

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

Was folgt auf die Totgeburt von Art. 37a E-URG?

Ein Plädoyer zur Einführung eines Lichtbildschutzes nach europäischem Vorbild im Rahmen der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes

Résumé En Suisse, en cas d'utilisation illicite, les photographies qui ne sont pas individualisées ne sont protégées ni par le droit d'auteur, ni par le droit de la concurrence déloyale, comme le démontrent les jugements à ce sujet. Dans le cadre de la révision actuelle de la Loi fédérale sur le droit d'auteur (LDA), le Conseil fédéral veut combler cette « lacune non justifiée ». Cependant, la disposition spéciale de l'art. 37a concernant les photographies de presse, proposée dans le projet, a été refusée par toutes les parties pendant la prise de position – à raison, selon l'auteur. Il défend la protection de la photographie appliquée avec succès en Allemagne et dans d'autres pays européens depuis des années.

Einleitung

In der Schweiz sind Fotografien nach wie vor nur dann vor Bilderklau geschützt, wenn sie so genannt *individuell gestaltet* sind. Ob überhaupt und wie das Kriterium der *individuellen Gestaltung* auf Fotografien sinnvoll angewendet werden sollte, darüber wurden in den vergangenen 15 Jahren zig Debatten geführt und Fachartikel verfasst; bei letzteren besteht – im Unterschied zum Untersuchungsgegenstand – immerhin die Gewissheit, dass sie urheberrechtlich geschützt sind... Nach den Bundesgerichtsentscheiden „Bob Marley“ (BGE 130 III 168) und „Meili“ (130 III 714) hat im Sommer 2012 das Handelsgericht Aargau mit dem „Hayek“-Urteil (Entscheid vom 29. 8.2012; publiziert in sic! 6/2013, S. 344 ff.) eine weitere Scherbe auf den Haufen gelegt, damit immerhin Kohärenz an den Tag gelegt und dafür gesorgt, dass die Rechtsunsicherheit nach wie vor Bestand hat. Sich in Sicherheit über die Rechtsunsicherheit zu wissen, mag für Anwälte beruhigend, da geschäftsfördernd sein, für Fotografinnen und Fotografen wie auch für Verleger und andere Nutzer ist ein solcher Zustand schlecht, und zudem ist er rechtsstaatlich bedenklich. Die sechs wichtigsten Branchenverbände der Bildschaffenden in der Schweiz (SBF, vfg, USPP, impressum, syndicom, SAB) haben sich deshalb vor drei Jahren in der *Arbeitsgruppe Lichtbildschutz* vereint, um dieser Rechtsunsicherheit mit der Einführung des immerhin in acht europäischen Ländern bereits praktizierten „Lichtbildschutzes“ ein Ende zu setzen. Der Lichtbildschutz schützt *jede* Fotografie, also insbesondere die nicht individuell gestaltete, vor unerlaubter Nutzung. Der Lichtbildschutz schützt – im Unterschied zum Werkschutz gemäss Art. 2 URG – jedoch *nicht* vor Nachahmung. Geschützt ist nicht eine *geistige* Leistung, sondern das Resultat einer Arbeit.

Harsche Kritik an Art. 37a E-URG

In der von Bundesrätin Sommaruga eingesetzten Arbeitsgruppe Urheberrecht (AGUR 12) hat dem Lichtbildschutz eine einzige Stimme gefehlt, um in den Revisionsentwurf des URG aufgenommen zu werden. Das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) hat deshalb den Lichtbildschutz nicht in die Vernehmlassung schicken können, jedoch den Handlungsbedarf anerkannt und einen eigenen Vorschlag kreiert. Dieser sollte offenbar dort ansetzen, wo der Schuh nach Einschätzung des IGE am meisten drückt, bei der Pressefotografie:

Art. 37a E-URG:

1 Der Hersteller oder die Herstellerin einer Pressefotografie hat so lange das ausschliessliche Recht, die Pressefotografie zu vervielfältigen, anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten, wie diese für die aktuelle Berichterstattung von Interesse ist.

2 Pressefotografien sind Fotografien, deren Gestaltung keinen individuellen Charakter aufweist und die zur Illustration von journalistischen Beiträgen verwendet werden.

Dieser Vorschlag wurde in der Folge zu Recht von allen Seiten massiv mit Kritik eingedeckt: Der Artikel sei systematisch am falschen Ort, man könne nicht die Pressefotografie mit einer Sonderregelung privilegieren, die Begriffe seien schwammig und neue Abgrenzungsprobleme damit vorprogrammiert, die Definition in Absatz 2 sei

unbrauchbar, der Artikel stünde im Widerspruch zu Art. 28a URG, man könne nicht eine unbestimmte Schutzfrist einführen, der Artikel sei schlecht redigiert, werfe mehr Fragen auf, als er beantworte, und würde nicht zur Rechtssicherheit beitragen.

4 Nach der Lektüre der rund 60 online verfügbaren Stellungnahmen wichtiger Interessensvertreter ist klar: Diesen Art. 37a E-URG will niemand. Analysiert man die Stellungnahmen im Detail, lassen sie sich in zwei unterschiedlich motivierte Gruppen einteilen:

5 Die eine Gruppe will die nicht individuell gestalteten Fotografien urheberrechtlich weiterhin als Freiwild behandelt sehen und verweist für den Missbrauchsfall auf Art. 5 lit. c UWG. Sie lehnt nicht nur den zur Diskussion stehenden Art. 37a des Entwurfs (E-URG) ab, sondern will aus Prinzip kein Leistungsschutzrecht für (Presse)fotografien. Sie erteilt damit implizit auch dem Lichtbildschutz eine Absage. Zu dieser Gruppe gehören u.a. der Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer, *economiesuisse*, der Gemeindeverband, der Städteverband, die SP Schweiz und neuerdings auch der Verband Schweizer Medien (VSM).

6 Die zweite Gruppe kritisiert Art. 37a E-URG ebenfalls mit den oben aufgeführten Argumenten, begrüsst es jedoch, dass der Bundesrat die Schutzlücke erkannt hat und mehr Rechtssicherheit schaffen will. Sie schlägt hierfür jedoch den Lichtbildschutz als die bessere Lösung vor. Zu dieser Gruppe gehören u.a. *suisseculture*, *Pro Litteris*, der Gewerkschaftsbund, der Buchhändler- und Verlegerverband, *Musikschaffende Schweiz* sowie sämtliche Fotografenverbände.

7 In den Stellungnahmen beider Gruppen tauchen oft dieselben Textbausteine auf, und rund ein Drittel der analysierten Stellungnahmen äussert sich nicht zu Art. 37a E-URG. Dies zeigt, dass sich nur wenige Exponenten wirklich in die Materie eingearbeitet haben. Im Folgenden werden deshalb – mit Ausnahme des VSM – weniger die Positionen einzelner Exponenten hinterfragt, sondern primär die zugrundeliegenden Argumente pro und contra Leistungsschutzrecht für Fotografien diskutiert.

Die Mär mit dem UWG

8 Als wichtigstes Argument führen die Gegner des Leistungsschutzes seit Jahren ins Feld, die unerlaubte Nutzung von nicht übers URG geschützten Fotografien könne via Lauterkeitsrecht sanktioniert werden. Doch bereits bei der Konzeption dieses Artikels war klar, dass mit Art. 5 lit. c UWG nur die allzu billige technische Übernahme eines marktreifen Produkts ohne eigenen Aufwand, also z.B. Raubkopien von Musik oder Filmen, unterbunden werden sollte und man nicht via UWG nicht urheberrechtsfähigen Arbeitserzeugnissen doch noch zu Schutz verhelfen wollte. In BGE 131 III 384 ff. hat das Bundesgericht diese Absicht bestätigt, indem es die 1:1-Übernahme von Immobilieninseraten auf eine Homepage als rechtens erklärt hat.

9 Jene, die sich bei einem offensichtlichen Bilderklau nach wie vor eine Sanktion durch das UWG erhofften, meinten, man müsste einmal einen konkreten Fall mit Fotografien beurteilen lassen. Dies übernahm am 17. Juni 2015 das Handelsgericht Bern: Die Vereinigung der Strassenverkehrsämter (asa) hatte für mehrere 10'000 Franken von Profifotografen Aufnahmen für einen Frage/Antwortkatalog zur Autoprüfung herstellen lassen und letzteren lizenziert. Ein Marktteilnehmer hatte keine Lust aufs Bezahlen, übernahm die Fotografien gratis und franko und tritt nun mit seinem eigenen Frage-/Antwortkatalog am Markt auf. Die Richterin beurteilte diese Fotografien zuerst als nicht urheberrechtlich geschützt und erklärte danach auch die Übernahme der Bilder in das Produkt des Konkurrenten als lauter. Wer auch nach diesem neuen, in *sic!* 2/2016 publizierten Urteil behauptet, Art. 5 lit. c UWG würde bei Bilderklau greifen, tendiert entweder zu Zynismus oder ist schlecht informiert. Die Wirkungslosigkeit von Art. 5 lit. c UWG im Fall von Bilderklau ist einer der Gründe, wieso das IGE Handlungsbedarf für eine neue Regelung sah.

Der Rückzieher des Verbands Schweizer Medien

10 Was bleibt, wenn Art.5 lit. c UWG nicht greift? Der VSM argumentiert, die Zusammenarbeit der Medienhäuser mit den Pressefotografen funktioniere ja gut und man würde – einige schwarze Schafe ausgenommen – die Bildnutzung unabhängig von der Werkqualität stets vergüten. Dies trifft zu: Der Autor dieses Artikels hat als freischaffender Fotograf selber rund 20 Jahre lang für diverse Schweizer Printmedien gearbeitet, ohne dass mit Hinweis auf eine fehlende *gestalterische Individualität* je ein Honorar für eine Fotografie verweigert worden wäre. Faktisch anerkennen die Verleger also einen Leistungsschutz für Fotografien. Zudem haben auch sie ein vitales Interesse, diesen gesetzlich zu verankern, weil in ihren Bildarchiven zig-Tausende von durch das URG nicht geschützte Fotografien liegen und sie deshalb bei einem Bilderklau heute genauso machtlos sind wie die Fotografen. Im Rahmen der AGUR 12 hat der VSM denn auch signalisiert, man würde sich nicht gegen die Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz stellen, aber sich auch nicht aktiv dafür einsetzen

Diese positive, jedoch passive Haltung ist nun in eine ablehnende gekippt: Der gegenwärtige Bildschutz im Medienbereich sei durch das geltende Urheber- und Lauterkeitsrecht ausreichend geregelt. Indem sie *de facto* den Lichtbildschutz zwar praktizieren, ihn *de jure* jedoch nicht wollen, schaffen sich die mit Anwälten gut vertretenen Medienhäuser eine hervorragende Ausgangslage in einem allfälligen Prozess mit einem Fotografen. So hat z.B. Ringier im eingangs erwähnten „Hayek-Fall“ einen Fotografen in die Knie gezwungen, der sich dagegen zu wehren gewagt hatte, dass die *Schweizer Illustrierte* eine seiner Fotografien der Familie Hayek publizierte, obwohl er dies – als vermeintlicher Inhaber der Urheberrechte – dem Verlag explizit untersagt hatte. Der Schlüssel zu Ringiers Erfolg vor Gericht lag in der „bewährten“ Schutzlücke des schweizerischen Rechts: Der Richter hat, der herrschenden Rechtsprechung folgend, das Bild als *nicht individuell gestaltet* eingestuft und damit als Freiwild deklariert. In diesem Fall besteht nun insofern Rechtssicherheit, als der Fotograf weiss, dass er an diesem von ihm erstellten Bild keine Rechte hat und auch nie irgendwelche gehabt hat.

Von Dogmatikern und Praktikern

Dass ein Fotograf an den Resultaten seiner Arbeitsleistung keine Rechte haben soll, wenn sein Bild nicht *individuell gestaltet* ist, und dieses damit von jedermann und für jeden beliebigen Zweck verwertet und überdies inhaltlich verändert werden darf, macht allerhöchstens noch für die strengen Dogmatiker unter den Urheberrechtsspezialisten Sinn. In der Praxis im digitalisierten Bildermarkt überwiegt (übrigens auch bei Ringier) der gesunde Menschenverstand, wonach immer noch der «Urheber» einer Fotografie entscheiden darf, wofür und zu welchem Preis sein Produkt genutzt werden darf. Genauso wie man im Baumarkt seine Backsteine mit dem Argument, diese seien zu wenig individuell gestaltet, auch nicht gratis abholen kann.

Abschied vom unseligen Kriterium der individuellen Gestaltung

Dass ein Rechteclearing nötig ist, bevor ein Nutzer (Presse-)Fotografien verwertet, hat auch der Bundesrat erkannt und im erläuternden Bericht zum vorgeschlagenen Art. 37a E-URG darauf hingewiesen, dass er nun diese „*ungerechtfertigte Schutzlücke*“ schliessen wolle. Bei Pressefotografien stünde das *Motiv* im Vordergrund und nicht die *Individualität der Gestaltung*, deshalb sollen Pressefotografien geschützt sein, solange diese für die aktuelle Berichterstattung *von Interesse* sind. Mit dieser konzeptionellen Überlegung entledigt er sich bezüglich der Schutzvorsatzung von (Presse-)fotografien endlich des unseligen Kriteriums der *individuellen Gestaltung* und priorisiert den so genannten *Nutzeransatz*. Dieser besagt, dass ein Produkt vor unerlaubtem Zugriff geschützt sein soll, weil an ihm ein potenzielles Nutzungsinteresse besteht. Dabei darf nie vergessen gehen, dass der leistungsrechtliche Schutz sich immer nur auf ein *konkret vorliegendes Bild* beschränkt und jedermann ein identisches Bild selber erstellen darf, dies im Gegensatz zu nach Art. 2 URG geschützten Fotografien, die nicht nachgeahmt werden dürfen. Für Fotografien – nicht nur Pressebilder – wäre ein genereller Schutz zudem besonders wichtig, weil mit der totalen Digitalisierung des Bildermarktes die früher bestehenden Nutzungshindernisse (Negative waren beim Fotografieren, Kopien kosteten Geld und waren schlechter als das Original) weggebrochen sind. Zudem lassen sich Fotografien nicht wie Filme oder Musik im Internet als kurze und damit kaum verwertbare Ausschnitte zeigen, sondern sie müssen als ganze Bilder und in einer für das Internet nutzbaren Qualität präsentiert werden.

Das IGE hat also mit seinen grundsätzlichen Überlegungen (weg vom Kriterium der individuellen Gestaltung, hin zum Nutzeransatz) genau jenen Richtungswechsel vollzogen, der das Potenzial hat, die Blockade beim Schutz von Fotografien zu lösen und endlich die erhsehnte Rechtssicherheit zu schaffen. Der letzten Winter präsentierte Art. 37a E-URG wäre mit Sicherheit im Parlament chancenlos, doch das IGE lässt sich hoffentlich davon nicht entmutigen. Gute Früchte erlangen ihre Reife bekanntlich im Herbst, und falls das IGE zur Überzeugung gelangt, man könnte das Problem einfacher und günstiger mit Importfrüchten lösen, stünde folgender Artikel zum Thema Lichtbildschutz bereit:

1 Lichtbilder sind Fotografien, sowie ähnlich wie Fotografien hergestellte Erzeugnisse, die in Bezug auf die Gestaltung keinen individuellen Charakter aufweisen und deshalb vom Schutz nach Art. 2 URG ausgeschlossen sind. Für sie gelten die Art. 9-28 URG sinngemäss.

2 Nachahmungen von Lichtbildern sind erlaubt.

Zugegeben: von Deutschland abgekupfert. Gesetze unterliegen jedoch nicht dem URG. Sieben weitere europäische Staaten leben gut mit einem solchen Leistungsschutzrecht, die anderen europäischen Staaten schützen aufgrund der EU-Richtlinie 2006/116 faktisch praktisch jede von einem Menschen gemachte Fotografie als Werk. Schweiz, worauf wartest du noch?

Christoph Schütz Was folgt auf die Totgeburt von Art. 37a E-URG?

Zusammenfassung In der Schweiz sind Fotografien, die nicht individuell gestaltet sind, vor Bilderklau nicht geschützt, weder urheberrechtlich, noch, wie Gerichtsentscheide zeigen, lauterkeitsrechtlich. Bei der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes (URG) will der Bundesrat diese „ungerechtfertigte Schutzlücke“ nun schliessen. Doch die im Entwurf vorgeschlagene Spezialbestimmung Art. 37a für Pressefotografien wurde in der Vernehmlassung von allen Seiten zerzaust – zu Recht, findet der Autor. Er tritt für einen Lichtbildschutz ein, mit dem Deutschland und andere europäische Länder seit Jahren gut leben.
