, NZZ vom 11. Oktober 2014, 57).

V. Anwendung: Beispiele und Fälle

Die folgenden Beispiele und Fälle sollen die vorausgegangenen Ausführungen hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit darlegen. Dabei bleibt die Auswahl selbstredend auf wenige Werke beschränkt und kann angesichts des sehr breit vorhandenen fotografischen Repertoires weder repräsentativ noch umfassend sein. Ebenfalls wird sich die Begründung einer möglichen urheberrechtlichen Individualität auf wenige Angaben fokussieren müssen (ansonsten der Umfang dieses Aufsatzes erst recht ausgereizt wäre).

Jeff Wall: «Storyteller»



Jeff Wall ist einer der Künstler, die ihre künstlerischen Äusserungen auch verbalisieren oder gar analysieren. Er hat sich mit dem Wesen und den (Darstellungs-)Möglichkeiten der Fotografie eingehend befasst und dies in einem kunsttheoretischen Kontext behandelt. Seine fotografischen Werke sind inszenierte Bilder¹⁷³; seine Praxis der Inszenierung versteht sich als eigenständige Darstellungsform, bei der die Porträtierten Regieanweisungen erhalten¹⁷⁴. Von ihrer Art her entsprechen sie der inszenierenden Fotografie¹⁷⁵; Wall

¹⁷³ BELTING spricht hierbei von «inszeniertem Blick» (BELTING, Bild-Anthropologie, [Fn. 2], 232; vgl. auch SACHS-HOMBACH (Fn. 58), 10 ff., sowie WOLF (Fn. 16), 51 und 56 ff.; STIEGLER/THÜRLEMANN (Fn. 95), 293.

¹⁷⁴ GEIMER (Fn. 19), 204; HACKING (Fn. 71), 523. Vgl. dazu auch die Ausführungen bei Ziff. IV.3.

¹⁷⁵ Vgl. dazu auch die Ausführungen bei Ziff. III.2.d; siehe auch GEIMER (Fn. 19), 204.

selbst bezeichnet sie als «cinematografisch»¹⁷⁶. Seine fotografischen Bilder erzählen Geschichten und werden so zu «Rekonstruktionen der Wirklichkeit.»¹⁷⁷ Er hat damit ausdrücklich Bezug genommen zum vermeintlichen Wahrheitsanspruch der Fotografie, was – neben seinen theoretischen Ausführungen – auch in der Titelwahl seiner Werke zum Ausdruck kam, beispielsweise: «The Storyteller» (1986, Abb.). Entscheidend war ihm aber gleichzeitig, dass das «Dargestellte als Bild erscheint.»¹⁷⁸ Bei Wall steht also, wie beispielsweise schon bei Robert Frank, nicht die Frage der Fotokunst im Vordergrund, sondern der Bildbegriff¹⁷⁹. Was den Kunststatus einer Fotografie anbelangt¹⁸⁰, hat er in Abgrenzung zum journalistischen Bild¹⁸¹ einen entscheidenden Punkt genannt, der auch auf das ästhetische Merkmal des Kunstbegriffs¹⁸² verweist: «Ein Journalist ist daran interessiert, dem Betrachter ein Ereignis zu vermitteln. Der Künstler ist daran interessiert, dem Betrachter die Repräsentation dieses Ereignisses zu vermitteln.»¹⁸³ Die fotografischen Werke von Wall sind somit in erster Linie als (fotografische) Bilder zu rezipieren und daher nicht alleine mit foto-technischen Kriterien zu beurteilen. Zudem spielt bei ihm noch die Art der Repräsentation eine Rolle, die aber in unserem urheberrechtlichen Zusammenhang nicht relevant ist.

¹⁷⁶ J. WALL, Zeichen der Indifferenz: Aspekte der Fotografie, in: J. WALL, Szenarien im Bildraum der Wirklichkeit, hg. vom G. Stemmerich, Dresden 1997, 377; vgl. dazu auch GEIMER (Fn. 19), 203; ferner NZZ vom 20. Februar 2014 zur Ausstellung von Jeff Walls Werken in der Pinakothek der Moderne München (Frühjahr 2014).

¹⁷⁷ WALL (Fn. 176), 376; dazu BELTING (Fn. 2), 234.

¹⁷⁸ GEIMER (Fn. 19), 206.

¹⁷⁹ Vgl. BELTING (Fn. 2), 235.

¹⁸⁰ Vgl. dazu Ziff. II.3.

¹⁸¹ Vgl. dazu Ziff. III.2.e.

¹⁸² Siehe SENN (Fn. 47), 69 (m.w.H.).

¹⁸³ Zitiert bei GEIMER (Fn. 19), 206.

Thomas Demand: «Büro»



Die Fotografien von Thomas Demand lichten «Fake-Gegenstände», aber dennoch reale Skulpturen ab: Seine «Motive» baut der ehemalige Bildhauer (!) aus Papier und Pappe (vgl. «Büro» 1995, Abb.). Hier ist es zwar «der Fotoapparat, der beim Auslösen die ganze Arbeit leistet; was aber zuvor im Fotoatelier geschieht, die kunstvollen Aufbauten und Arrangements des Fotografen, stürzt die Semantik des letztlich erzielten Bildes (...) in Vieldeutigkeiten (...)».¹⁸⁴ Die Fotografie ist hier also Medium resp. Dokumentation der abgebildeten Inszenierung: das Bild ist das Resultat einer zweifachen medialen Umsetzung¹⁸⁵. Die schöpferische Leistung liegt denn auch primär im Arrangement der Szene (Inszenierung), die fototechnische Leistung ist – aus künstlerischer Sicht – dokumentarischer Art¹⁸⁶. Abgesehen von der (teilweisen) Unmöglichkeit, die fotografischen Kriterien (wie Blende, Belichtungszeit) bei der rechtlichen Beurteilung einbeziehen zu können, da sie kaum je bekannt sind, treten diese bei solchen abgebildeten Inszenierungen für die Frage der Werkqualität in den Hintergrund. Gegenstand der Beurteilung ist hier primär das Objekt. Für die Beurteilung einer Individualität sind dabei die vom Fotografen intendierten künstlerischen

Ansätze¹⁸⁷ sowie die formalen wie qualitativen, jedenfalls werkadäquaten Kriterien zu berücksichtigen. Für Demand wären das u. a. der ästhetisch herausgearbeitete Widerspruch im dargestellten Sachverhalt¹⁸⁸.

Paul Hansen: «Begräbnis in Gaza»



Das Bild von Paul Hansen wurde 2013 zum World Press Foto erklärt («Begräbnis in Gaza» 2012, Abb.). Es traten jedoch erhebliche Zweifel auf, ob diese Fotografie «echt» sei. Die Vorwürfe reichen von nachträglicher Veränderung der Lichtwerte bis hin zur Kombination mehrerer Bilder. Der Fotograf erklärte, er habe lediglich das Licht nachträglich verändert und die Bilder übereinander geblendet¹⁸⁹.

Die Frage der Authentizität von Fotografien braucht uns hier nicht zu interessieren, dafür die Frage der urheberrechtlichen Individualität. Gemäss eigener Angaben hat der Fotograf die Fotografien nachbearbeitet, und so wurde aus einer Fotografie ein Bild. Dieses stellt kein Abbild der Realität (im Sinne eines unbearbeiteten Sachverhalts) dar, sondern eine fotografische Komposition. Ironischerweise erreicht der Fotograf gerade durch seine gestalterische (ästhetische) Bearbeitung der Fotografie eine Individualität, denn die «reine» Aufnahme eines solchen Mo-

mentes (so es ihn dann gegeben hatte) hätte der Aufnahme wohl nicht einen individuellen Charakter verliehen, da hinter der Aufnahme keine ästhetische Gestaltung, sondern primär eine dokumentarische Leistung liegt¹⁹⁰. Denn nach zutreffender Ansicht ist das Kriterium der Individualität – auch – bei Pressefotografien nicht schon dann gegeben, wenn die Entstehung zu einem «spezifischen Aufnahmezeitpunkt» entstand¹⁹¹. Vielmehr kreierte Hansen mit dieser hyperrealen Komposition ein synthetisches Bild.¹⁹²

Arnold Odermatt: «Karambolagen»



Die Aufnahmen von Odermatt gelten als dokumentarische Fotografien resp. polizeiliche Aufzeichnungen. Diesen wird eine «handwerkliche Präzision – überragende Tiefenschärfe, satte Töne, eine schöne Abstufung der Grauwerte» bescheinigt, doch würden sie auch «über das Dokumentarische hinaus» weisen, was sich beispielsweise darin zeige, dass seine Aufnahmen von den Justizbehörden nicht immer als Beweis akzeptiert worden seien¹⁹³. Odermatt wurde vom Kunstmarkt endgültig anlässlich der

¹⁸⁴ Vgl. DREIER (Fn. 7), 36, sowie M. WETZEL, Inframediale Spurensicherung, in: Nidarümelin/Steinbrenner (Fn. 16), 88.

¹⁸⁵ Vgl. STIEGLER/THÜRLEMANN (Fn. 95), 311.

¹⁸⁶ Vgl. dazu Ziff. III.2.a und e.

¹⁸⁷ WETZEL (Fn. 183), 89.

¹⁸⁸ Vgl. STIEGLER/THÜRLEMANN (Fn. 95), 311; Prestel Lexikon der Fotografie, München 2002, 70.

¹⁸⁹ Siehe A. HOLZER, Wahrheit oder Fälschung? NZZ vom 24. Mai 2013, 49.

¹⁹⁰ Vgl. auch HAENNI, (Fn. 103), 4 ff.; dazu VON BÜREN/MEER (Fn. 33), N 341.

¹⁹¹ So aber VON BÜREN/MEER (Fn. 33), N 344; kritisch dazu zu Recht HUG, Urheberrecht (Fn. 143), 159 [dort Fn. 27].

Zum Gestaltungskriterium des Zeitpunktes vgl. die Ausführungen in Ziff. II.2.

¹⁹² Vgl. dazu BELTING (Fn. 2), 40.

¹⁹³ Vgl. M.-H. KOTTE, Idyll mit Beule, Berliner Zeitung vom 1. August 2001.

Biennale von Venedig 2001 «entdeckt». Gleichwohl verstand sich Odermatt selbst nicht als Künstler, vielmehr nannte er seine Aufnahmen «Bauchfotos». Dennoch ist eine klare, rein ästhetische (und nicht bloss dokumentarische) Gestaltungsabsicht unübersehbar, wie dies VIDAL anspricht: «Odermatt (...) found a more subtle way to portray the catastrophe of the crash, which invites us to engage with it on a level beyond shock.»¹⁹⁴ Man kann solche Bilder auch als auch als «ästhetisierende Sachfotografien» bezeichnen¹⁹⁵.

Damit ist aber nichts zur Frage der urheberrechtlichen Individualität ausgesagt. Es lassen sich, soweit ersichtlich, in der (juristischen) Literatur keine diesbezüglichen Anhaltspunkte finden. Wie immer ist die Individualität anhand des konkreten Werkes zu beurteilen. Im Bild «Buochs» der Reihe «Karambolagen» (1965, Abb.) ist eine ästhetische Komposition klar erkennbar, indem die Motivwahl aufgrund des besonders gewählten Ausschnittes mit dem bewusst gestalterisch miteinbezogenen Hintergrund und den speziellen Lichtverhältnissen über ein lediglich dokumentarisches Festhalten des Ereignisses hinausgeht und somit ein ästhetischer Überschuss feststellbar ist. Dieser Fotografie dürfte zweifelsohne eine urheberrechtliche Individualität zukommen. Ob das für andere seiner Aufnahmen gilt, selbst wenn sie spektakulär wegen des Unfallhergangs und Tatortes erscheinen mögen, sei dahingestellt. Auch wenn man seinen Fotografien einen und noch dazu durch Harald Szeemann «geadelten»¹⁹⁶ Kunststatus attestiert,

bedeutet das bekanntlich – und zum Leidwesen so mancher Künstler – nicht, dass damit auch gleichzeitig eine urheberrechtliche Individualität vorliegt¹⁹⁷.

Max Messerli: «Bob Marley»



Gisela Blau: «Christoph Meili»



Die Entscheide über die beiden Fotografien führten zu anhaltenden Debatten, da sie – zu Recht – umstritten sind. In beiden Fällen musste das BGER als zweite Instanz die Frage der Werkqua-

lität beurteilen¹⁹⁸. Bei der Foto von Max Messerli («Marley» 1978, Abb.) wurde diese aufgrund der angenommenen Individualität zuerkannt, bei jener der Journalistin Gisela Blau («Meili» 1997, Abb.) jedoch nicht.

Für die Beurteilung einer Fotografie kommen gemäss dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung, kurz zusammengefasst, insbesondere folgende Kriterien infrage: Die Individualität sei vom Gestaltungsspielraum abhängig; der Schutz hänge ausschliesslich vom individuellen Charakter ab; massgebend sei die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität; der individuelle Charakter müsse im Werk selbst zum Ausdruck kommen und hänge nicht von einer (möglichen) Einmaligkeit des abgebildeten Ereignisses ab, wobei für die Werkqualität das erzielte Ergebnis massgebend sei, welches für sich allein der Anforderung gerecht werden müsse, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein. Schliesslich wurden auch gestalterische Kriterien skizziert¹⁹⁹. Folgt man den Ausführungen im Hauptteil dieses Beitrags, sind jedoch insbesondere diese Aspekte zu beachten:

Bei der «Marley»-Fotografie handelt es sich primär um eine dokumentarische Aufnahme, nämlich die Wiedergabe des Auftritts von Bob Marley. Es dürfte sich dabei, wie das bei Pressefotografien die Regel ist, um eine von sehr vielen Aufnahmen handeln. Die schöpferische Leistung lag hier zum einen in der Auswahl des Bildes für die weitere Verwendung (Veröffentlichung) und dann zum anderen in der

¹⁹⁴ R. VIDAL, *Death and Desire in Car Crash Culture*, Oxford 2013, 101 ff.

¹⁹⁵ G. MAGNAGUAGNO, *Das Bild der Welt*, NZZ vom 30. Oktober 2014, 49.

¹⁹⁶ D. CHERVET / A. ODERMATT: *Vom Landjäger zum Shootingstar der Fotokunst*, SRF-Kultur vom 4. Oktober 2013.

¹⁹⁷ Vgl. dazu SENN (Fn. 54), 67.

¹⁹⁸ Vgl. dazu Fn. 32, sowie SENN (Fn. 32).

Z. B. die beiden «Foto»-Entscheide BGE 130 III 168 ff. E. 4.5, «Marley» und 130 III 714 ff. E. 2.1, «Meili», dazu SENN (Fn. 32).

¹⁹⁹ Es werden hier – schon aus Platzgründen – die Begründungen der Gerichte und die Diskussion darüber nicht im Einzelnen dargestellt; hierzu sei auf die Ziff. IV.3.a und auf SENN (Fn. 32), verwiesen.

Auswahl des Ausschnittes. Wie beschrieben wird aber das Kriterium der Auswahl aus mehreren vorliegenden Fotos als für die Werkqualität nicht hinreichend erachtet²⁰⁰. Auch die Auswahl des Bildausschnittes deutet nicht auf eine besondere gestalterische Kreativität hin, mag ihr auch eine geistige Leistung zugrunde liegen. Demgegenüber kann die Auswahl bei der Inszenierung, d. h. beim eigentlichen schöpferischen Akt, sehr wohl relevant sein²⁰¹, was aber gerade nicht der Fall war, da der Fotograf keinerlei Einfluss auf die Bewegung des Sängers hatte. Insofern ist die Überlegung des BGER nicht hilfreich, wenn es ausführt, dass die fliegenden Rasta-Locken und die besonderen Schattenwürfe auf der Foto «ansprechend und interessant» erscheinen würden (E. 5.2). Dass die Locke auf der Foto genau so sichtbar ist, ist gerade keine Folge der Gestaltung, sondern das Ergebnis der Ablichtung des Ereignisses im – ebenfalls nicht massgebenden – «entscheidenden Augenblick»²⁰², womit das Kriterium der Individualität, wenn schon, nicht beim Werk, sondern beim Ereignis läge, jedoch aufgrund des rein dokumentarischen Stellenwertes dieser Fotografie nicht zum Tragen kommt.

Dass die Individualität im Übrigen vom Gestaltungsspielraum abhängig sein soll (vgl. E. 4.5), wurde bereits weiter oben als nicht hinreichendes Kriterium beschrieben²⁰³. Somit mag die «Marley»-Foto zwar durchaus als ansprechend erscheinen, eine Individualität lässt sich aber in der Fotografie nicht erkennen.

Anders kann die «Meili»-Foto interpretiert werden: Die Foto wurde

zwar zur journalistischen Dokumentation aufgenommen und wäre daher funktional gesehen eine dokumentarische Fotografie. Allerdings können hier deutliche gestalterische Absichten herausgelesen werden, die auf eine inszenierende Fotografie hindeuten: Die Pose des abgebildeten Meili kann als Geste oder Symbol komponiert worden sein und durchaus als Bildzitat verstanden werden²⁰⁴. Die «Aufbereitung», die sich u. a. in der «Haltung der Person, der Auswahl und der räumlichen Anordnung von Einzelteilen eines Stilllebens (...) oder der Wahl der Umgebung» manifestieren könne²⁰⁵, geben einige Anhaltspunkte dafür, dass hier sogar eine Annäherung an Kunstfotografien im Stil der Neuen Sachlichkeit²⁰⁶ à la August Sander geschehen ist, die sich u. U. einer «scheinbar anspruchslosen Schnappschussästhetik» bedient²⁰⁷. Ob solche Argumente in den Rechtsschriften aufgeführt wurden, lässt sich leider auch aus den Ausführungen des BGER nicht feststellen. Die Fotografin selbst hat einen solchen Bezug allerdings weder behauptet noch dargelegt, sondern klar die dokumentarische Absicht hervorgehoben. Hinsichtlich dieser subjektiven Komponente bestehen in tatsächlicher Hinsicht somit keine Anhaltspunkte für eine ästhetische Inszenierung. Insofern kann der bundesgerichtlichen Argumentation teilweise gefolgt werden, wonach es sich bei dieser Fotografie – gemäss BGER: «banalen Knipsbild» – nicht erkennen lasse, dass der bestehende Gestaltungsspielraum weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt worden sei, so dass sich die Fotografie nicht «vom

allgemein Üblichen abhebt» (E. 2.3, vgl. auch «Marley»-Entscheid E. 4.5). Dennoch wäre nicht die Fotografie mit ihren spezifischen fototechnischen Kriterien, sondern primär die Inszenierung mit den erwähnten stilistischen Mitteln zu beurteilen gewesen. Und dabei könnte man dieser durchaus im Sinne der obigen Ausführungen eine Werkqualität zusprechen.

Zusammenfassung

«Fotografien» werden auch heutzutage noch weitgehend im herkömmlichen Sinne verstanden, und es wird ausser Acht gelassen, dass Fotografien häufig mittels fotografischen Mitteln erzeugte Bilder sind. Dies hat auch die rechtliche Rezeption zu beachten. Basierend auf den bildtheoretischen Erkenntnissen zeigt der Beitrag auf, wann es sich um eine «reine» Fotografie und wann es sich um ein eigentliches Bild handelt. Dies ist für das grundlegende Verständnis des «Phänomens» Fotografie und die Zuordnung zu den urheberrechtlichen Werkkategorien notwendig. Dabei ist festzustellen, dass die Werkkategorie der fotografischen Werke nicht für alle «Fotografien» gelten kann, weshalb die abgebildete Inszenierung als eigenständige Werkkategorie vorgeschlagen wird. Diese ist nach anderen als den fotografischen Kriterien zu beurteilen. Zudem sind aus der Erkenntnis, dass «Fotografien» vielfach Bilder sind, dann die dafür werkadäquaten Kriterien anzuwenden. Aufgrund dieser Setzung dürften einige fotografisch aufbereitete Werke nunmehr in den Genuss des Urheberrechtsschutzes kommen, der ihnen bisher – auch aufgrund der neusten Rechtsprechung – eher verwehrt war. Es wird zudem dafür plädiert, dass das urheberrechtliche Schutzniveau nicht zu tief angesetzt wird, womit allerdings vielen «Alltagsfotos» keine Werkqualität zugesprochen werden kann, da und soweit darin kein künstlerisch-ästhetischer Mehrwert erkennbar ist.

²⁰⁴ Vgl. zum Bildzitat PLÜMACHER (Fn. 58), 140.

²⁰⁵ OGer ZH vom 19. November 2001, E. 4. a.

²⁰⁶ Vgl. dazu W. FÄHNDEES, Neue Sachlichkeit, in: H. van den Berg/W. Fährnders (Hg.), Metzler Lexikon Avantgarde, Stuttgart 2009, 227.

²⁰⁷ Vgl. Ziff. IV.4.b.

²⁰⁰ Vgl. Ziff. IV.2.

²⁰¹ Vgl. Ziff. III.2.d.

²⁰² Zur Fragwürdigkeit dieses Kriteriums vgl. Ziff. II.2.

²⁰³ Vgl. Ziff. IV.4.a.

Résumé

Le terme «photographie» est aujourd'hui encore largement compris dans son sens conventionnel; or, on oublie que souvent, les photographies sont des images créées avec des moyens photographiques. Le droit doit également tenir compte de cette réalité. Sur la base de constatations de la théorie des images, la présente contribution précise quand l'on a affaire à une «pure» photographie et quand il s'agit en réalité d'une image. Cela est important pour une bonne compréhension du

«phénomène» photographie et pour le classement dans les différentes catégories. Dans ce cadre, il faut constater que la catégorie des œuvres photographiques ne peut pas valoir pour toutes les «photographies», raison pour laquelle une catégorie propre est proposée pour les mises en scène photographiées. Il convient d'évaluer ces dernières sur la base d'autres critères que ceux appliqués dans la photographie. De plus, il découle du fait que les «photographies» sont souvent des images qu'il faut leur appliquer les critères de cette catégorie d'œuvres. Sur cette

base, certaines œuvres basées sur des photographies pourront dorénavant jouir de la protection du droit d'auteur, laquelle leur était jusqu'à présent généralement refusée – notamment en raison de la jurisprudence la plus récente. On plaidera également pour que le niveau de protection ne soit pas fixé trop bas; on ne pourra faire miroiter la qualité d'œuvre à de nombreuses «photos de tous les jours» dans la mesure où aucune valeur ajoutée d'ordre artistique et esthétique n'est reconnaissable.