



Christoph Schütz, Medienwissenschaftler, Fotograf und Verleger, Koordinator der Arbeitsgruppe Lichtbildschutz (www.fotografie-urheberrecht.ch)

Der Lichtbildschutz beseitigt die Rechtsunsicherheit im Umgang mit Fotografien

Ein Blick auf den aktuellen Stand der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes

Résumé La révision en cours de la loi sur le droit d'auteur, actuellement débattue devant les chambres fédérales, devrait permettre de remédier au flou juridique concernant l'utilisation des photographies. L'auteur, partisan de l'introduction prévue de la protection de la photo, explique en détails ce que cette nouveauté apporterait et contrecarre les arguments de ses opposants.

I. Einleitung

Der Bundesrat hat mit seiner am 22. November 2017 veröffentlichten Botschaft zur URG-Revision¹ seinen bereits im Entwurf von 2015 geäusserten Willen bekräftigt: Der Rechtsunsicherheit beim Umgang mit Fotografien soll ein Ende gesetzt werden, der Lichtbildschutz soll künftig auch in der Schweiz gelten. Der zwischen Nutzern und Urhebern zäh verhandelte aber schliesslich im März 2017 erzielte Kompromiss der AGUR12-II steht vor der Debatte in den eidgenössischen Räten, zwei Kommissionen des Nationalrates haben sich bereits mit dem Geschäft befasst. Die Hoffnung ist intakt, dass die Politik dieses auf ein Minimum reduzierte Paket an Verbesserungen im Urheberrecht gutheissen wird. Die Materie ist – nicht nur im Bereich Fotografie - komplex, deshalb soll möglichst grosse Klarheit geschaffen werden, welche konkreten Änderungen sich durch die URG-Revision für die Praxis ergeben. Dieser Artikel versucht dies für den Bereich Fotografie aufzuzeigen.

II. Werkschutz oder Leistungsschutz

Die Botschaft des Bundesrates schlägt die Verankerung des Lichtbildschutzes in Art. 2 URG vor:

Art. 2 Abs. 3^{bis}

^{3bis} Fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte gelten als Werke, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben.

Die um rund die Hälfte kürzere Schutzdauer als bei individuell gestalteten Fotografien soll wie folgt geregelt werden:

Art. 29 Abs. 2 Bst. a^{bis} und Abs. 4

2 Der Schutz erlischt:

¹ <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2017/2017-11-22/bot-d.pdf>

a^{bis} 50 Jahre nach der Herstellung für fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte, wenn die Wiedergaben keinen individuellen Charakter haben;

⁴ Auf fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte sind die Artikel 30 und 31 nicht anwendbar, wenn die Wiedergaben keinen individuellen Charakter haben.

4 Die im Kompromiss der AGUR12-II enthaltene Variante schlug den Lichtbildschutz als reines Leistungsschutzrecht wie in den Nachbarländern vor, jedoch ausgestattet mit den Rechtstiteln des Werkschutzes:

5 Die reduzierte Schutzfrist wird in Artikel 39 geregelt:

Art. 34 a) Schutz von Fotografien ohne individuellen Charakter

1 Weisen Fotografien, sowie ähnlich wie Fotografien hergestellte Erzeugnisse keinen individuellen Charakter auf, so gelten die Art. 9-28 sinngemäss. Nachahmungen solcher Fotografien sind erlaubt.

Art. 39

1ter Im Fall von Fotografien und ähnlich hergestellten Erzeugnissen ohne individuellen Charakter (Art. 34a) beginnt der Schutz mit der Veröffentlichung oder mit der Herstellung, wenn keine Veröffentlichung erfolgt, der Schutz der Sendung mit deren Ausstrahlung; er erlischt nach 50 Jahren.

6 Grundsätzlich verfolgen beide Vorschläge dieselbe Stossrichtung: Jede von einem Menschen geschaffene Fotografie erhält Schutz vor unerlaubter Verwendung: Individuell gestaltete Fotografien sind bis 70 Jahre nach dem Tod des Autors geschützt, nicht individuell gestaltete nur rund halb so lang.

7 Im Detail unterscheiden sich die beiden Varianten in drei Punkten:

1. Schutzdauer

8 Die Schutzdauer des nun vorgeschlagenen Art. 29 Abs. 2 Bst. a^{bis} und Abs. 4 ist potenziell kürzer, da diese 50 Jahre *ab Herstellung* beträgt. Vorgesehen gemäss Kompromiss der AGUR12-II waren 50 Jahre *ab der ersten Publikation* oder der Herstellung, falls keine Publikation erfolgt ist.

9 Diese um potenzielle knapp 50 Jahre kürzere Schutzfrist mag die Autoren auf den ersten Blick schmerzen, zudem unterscheidet sie sich zur Regelung in Deutschland. In der Praxis eines durchschnittlichen Fotografenlebens erscheint aber auch diese Schutzfrist ausreichend, weil so die Verwertungshoheit über das eigene Schaffen 50 Jahre lang gegeben ist. Negativ auswirken würde sich dieser Unterschied höchstens, wenn zum Beispiel ein 80-jähriger Fotograf seine bisher nie publizierten, nicht individuell gestalteten Fotografien, die er als 25-Jähriger gemacht hat, erstmals veröffentlicht, für diese Bilder wäre der Schutz mit der vorgeschlagenen Lösung in Art. 29 Abs. 2 Bst. a^{bis} und Abs. 4 abgelaufen.

2. Zweidimensionale Objekte

10 Nach dem Willen des Bundesrates sollen Fotografien von 2-dimensionalen Objekten in der Schweiz (im Unterschied z.B. zu Deutschland) ungeschützt bleiben. Konkret bedeutet dies, dass reine, durch fotografische oder ähnliche Verfahren hergestellte Bildreproduktionen, schutzlos bleiben und also auch weiter kopiert werden können. Für auf Reproduktionen spezialisierte Fotostudios ist dies unerfreulich, weil so ihre zum Teil technisch und damit auch finanziell sehr aufwändige Arbeit von jedermann weiterhin ohne Erlaubnis und Entschädigung kopiert und vermarktet werden darf. Beim Gesetzgeber dürfte jedoch das Argument überwogen haben, dass das reine Duplizieren durch einen technischen Vorgang, also z.B. das Fotokopieren oder Einscannen eines Bildes keinen Werkschutz nach sich ziehen soll. Wie die Gerichte in Deutschland diesen Spagat zwischen sinnvollem Leistungsschutz und dem Zugang zu einem gemeinfreien Werk meistern, lässt sich hier nachverfolgen: <https://www.heise.de/foto/meldung/Wikimedia-will-Streit-ueber-Gemaelde-Fotos-vor-den-BGH-bringen-3740595.html>

3. Nachahmungsfreiheit

11 Bezüglich der Nachahmungsfreiheit von geschützten Fotografien enthielt der Vorschlag des AGUR12-II-Kompromisses explizit einen Hinweis darauf, dass nicht individuell gestaltete Fotografien nachgeahmt werden dürfen. Damit sollte vermieden werden, dass über den Lichtbildschutz ein Abbildungsmonopol z.B. eines Gebäudes erreicht werden könnte.

12 Die nun gewählte Lösung in Art. 2 Abs. 3^{bis} verbietet grundsätzlich Nachahmungen. Es existieren divergierende Ansichten, ob der Begriff der „Nachahmung“ eine gestalterische Individualität des zuerst erstellten Werks impliziert und damit eine nicht individuell gestaltete Fotografie aus juristisch-terminologischen Gründen gar nicht „nachgeahmt“ werden kann, oder ob hier tatsächlich Auslegungsprobleme lauern: Legt man den Begriff „Nachahmung“

umgangssprachlich aus, lässt sich nämlich auch eine nicht individuell gestaltete Fotografie sehr wohl nachahmen, nämlich in dem man dasselbe Objekt (z.B. das Berner Münster) vom selben Ort aus, zur selben Zeit und bei blauem Himmel mit denselben Kameraeinstellungen „nachfotografiert“. Ein über Art. 2 Abs. 3^{bis} verliehener, indirekter Objektschutz wäre sicher in niemandem Interesse, es wäre deshalb wünschbar, wenn in den Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 3^{bis} der gesetzgeberische Wille noch ausdefiniert würde.

III. Lichtbildschutz - und jetzt?

Wer sich eine Homepage eines Fotografen oder einer Bildagentur ansieht, trifft früher oder später auf einen Hinweis wie „Alle Fotografien sind urheberrechtlich geschützt“. Dass diese flächendeckend in der Schweiz vertretene Meinung nicht der aktuell gültigen gesetzlichen Grundlage entspricht, haben einige Fotografinnen und Fotografen spätestens dann schmerzhaft erfahren müssen, wenn sie vor Gericht abgeblitzt sind: Gisela Blau mit ihrem Meili-Bild (BGE 130 III 714), der Pressefotograf mit seinem Hayek-Bild (Urteil des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 29.8.2012, HOR 2011.22), die Vereinigung der Strassenverkehrsämter gleich mit Hunderten von Bildern (Urteil des Handelsgerichts des Kt. Bern vom 17. Juni 2015, HG 15 39). Diese Urteile² sind nicht nur selten, ihr Verdikt steht insbesondere in krassem Gegensatz zu den Standards im professionellen Bildermarkt einerseits, aber ebenso zu dem, was Herr und Frau Normalverbraucher eben selber auch als „normal“ betrachten: nämlich dass vor der Verwendung einer Fotografie der Autor um Erlaubnis gefragt und die Nutzungsbedingungen ausgehandelt werden. Diese Norm funktioniert denn auch in der Schweiz in den allermeisten Fällen von Bildnutzungen: Vor der Publikation einer Fotografie werden mit dem Rechteinhaber die Nutzungsbedingungen vereinbart, dies unabhängig davon, ob die Fotografie nun sogenannten individuell gestaltet ist oder nicht und damit auch geschützt wäre oder nicht. Diese etablierte Praxis ist denn auch der Grund dafür, dass in all diesen Fällen von Bildnutzungen der neu einzuführende Lichtbildschutz absolut keine Wirkung entfalten wird: Alles wird wie bisher funktionieren, aber Fotografen wie Nutzer erhalten Rechtssicherheit. Diese bereits nach der Logik des Lichtbildschutzes funktionierende Praxis ist wohl auch ein Grund, wieso es der Lichtbildschutz in den AGUR12-II Kompromiss geschafft hat und er auch von Nutzern wie *Schweizer Medien* oder dem *Schweizer Buchhändler- und Verlegerverband* (SBVV) unterstützt wird.

Bleiben die einzelnen Bildnutzungen, die ohne Erlaubnis und entsprechend auch ohne Entschädigung erfolgen. Unter dem aktuellen Recht sind diese Nutzungen vielleicht legal oder vielleicht auch illegal, aufgrund des schwammigen Schutzkriteriums „gestalterische Individualität“ kann dies niemand so genau voraussagen. Die Behauptungen der geschädigten Fotografen, man würde gegen Urheberrecht verstossen, kontern die oft durch Anwälte vertretenen Nutzer in der Regel mit Verweis auf die Schutzlücke im schweizerischen URG: „...es ist zweifelhaft, ob die verwendete Fotografie den Schutzvoraussetzungen von Art. 2 URG zu genügen mag, deshalb...“. Lenkt der Nutzer nicht doch noch ein und bezahlt das Bildhonorar, ist die Sache in den meisten Fällen zuungunsten der Fotografen erledigt, weil diese in der Regel weder willens noch ökonomisch in der Lage sind, für ein Bildhonorar von vielleicht 250 Franken einen langwierigen Prozess mit sehr ungewissem Ausgang auf sich zu nehmen. Genau an diesem Punkt, aber eben nur in diesen seltenen Fällen, wird künftig der Lichtbildschutz seine direkte Wirkung entfalten: Die Unsicherheit, ob eine Fotografie urheberrechtlich geschützt ist oder nicht, besteht künftig nicht mehr: Die Nutzer wissen, dass in jedem Fall ein Rechtclearing angezeigt ist und insbesondere, dass sie die bisherige Schutzlücke nicht mehr zur Abschreckung vor einer Rechtsdurchsetzung beziehen können. Neben dieser unmittelbaren Wirkung auf vor Gericht ausgefochtene Urheberrechtsstreitigkeiten kann auch eine indirekte auf das allgemeine Nutzerverhalten erhofft werden: Weil klar ist, dass alle Fotografien (von 3-dimensionalen Objekten...) geschützt sind, sinkt auch die Versuchung für unerlaubte Nutzungen.

Mit dem Lichtbildschutz will der Bundesrat also lediglich im Gesetz nachvollziehen, was sich in der Praxis des Bildermarktes schon lange etabliert hat. Auf den ersten Blick erstaunt deshalb, dass aus drei unterschiedlichen Richtungen der Lichtbildschutz mehr oder weniger frontal angegriffen wird.

IV. "Digitale" Allmend wünscht den Lichtbildschutz ins Pfefferland

Am lautesten tönt es von der „Digitalen Allmend“, die die Auswirkungen des Lichtbildschutzes auf die Praxis ganz anders beurteilt: Es drohe eine massive Abmahnwelle aus Deutschland, viele Bilder müssten aus dem Internet verschwinden, die Kulturschätze der online-Bibliothek der ETH Zürich ebenso, etc. Man kann es der Digitalen Allmend, die seit Jahren für eine generelle und weltweite Abschaffung des Urheberrechts wirbt, nicht übel nehmen,

2 Abrufbar auf http://fotografie-urheberrecht.com/urteile_deutsch.html

wenn sie konsequenterweise nun auch den Lichtbildschutz ins Pfefferland wünscht. Ihre über die Medien verbreiteten Argumente³ halten einer Überprüfung jedoch nicht stand: Eine Abmahnindustrie nach deutschem Muster (die sich nun ausser den abkassierenden Anwaltspraxen auch hier zu Lande niemand wünschen kann) ist gemäss der Auskunft diverser Urheberrechtsspezialisten bei uns nicht zu befürchten: Im Gegensatz zu Deutschland können einem Nutzer, der eine Fotografie ohne Rechthe clearing verwendet hat, keine vorprozessualen Gebühren in Rechnung gestellt werden. Entschliesst sich der Rechthe inhaber aber zu einem Gerichtsverfahren, wird er kein Interesse mehr haben, überrassene Forderungen zu stellen, weil er sonst riskiert, den Grossteil der Gerichts- und Parteikosten bezahlen zu müssen. Unbegründet ist auch die Angst von Andreas Von Gunten (Digitale Allmend), dass „Vieles von dem, was heute im Internet verfügbar ist“⁴ verschwinden würde: In der Botschaft des Bundesrates ist mit Art. 80 explizit geregelt, dass alle Fotografien, die vor Inkrafttreten des Lichtbildschutzes im Internet zur Verfügung stehen, weiterhin auf den entsprechenden Seiten bleiben dürfen:

Art. 80 Abs. 2:

Für das Zugänglichmachen von Fotografien ohne individuellen Charakter bedeutet dies, dass diese Verwendung weiterhin erlaubt ist, sofern sie unter altem Recht begonnen wurde.

- 17 Unzutreffend ist schliesslich auch die Behauptung von Andreas Von Gunten, dass Kulturschätze der online-Bilderbibliothek der ETH in Archive verbannt würden⁵. Die URG-Revision sieht hierfür sogar eine Ausweitung der Katalogfreiheit vor, die es der ETH-Bibliothek ermöglicht, ihre bisherigen und künftigen Bestände auch weiterhin im Internet zu präsentieren:

Art. 24e Bestandesverzeichnisse

1 Öffentliche sowie öffentlich zugängliche (...), Sammlungen und Archive dürfen in den Verzeichnissen, die der Erschliessung und Vermittlung ihrer Bestände dienen, kurze Auszüge aus den sich in ihren Beständen befindlichen Werken oder Werkexemplaren wiedergeben (...)

V. Die sonderbaren Argumente von Vertretern des Kunsthandels

- 18 In einem Kommentar in der NZZ⁶ haben sich Florian Schmidt-Gabain und in einer Radiosendung auf SRF2⁷ Sandra Sykora ebenfalls sehr negativ zum Lichtbildschutz geäussert. Beide arbeiten für den privaten Kunsthandel, ihre Kritik äussern sie jedoch im Namen der Museumsverbände VMS und ICOM. Gerade die Museen müssten jedoch ein vitales Interesse daran haben, dass die URG-Revision wie vom Bundesrat vorgeschlagen durchs Parlament kommt: Sie könnten verwaiste Werke neu nutzen (Art. 22b), die Katalogfreiheit würde ausgebaut (Art. 24e) und die Wissenschaftsschranke (Art. 24e) würde die Forschung an Kunstwerken erleichtern. Profitieren würden die Museen ebenso vom Lichtbildschutz, weil z.B. die von den Museen hergestellten Fotografien von Sammlungsgegenständen in der Regel nicht individuell gestaltet, damit ungeschützt und bisher von jedermann frei verwendet werden können; mit dem Lichtbildschutz würden die Museen die Verwertungshoheit über solche Fotografien behalten. Doch Sandra Sykora bekämpft den Lichtbildschutz u.a. mit folgendem Argument: „Wenn sie ein Objekt haben und das abfotografieren, das niemals urheberrechtlich geschützt war, kriegen Sie durch die Fotografie ein neues Urheberrecht auf ein z.B. mittelalterliches Gemälde oder ein mittelalterliches Objekt; damit können Sie im Prinzip die Gemeinfreiheit dieser Objekte komplett aushebeln.“ Diese Behauptung ist falsch, weil eine Fotografie *nie* ein Urheberrecht am fotografierten Gegenstand schafft, entsprechend bleiben gemeinfreie Bilder immer gemeinfrei. Unzutreffend auch Florian Schmidt Gabain: „Fotografien von Kunstwerken wären „unisono“ urheberrechtlich geschützt.“ In der Botschaft zur Vorlage ist zu lesen, dass reine Reproduktionen von zweidimensionalen Vorlagen eben gerade nicht geschützt werden sollen⁸ Fotografien z.B. von Skulpturen würden also geschützt, Fotografien von Bildern, aus denen (den Fotografien) keine 3-Dimensionalität ablesbar ist, jedoch nicht. Zugegeben: Wo genau die Grenze zwischen einem zweidimensionalen und einem dreidimensionalen Objekt zu ziehen ist, wird wohl ein Gericht in einem Grundsatzentscheid zu regeln haben.
- 19 Bleibt zu hoffen, dass die Museen ihre Position nochmals überdenken, anstatt die gesamte Vorlage mit dieser dürftig fundierten Kritik am Lichtbildschutz zu gefährden.

3 Artikel Aargauer Zeitung, aktualisiert am 7.12.2017: <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/neues-foto-gesetz-es-droht-eine-anklagewelle-aus-deutschland-131931925>

4 Siehe Fussnote 3

5 Siehe Fussnote 3

6 http://www.fotografie-urheberrecht.com/Artikel_NZZ_Replik_2018.pdf

7 http://www.fotografie-urheberrecht.com/SRF2_27_02_2018.mp3

8 Siehe Fussnote 1 Seite 29

VI. Die Kritik der Dogmatiker

Die anfängliche Zurückhaltung vieler Juristen gegenüber der Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz hat, - je länger dieser im Gespräch und damit keine Unbekannte mehr ist -, an Zustimmung gewonnen. Das entscheidende Argument hierfür ist der Gewinn an Rechtssicherheit. Auf der Homepage der Arbeitsgruppe Lichtbildschutz findet man mittlerweile eine beeindruckende Zahl von JuristInnen und ExpertInnen, die sich in Kurzstellungnahmen⁹ zum Lichtbildschutz äussern. Dennoch gibt es auch Juristen, die die gesetzeslogische Verankerung in Art. 2 mit „Systembruch“ oder „Katastrophe“ betiteln. In der Tat ist die Verortung des Lichtbildschutzes in Art. 2 störend; dass man dort schon früher für Computerprogramme ebenfalls eine Ausnahme geschaffen hat, ist keine überzeugende Rechtfertigung. Würde man den Lichtbildschutz in den verwandten Schutzrechten verankern, wäre zwar auch ein Systembruch zu beklagen, allerdings ein weniger gravierender. Man muss sich eingestehen, dass die Gesetzesstruktur für die Fotografie einfach keinen sinnvollen Platz vorgesehen hat. Da der Sinn und Zweck von Gesetzen jedoch nicht in der Aufrechterhaltung ihrer inneren Logik besteht, sondern darin, die Probleme des Alltags in den Griff zu kriegen, muss mit der Implementierung des Lichtbildschutzes wohl oder übel ein bisschen Systemwidrigkeit in Kauf genommen werden. Die acht EU-Staaten, die den Lichtbildschutz schon lange und mit Erfolg praktizieren¹⁰, sind daran ebenfalls nicht zu Grunde gegangen.

VII. Vergütungen

Ob und wie sich die Einführung des Lichtbildschutzes auf die gesetzlichen Vergütungen, z.B. die Leerträgervergütung, auswirken wird, wird sich erst in den paritätischen Tarifverhandlungen zwischen Nutzern und Verwertungsgesellschaften zeigen. Da schon heute die Fotografien in den Verteilungsregeln der Verwertungsgesellschaften enthalten sind, braucht es hier keine grundsätzliche Änderung. Diese Vergütungen richten sich nach dem vom Nutzer erzielten Ertrag der Werke; da die meisten der nicht individuell gestalteten Fotografien jedoch gar nicht auf eine Vermarktung ausgerichtet sind, ist hier trotz der quantitativen Zunahme an geschützten Fotografien nicht mit einer substantziellen Veränderung zu rechnen. Vordringliches Ziel des Lichtbildschutzes und Motivation für dessen Einführung war und bleibt die Rechtssicherheit.

VIII. Fazit

Die Arbeit an der URG-Revision dauert nun schon sechs Jahre, es ist ein wichtiges Geschäft mit vielen Akteuren in einem sich stetig wandelnden technologischen Umfeld. Im zweiten Anlauf hat sich die AGUR12-II zu einem Kompromiss zusammengerauft, auf dessen Grundlage hat das IGE jenen Vorschlag ausgearbeitet, den der Bundesrat nun den Räten zur Annahme empfiehlt. Die Hoffnung ist intakt, dass die Parlamentarier diesen Kompromiss als solchen akzeptieren und sich nicht von Lobbyisten zu Vorstössen drängen lassen, die die ganze Vorlage auf der Zielgerade noch scheitern lassen.

Zusammenfassung Mit der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes, die vor der Beratung in den eidgenössischen Räten steht, soll die herrschende Rechtsunsicherheit beim Umgang mit Fotografien beseitigt werden. Der Autor, Befürworter der geplanten Einführung des Lichtbildschutzes, erklärt, was dieser im Detail bringt, und setzt sich mit den Argumenten der Gegner dieses Instruments auseinander.

⁹ http://fotografie-urheberrecht.com/Juristen_fuer_Lichtbildschutz.html

¹⁰ Deutschland, Österreich, Italien, Dänemark, Schweden, Norwegen, Tschechien und Estland