

Neues Urheberrecht für Fotografien – bearbeitete Version 2.2.2021

Bestandsaufnahme und einige kritische Gedanken

Reinhard Oertli*

Seit dem 1. April 2020 ist das Urheberrechtsgesetz in der durch das Bundesgesetz vom 27. September 2019 revidierten Fassung in Kraft. Neu sind nun Fotografien auch dann geschützt, wenn sie keinen individuellen Charakter aufweisen (Art. 2 Abs. 3^{bis} URG). Ein Schutz von Fotografien auch ohne individuellen Charakter war von professionellen Fotografen dringlich verlangt worden. Dessen Situierung als urheberrechtlicher Werkschutz wird allerdings dogmatisch als Stilbruch empfunden und wirft auch in der Anwendung diverse Fragen auf. Dazu gehören insbesondere Fragen des Schutzzumfangs (Schutz gegen Bearbeitung) und der Urheberpersönlichkeitsrechte des Fotografen.

Inhalt

Neues Urheberrecht für Fotografien – bearbeitete Version 2.2.2021	1
1. Neuer Schutz für nicht-individuelle Fotografien durch Art. 2 Abs. 3 ^{bis} URG	2
1.1 Grundsätzliches	2
1.2 Mindestmass an persönlicher geistiger Leistung	2
1.3 Aufnahmetechnik	3
1.4 Wiedergabe eines Objekts	3
1.5 Dreidimensionalität der wiedergegebenen Objekte	4
1.6 Wiedergabe auf zwei- oder dreidimensionalen Trägern	4
2. Die Rechte an fotografischen Wiedergaben	4
2.1 Entstehung des Urheberrechtsschutzes an Fotografien	4
2.2 Entstehung des Urheberrechtsschutzes beim Fotografen	5
2.3 Speziell: Arbeitnehmer als Fotograf	5
3. Die Rechte aus fotografischen Wiedergaben	5
3.1 Keine vollständige Gleichstellung der fotografischen Wiedergaben mit fotografischen Werken	5
3.2 Insbesondere: Enger Schutzbereich von fotografischen Wiedergaben	6
3.3 Erlaubte Verwendung durch Dritte	7
3.4 Urheberrechtlicher Schutz an veröffentlichten Fotografien	7
3.5 Erlaubnis zur Verwendung von Fotos durch Dritte	8
4. Neuer urheberrechtlicher Schutz anstelle des lauterkeitsrechtlichen Schutzes	8
5. Urheberrechtlicher Schutz des fotografierten Objekts und Rechte am abgebildeten Objekt	9
6. Übergangsbestimmungen	9
7. Rechtliche Folgen der Einführung eines Schutzes von fotografischen Wiedergaben	9
8. Zusammenfassung	10

1. Neuer Schutz für nicht-individuelle Fotografien durch Art. 2 Abs. 3^{bis} URG

1.1 Grundsätzliches

Gemäss dem neuen Art. 2 Abs. 3^{bis} URG sind nunmehr fotografische oder mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte auch dann - urheberrechtlich geschützt, wenn sie ohne den bewussten Einsatz von Gestaltungsmitteln und ohne geistige Überlegungen zur fotografischen Inszenierung, Auswahl usw. entstanden sind, d.h., wenn ihnen eine Individualität fehlt. Eine Fotografie muss also neu keines der in den beiden viel diskutierten Bundesgerichtsentscheiden «Bob Marley I» und «Wachmann Meili» aufgestellten Kriterien mehr erfüllen, um urheberrechtlich geschützt zu sein: Weder Wahl der gestalterischen Elemente, noch konkrete Anordnung der einzelnen Bildkomponenten, Zeitpunkt des Auslösens sowie Auswahl und Anordnung der abgebildeten Objekte («Bob Marley I», E. 4.5; «Wachmann Meili», E. 2.1), Grad der geistigen Gestaltung bei der Entstehung der Fotografie («Wachmann Meili», E. 2.2), oder «die gedankliche Vorbereitung eines Schnappschusses im Sinne einer Zurechtlegung vor dem geistigen Auge oder die reflektierte Auswahl einer Fotografie aus der Reihe von Schnappschüssen» («Bob Marley I», E. 4.5, 5.2). Neuerdings geschützt ist auch ein «banales Knipsbild», bei dem sich nicht erkennen lässt, dass der bestehende Gestaltungsspielraum in fototechnischer oder in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt worden ist, und das sich nicht «vom allgemein Üblichen abhebt». («Wachmann Meili», E. 2.3, vgl. auch «Bob Marley I», E. 4.5).

Dies gilt beispielsweise für Selfies, Knipsbilder und Gelegenheitsaufnahmen von Freunden und Familienangehörigen sowie Gegenständen, ohne dass es dem Fotografen auf die Wahl des Aufnahmeorts, des Kamerateyps, eines bestimmten Objektivs sowie von Feineinstellungen (wie Blende und Zeit) ankommt oder er eine besondere Auswahl trifft. Auch die Qualität des Bildes spielt keine Rolle, d.h. geschützt sind auch Porträts mit abgeschnittenen Köpfen und Füßen oder überbelichtete, verwackelte oder verschwommene Aufnahmen ohne jegliche gestalterische Absicht. Auch die Aufnahmen mit einer Smartphone-Kamera der ersten Generation, einer alten analogen Kamera oder einer LOMO-Kamera sind geschützt.

Auch der Zweck, zu dem die Aufnahme gemacht worden ist, spielt keine Rolle: Dokumentation, Berichterstattung, Reportage, Beweis, wissenschaftliche Untersuchung, Erinnerung, Werbung, politische Auseinandersetzung, Angriff gegen die Ehre, Verletzung der Privatsphäre, alles führt zu einer geschützten fotografischen Wiedergabe.

Es gibt somit also neu zwei Schutzstufen von Fotos unter dem URG, einmal (wie bisher) als fotografisches Werk (mit individuellem Charakter, nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g URG), und daneben bzw. darunter (neu) als fotografische Wiedergabe (ohne individuellen Charakter, nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG).

1.2 Mindestmass an persönlicher geistiger Leistung

Der Schutz nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG verlangt aber immer noch eine persönliche geistige Leistung eines Menschen i.S. eines Entscheids, diese konkrete Aufnahme zu machen. Fotokopien oder Scans von Texten oder bestehenden Bildern (siehe dazu Ziff. 4), Abzüge von bestehenden Negativen, Ausdrucke digital gespeicherter Aufnahmen usw. bleiben urheberrechtlich ungeschützt. Vollautomatisch erstellte Bilder wie etwa durch einen Bewegungsmelder ausgelöste Fotografien einer Überwachungskamera oder eines Geräts zur Geschwindigkeitsüberwachung geniessen den Schutz von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG ebenfalls nicht, ebenso wenig die Aufnahmen von dauerhaft instal-

lierten Dashcams, Webcams, Wettersatellitenkameras, fix installierten Kameras bei der automatischen Erstellung von Aufnahmen von Archiv- oder Museumsgut usw. Dies gilt auch dann, wenn der (ansonsten automatische) Aufnahmeprozess von einem Menschen gestartet und überwacht wird. Dieser Grundsatz führt auch zum Ausschluss von Urheberrechten an Fotografien, die durch versehentliches Drücken am Auslöser, durch Tiere (Fotofallen zur Wildtierbeobachtung) oder durch zufällige chemische oder gar durch paranormale Vorgänge etc. ausgelöst werden.

Dieser Ausschluss automatisch erstellter Fotografien ergibt sich aus der Einordnung der neuen Bestimmung in Art. 2 URG, in welchem der Schutzgegenstand aus der geistigen Leistung des Schöpfers heraus definiert wird⁸. Diese Schutzgrundlage entspricht auch der gesetzgeberischen Absicht, mit Art. 2 Abs. 3^{bis} URG vor allem die Rechtsstellung professioneller Fotografen zu stärken⁹.

Das vorne Gesagte spricht nicht dagegen, dass die Fotografie zwar mittels einer Maschine entsteht, diese aber durch Menschen derart programmiert wird, dass Zeitpunkt, Objekt, gewählter Ausschnitt usw. der einzelnen fotografischen Aufnahme dennoch durch einen Menschen bestimmt werden (dann besteht ein Schutz nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG), oder dass Zeitpunkt, Objekt, gewählter Ausschnitt usw. zwar durch die Maschine bestimmt werden, aber aufgrund der entsprechenden Programmierung der Maschine doch eine persönliche geistige Schöpfung des Programmierers vorliegt und in der resultierenden Fotografie Ausdruck findet, sodass rein Schutz nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g URG (nicht aber nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG) möglich ist.

Unabhängig vom Schutz der Fotografie kann das abgebildete Objekt selbst urheberrechtlichen Schutz genießen, sodass das resultierende Foto eine Wiedergabe des abgebildeten Werks darstellt (siehe dazu Ziff. IV).

1.3 Aufnahmetechnik

Bezüglich der gewählten Technik ist die neue Bestimmung offen formuliert: Art. 2 Abs. 3^{bis} URG setzt nur voraus, dass eine Wiedergabe durch Fotografie oder durch ein der Fotografie ähnliches Verfahren hergestellt worden ist. «Ähnliches Verfahren» bedeutet, dass mittels strahlender Energie Abbildungen von einem Objekt auf einem Träger erzeugt und dort fixiert werden. Dazu gehören nicht nur analoge und digitale Fotografien, sondern auch Röntgenbilder, Computertomografien und weitere bildgebende Verfahren. Auch der Einsatz einer Kamera ist nicht vorausgesetzt, d.h. ein Schutz besteht auch bei Rayogrammen, Camera-Obscura-Aufnahmen etc. Ob die Fixierung auf einem Träger oder im Träger selbst (wie bei der Cyanotypie) erfolgt, ist ebenfalls unerheblich.

Eine am Computer mittels elektronischer Befehle erstellte Visualisierung (virtual reality), CAD- oder CAM-Zeichnung, Bildschirmgestaltung etc. stellt keine fotografische Wiedergabe im Sinne des Art. 2 Abs. 3^{bis} URG dar, auch dann nicht, wenn die so geschaffene Grafik wie eine Fotografie wirkt, da sie vollständig durch elektronische Befehle, nicht durch strahlende Energie, geschaffen worden ist. Auch eine Komposition aus vorbestehenden Fotos (Fotocomposing) oder eine Bearbeitung einer bestehenden Fotografie (Photoshop) schafft eventuell ein neues urheberrechtlich geschütztes Werk der bildenden Kunst (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG), aber jedenfalls keine neue fotografische Wiedergabe.

1.4 Wiedergabe eines Objekts

Eine fotografische Wiedergabe muss ein Objekt wiedergeben, das vor und unabhängig von der Fotografie besteht. Menschen, auch der Fotograf selbst (Selbstporträt) und Tiere sind auch Objekte

i.S. von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG. Nicht vorausgesetzt ist, dass das Objekt dem menschlichen Auge sichtbar ist. Erfasst sind also auch Aufnahmen von elektrischen, elektromagnetischen oder anderen Strahlen. Bilder von Liebe, Hass oder anderen Gefühlen oder Gedanken, Geistwesen, verstorbenen Personen, paranormalen Vorgängen etc. können hingegen keinen Schutz als fotografische Wiedergabe nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG genießen, wohl aber evtl. als Fotomanipulation oder Trickaufnahme den Schutz als fotografisches Werk des Mediums, Manipulators und Tricksters nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g URG beanspruchen.

Eine am Computer mittels elektronischer Befehle erstellte Visualisierung eines Gegenstands (virtual reality), CAD- oder CAM-Zeichnung, Bildschirmgestaltung etc. stellt keine fotografische Wiedergabe im Sinne des Art. 2 Abs. 3^{bis} URG dar, da die Aufnahme kein unabhängig von ihr bestehendes Objekt wiedergibt, sondern der virtuelle Gegenstand erst geschaffen wird. Ein solches Bild kann aber, wenn die notwendige Originalität vorliegt, durchaus Urheberrechtsschutz nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g URG («andere visuelle Werke») genießen.

1.5 Dreidimensionalität der wiedergegebenen Objekte

Der Schutz nach Art. 2 Abs. 3^{bis} URG setzt ein dreidimensionales Objekt voraus, das abgebildet wird. Grundsätzlich nicht vom neu geschaffenen Schutz erfasst sind Fotografien, Fotokopien, Scans oder sonstige Wiedergaben zweidimensionaler Objekte. Die für den Schutz zentrale Abgrenzung zwischen zwei- und dreidimensionalen Objekten ist nicht schematisch, sondern nach dem Zweck der Abbildung vorzunehmen: Gemälde, Zeichnungen, Mosaiken, Pläne, Schriftstücke und Drucke u.Ä. werden i.d.R. wegen ihrer zweidimensionalen Erscheinung abgebildet. Allerdings können auch auf den ersten Blick zweidimensionale Objekte in ihrer dritten Dimension aufgenommen werden, wenn die Körnigkeit des Grundmaterials (Leinwand, Mosaiksteine) und der pastose Farbauftrag in der Fotografie sichtbar werden. Mehrere zweidimensionale Objekte, die in einem räumlichen Zusammenhang zueinander stehen, bilden zusammen ein dreidimensionales Objekt. Umgekehrt können an sich dreidimensionale Objekte in einem rein flächigen Ausschnitt aufgenommen werden. Die Wiedergabe eines zweidimensionalen Objektes wird nicht dadurch schutzfähig, dass sie auf einem dreidimensionalen Träger abgebildet wird (z. B. als Stoffmuster auf einem Möbel).

1.6 Wiedergabe auf zwei- oder dreidimensionalen Trägern

Vom Schutz erfasst sind auch mit einem fotografischen oder ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte, die selbst dreidimensionalen Charakter haben (fotogrammetrische Abbildungen, mit einem 3D-Drucker erstellte Wiedergaben).

2. Die Rechte an fotografischen Wiedergaben

2.1 Entstehung des Urheberrechtsschutzes an Fotografien

Der Urheberrechtsschutz entsteht automatisch, wenn das Foto geschossen wurde. Eine Registrierung bei einer staatlichen Institution ist weder möglich noch erforderlich. Auch das Anbringen des Urheberrechtszeichens © ist rechtlich nicht notwendig, aber dennoch zu empfehlen, weist es doch Dritte darauf hin, dass an diesem Foto Urheberrechte geltend gemacht werden und beachtet werden wollen. Und wenn ein Name hinzugefügt wird, zeigt dies, an wen sich ein Nutzungsinteressierter wenden kann, um eine Bewilligung zu erhalten.

Generell ist es aus Beweisgründen ratsam, zu dokumentieren, wer die Fotografie erstellt hat und wann. Denn für die Bestimmung der Schutzdauer von fotografischen Wiedergaben kommt es – ein Unikum im Schweizer Urheberrecht – auf das Datum der Erstellung an (Art. 29 Abs. 2 lit. a^{bis} URG). Dafür gibt es verschiedene Techniken (z. B. Eingabe in eine elektronische Sammlung mit authentischem Datumsstempel), neuerdings werden auch Lösungen unter Verwendung von Blockchains - angeboten.

2.2 Entstehung des Urheberrechtsschutzes beim Fotografen

Das Recht an der fotografischen Wiedergabe steht demjenigen zu, der Objekt, Ausschnittwahl und Zeitpunkt der Aufnahme bestimmt, auch wenn der Aufnahmevorgang durch einen Dritten (Fotografiegehilfen), durch eine Fernsteuerung oder durch einen mitgeplanten Drittfaktor ausgelöst wird. Es spielt also keine Rolle, ob der Fotograf am Auslöser einer Kamera drückt, einen Fotoautomaten bedient oder den Selbstauslöser einstellt. Wer den generellen Auftrag für die Aufnahme gegeben hat, wem die Kamera gehört und wer die Kosten für die Aufnahme trägt, ist unerheblich.

Eine Miturheberschaft ist bei fotografischen Wiedergaben nicht denkbar, ein Schutz von anonymen Aufnahmen nicht vorgesehen (Art. 29 Abs. 4 i.V.m. Art. 30 und 31 URG). Der Hersteller der Aufnahme muss individualisiert sein; anonyme Aufnahmen bleiben schutzlos.

2.3 Speziell: Arbeitnehmer als Fotograf

Die Rechte am Foto gemäss URG stehen originär dem Fotografen (Art. 6 URG) zu, auch dann, wenn dieser ein Foto im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit aufnimmt. Ohne vertragliche Regelung wird davon ausgegangen, dass diejenigen Nutzungsrechte an für den Arbeitgeber in Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten geschaffenen Aufnahmen auf den Arbeitgeber übergehen, welche dieser für seine Geschäftstätigkeit benötigt. Es wird daher dringend empfohlen, in Arbeitsverträgen ausdrücklich vorzusehen, dass sich der Arbeitgeber die Urheberrechte an Werken des Arbeitnehmers übertragen oder sich an diesen zumindest umfassende Nutzungsrechte einräumen lässt.

Auch zu empfehlen ist, dass Arbeitnehmer-Fotograf und Arbeitgeber periodisch gemeinsam eine Bestandsaufnahme über die Aufnahmen machen, welche der Fotograf geschaffen und an denen die Rechte an den Arbeitgeber übergegangen sind, unter Angabe des Datums der Herstellung der Aufnahme (für die Zwecke von Art. 29 Abs. 2 lit. a^{bis} URG).

3. Die Rechte aus fotografischen Wiedergaben

3.1 Keine vollständige Gleichstellung der fotografischen Wiedergaben mit fotografischen Werken

Die Rechtsinhaber an fotografischen Wiedergaben (ohne individuellen Charakter) geniessen zwar wesentliche Rechte in der gleichen Weise wie die Urheber von fotografischen Werken (mit individuellem Charakter). Das schliesst insbesondere das Recht auf Namensnennung des Fotografen und das Recht ein, darüber zu entscheiden, wann und wo die Bilder verwendet werden²⁷. Der Fotograf kann sich also der Veröffentlichung einer Kopie seiner Fotografie in einem ganz veränderten Zusammenhang, z. B. mit einer Kommentierung, welche seinen Intentionen zuwiderläuft, widersetzen.

Es erfolgt aber keine vollständige Gleichstellung zwischen fotografischen Wiedergaben gemäss Art. 2 Abs. 3^{bis} URG und fotografischen Werken gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. g URG. Art. 2 Abs. 3^{bis} URG stipuliert nur, dass fotografische Wiedergaben «als» Werke i.S.v. Art. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 1 URG «gelten», die neue Bestimmung macht sie nicht zu solchen.

Diejenigen Bestimmungen des URG, durch welche Werke in ihrem individuellen Charakter geschützt werden (z.B. Art. 11 Abs. 2 URG), können prinzipiell nicht auf fotografische Wiedergaben angewendet werden. Die Bearbeitung einer solchen Fotografie, soweit sie keine Vervielfältigung mit untergeordneten Abweichungen darstellen (siehe unter Ziff. 2), ist i.d.R. frei zulässig.


Eine Bearbeitung einer fotografischen Wiedergabe kann nicht zu einem Werk zweiter Hand führen, da es keinen im neuen Werk weiterhin erkennbaren individuellen Charakter des Ursprungswerkes gibt. Bearbeitungen von fotografischen Wiedergaben sind entweder selbst originäre fotografische Werke (Werke erster Hand) oder stehen ausserhalb des Urheberrechts.

Bei fotografischen Wiedergaben ohne individuellen Charakter ist die Schutzdauer kürzer (Art. 29 Abs. 2 lit. a^{bis} und Abs. 4 URG). Für individuelle fotografische Werke besteht der Schutz für 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers; fotografische Wiedergaben ohne individuellen Charakter sind für 50 Jahre ab dem Zeitpunkt der Herstellung geschützt. Es wird notwendig sein, zwischen Fotografien mit und ohne individuellen Charakter zu unterscheiden und für Letztere den Zeitpunkt der Herstellung festzulegen, um den Zeitpunkt des Verfalls in den Domainespublics durch Zeitablauf zu bestimmen.

3.2 Insbesondere: Enger Schutzbereich von fotografischen Wiedergaben

Bei fotografischen Werken ist jede Bearbeitung genehmigungsbedürftig, bei der trotz der Bearbeitung der individuelle Charakter des ursprünglichen Werkes noch erkennbar bleibt. Dies gilt auch für



Creative-Commons-Fotos, wenn ein Gleichheitszeichen  erscheint. Dieses Symbol bedeutet, dass der Urheber es verbietet, sein Werk zu bearbeiten bzw. zu verändern.

Der Schutzbereich von fotografischen Wiedergaben gegen Bearbeitung ist demgegenüber enger, da bei diesen ein individueller Charakter gerade nicht vorausgesetzt wird. Art. 2 Abs. 3^{bis} URG bietet prinzipiell nur Schutz gegen Vervielfältigungen der bestehenden Wiedergabe; Nachahmungen und Nachmachungen sind dagegen prinzipiell erlaubt. Sicher und in jedem Fall erlaubt ist die erneute Aufnahme desselben Objektes, auch wenn Blickwinkel und Einstellungen identisch sind. Bei Bearbeitungen einer bestehenden Wiedergabe ist entscheidend, ob es sich noch um dieselbe - Wiedergabe handelt, die dem ursprünglichen Entscheid des Fotografen zur Aufnahme zugrunde lag. Wenn die ursprüngliche Wiedergabe nur um unwesentliche Teile beschnitten wird, in einem anderen Format, in einem neuen Rahmen, in abgeschwächten Farben (wenn die Farben nicht gerade die Essenz der ursprünglichen Wiedergabe ausmachen), unscharf, mit kleinerer Auflösung vorhanden wird, liegt immer noch eine genehmigungsbedürftige Vervielfältigung vor. Andere als unwesentliche Änderungen genügen dagegen, um den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG zu verlassen. Wenn die vorbestehende Wiedergabe nur in einzelnen, unwesentlichen Teilen übernommen oder wenn wesentliche Teile der Wiedergabe wegetuschiert oder neu hinzugefügt werden, oder wenn die Wiedergabe in einen neuen, dominierenden Zusammenhang (Fotocomposing) gestellt wird, in dem sie nur noch eine untergeordnete Rolle spielt, ist die Bearbeitung nach der hier vertretenen Meinung nicht genehmigungsbedürftig, sondern frei zulässig. Dies ist heute besonders

relevant, weil digitales Bearbeiten (Photoshop) und Vermischen (Fotocomposing) von Fotos heute für jedermann technisch problemlos möglich ist.

Wenn durch die Bearbeitung einer fotografischen Wiedergabe ein neues Werk entsteht, handelt es sich dabei wie gesagt um ein Originalwerk (Werk erster Hand), nicht um eine Bearbeitung (Werk zweiter Hand, Art. 3 URG), da kein urheberrechtlich geschütztes Werk im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 2 bearbeitet worden ist. Es handelt sich aber jedenfalls nicht um ein neues fotografisches Werk, sondern um ein (durch andere Techniken als Fotografie) geschaffenes Bild.

Da fotografische Wiedergaben keinen individuellen Charakter haben, sind sie in der Regel auch nicht so eng mit der Persönlichkeit ihres Urhebers verknüpft, dass Fälle denkbar wären, bei denen eine wesentliche Bearbeitung den Autor derart in seiner Persönlichkeit verletzen würde, dass er sich ihr gestützt auf seine Urheberpersönlichkeitsrechte (Art. 11 Abs. 2 URG) widersetzen könnte.

3.3 Erlaubte Verwendung durch Dritte

Das vorne Gesagte bedeutet natürlich nicht, dass fremde Fotos unter keinen Umständen verwendet resp. weiterverbreitet werden dürfen. Eine Verwendung zum persönlichen Gebrauch und eine Weiterverbreitung im privaten Kreis, d. h. unter Familienangehörigen und engen Freunden, sowie im Schul- und Betriebsrahmen (Art. 19 Abs. 1 URG), sind prinzipiell zulässig. Dazu gehört aber i. d. R. nicht das Hochladen von Fotos ins Internet, auch nicht im Bereich von Facebook und ähnlichen Social-Media-Plattformen. Auch wenn der Kreis der Verbreitung auf auch sonst eng verbundene Personen beschränkt wird und die Weiterverbreitung ausgeschlossen wird, ist diese Schranke wegen der allgemeinen Nutzungsbedingungen der meisten Plattformen nicht anwendbar.

In jedem Fall erlaubt ist und bleibt die Nutzung von Fotos als Zitat (Bildzitat, Art. 25 URG) zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung, jedoch nicht nur zur schmückenden Illustration. Im Weiteren muss der Umfang des Zitats durch den Zitatzweck gerechtfertigt sein. Das heisst, man darf nur so viel eines Werkes als Zitat verwenden, wie für den konkreten Zweck erforderlich. Im Fall eines Bildes genügt in der Regel eine Wiedergabe in einem sehr kleinen Format (thumbnail) oder mit einer tiefen (groben) Auflösung. Erlaubt ist auch die Verwendung zur Schaffung von Parodien oder vergleichbaren Abwandlungen des Werks (Pastiches, Karikaturen etc., Art. 11 Abs. 3 URG). Ob sich die Schranke für Ausschnitte aus Medienberichten (Art. 28 Abs. 2 URG) auch auf Fotos bezieht, ist umstritten.

Relevant bleibt die Form, in welcher man auf Social-Media-Plattformen fremde Fotos teilt bzw. auf diese verlinkt. Sofern das Teilen in der Form einer Verlinkung durch sog. «Framing» erfolgt, ist dies urheberrechtlich unproblematisch. Anders ist es, wenn beim Teilen das Foto erneut gespeichert und hochgeladen wird und unabhängig vom ursprünglichen Foto weiter existiert. Eine solche Wiederveröffentlichung ist ohne Genehmigung und ausserhalb der urheberrechtlichen Schranken nicht zulässig. Ob das Einbetten fremder Werke auf der eigenen Website mittels automatischer Links durch sog. «Inline-Linking» – oder «Embedding» – zulässig ist, ist umstritten.


3.4 Urheberrechtlicher Schutz an veröffentlichten Fotografien


Als Grundsatz gilt, dass geschützte Fotos auch nach deren Veröffentlichung, z. B. auf der eigenen Website oder auf Social-Media-Plattformen wie Facebook, Snapchat, Instagram, Twitter usw., weiterhin urheberrechtlichen Schutz geniessen.

Aber jeder Nutzer einer Social-Media-Plattform hat deren Nutzungsbedingungen akzeptiert. So sieht etwa Facebook in Ziff. 3 der Nutzungsbedingungen vor, dass man an den hochgeladenen Fotos Facebook zu gewissen Zwecken gewisse Berechtigungen einräumt, wie etwa das Recht, diese zu verwenden, zu verbreiten, zu kopieren und öffentlich vorzuführen. Dass andere Facebook-Nutzer von dieser Rechteeinräumung an Facebook profitieren können, ergibt sich aus den Nutzungsbedingungen nicht. Auch wer eine Fotografie auf Facebook hochlädt und diese ohne einschränkende Einstellung allgemein öffentlich macht, gibt dadurch allein noch nicht sein Einverständnis dazu, dass die Fotografie von Dritten erneut hochgeladen wird. Dies ist anders bei Social Media wie Twitter oder bei Veranstaltungshinweisen und Werbebeiträgen, bei denen retweets und Weiterverbreitung gerade beabsichtigt sind.

3.5 Erlaubnis zur Verwendung von Fotos durch Dritte

Wenn der Fotograf oder Rechteinhaber ausdrücklich an einer möglichst breiten Verteilung seines Fotos interessiert ist, kann er sein Foto z. B. auch unter einer der Creative-Commons-

Lizenzen  veröffentlichen. Am weitesten geht die Veröffentlichung unter der Creative-

Commons-Zero-(CC0)-Lizenz , welche eine Weiterverwendung mit keinerlei Bedingungen verknüpft. Damit gibt er der Allgemeinheit bekannt, dass er an einer möglichst weiten und bedingungslosen Verbreitung interessiert ist.

Der Fotograf oder Rechteinhaber kann auch ausdrücklich auf das Urheberrecht an seinem Foto

verzichten, z. B. durch Anbringung des No-Copyright-Zeichens . Tut er das, können Nutzer das Foto kopieren, verändern, in neue Zusammenhänge stellen, verbreiten und zu allen, auch zu kommerziellen, Zwecken verwenden, ohne um Erlaubnis fragen zu müssen.

4. Neuer urheberrechtlicher Schutz anstelle des lauterkeitsrechtlichen Schutzes

Ursprünglich bestand die Erwartung, Fotografien könnten durch das lauterkeitsrechtliche Leistungsschutzrecht wirkungsvoll geschützt werden. Art. 5 lit. c UWG schützt das marktreife - Arbeitsergebnis gegen Übernahme und Verwertung als solches durch technische Reproduktionsverfahren ohne angemessenen eigenen Aufwand des Übernehmenden. Nach der unglücklichen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist unter anderem zu berücksichtigen, ob der Erstberechtigte seinen Aufwand für die Entwicklung seines Arbeitsergebnisses bereits amortisieren konnte. Nach der Auffassung des Bundesgerichts sollen weder der reine Bruttobetrag, die im Zusammenhang mit dem relevanten Arbeitsergebnis geübten Aufwendungen noch der tatsächlich betriebene Aufwand entscheidend sein, sondern dafür sei allein der für die erstmalige Herstellung der Daten objektiv erforderliche Aufwand massgebend. Die Kosten einer einzelnen Fotografie sind in der Regel nicht leicht zu bestimmen und nachzuweisen, und häufig sind sie bereits (durch eine Erstverwertung) amortisiert. Wo es dem Fotografen resp. seinem Rechtsnachfolger nicht gelingt, objektiv getätigte und für die Erstellung der Fotografie angemessene Aufwendungen, die noch nicht amortisiert sind, nachzuweisen, scheidet aber der Schutz einer Fotografie vor einem Kopieren nach Art. 5 lit. c UWG. Diese Bestimmung hat deshalb den Fotografen keinen wirklichen Schutz gebracht, was politisch zur Forderung nach Einführung eines Schutzes unter dem URG und im Ergebnis zur systemfremden Bestimmung von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG führte.

5. Urheberrechtlicher Schutz des fotografierten Objekts und Rechte am abgebildeten Objekt

Ob das abgebildete Objekt auch urheberrechtlich geschützt ist oder die abgebildete Person Persönlichkeitsrechte geltend machen kann, ist eine gesonderte Frage, die durch die neue Regelung im URG nicht berührt wird.

Das Fotografieren eines Objekts kann auch aus anderen Gründen verboten sein. Problematisch wird der Schutz an der fotografischen Wiedergabe z. B. zusammen mit dem Hausrecht eines Museums, welches der Museumsleitung erlaubt, die Verwendung bestehender Aufnahmen eines Objekts seiner Sammlung zu kontrollieren und das Erstellen neuer Aufnahmen zu verbieten. Wenn die bestehenden Aufnahmen wegen deren Urheberrechtsschutz nicht verwendet und neue Aufnahmen wegen des hausrechtlichen Verbots nicht gemacht werden dürfen, führt dies zu einem faktischen Schutz für ein an sich gemeinfreies Objekt.

6. Übergangsbestimmungen

Nach Art. 80 Abs. 2 URG ist die Anwendung des neuen Rechts auf neue Verwendungstatbestände gemäss Art. 9–11 URG beschränkt, die nach Inkrafttreten von Art. 2 Abs. 3^{bis} erfolgen. Bereits vor dem 1. April 2020 erfolgte und nach altem Recht zulässige Verwertungen bleiben erlaubt. Art. 80 Abs. 2 URG gilt auch für Verwendungen, die vor Inkrafttreten von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG begonnen wurden und ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig waren, die über den 1. April 2020 hinaus andauern resp. noch andauern. Als Folge der Technologieneutralität des Urheberrechts gelten die vorstehenden Grundsätze auch für Internetsachverhalte. Somit können sogar die nun geschützten Fotos auf einer Website belassen werden. Ob dies auch gilt, wenn die Website überarbeitet und erweitert wird, ist allerdings unklar.

7. Rechtliche Folgen der Einführung eines Schutzes von fotografischen Wiedergaben

Der neue Rechtsschutz von fotografischen Wiedergaben in Kombination mit der Verfügbarkeit von automatischen Bildsuchmaschinen, die das Internet nach verletzenden Abbildungen absuchen, wird Fotografen und Inhabern der Rechte an Fotografien zu mehr Durchsetzungskraft verhelfen. Es ist deshalb nicht (mehr) empfehlenswert, fremde Urheberrechte an Fotografien zu ignorieren und Abmahnungen unbeantwortet zu lassen, auch wenn sie aus dem Ausland (z. B. aus Deutschland) stammen. Insbesondere wird man sich als Verwender von Fotos, anders als bisher, gegen eine Abmahnung nicht mehr damit verteidigen können, dass die Fotografie wegen fehlender Individualität in der Schweiz nicht urheberrechtlich geschützt ist.

Eine Abmahnwelle, wie sie aus Deutschland bekannt ist, zeichnet sich aber dennoch nicht ab. Denn anders als in Deutschland können Anwälte in der Schweiz einem Nutzer, der ein Foto - unrechtmässig verwendet hat, nicht automatisch vorprozessuale Kosten in Rechnung stellen. Einen Anspruch auf Aufwendungsersatz wie nach § 97a Abs. 2 Ziff. 3 dUrhG kennt das Schweizer Recht nicht. Für einen Schadenersatz- oder Ablieferungsanspruch für entgangenen Gewinn oder ungerechtfertigte Bereicherung obliegt dem Rechteinhaber immer noch ein schwieriger Beweis, und dagegen stehen dem Nutzer immer noch diverse Abwehrargumente zur Verfügung. In jedem Fall sollte eine Unterlassungserklärung sorgfältig abgefasst resp. überarbeitet werden, bevor man sie unterzeichnet.

8. Zusammenfassung

Der neue Schutz von Fotografien ohne individuellen Charakter als sog. fotografische Wiedergaben wird Fotografen und Inhabern der Rechte an Fotografien sicher die Durchsetzung ihrer Rechte erleichtern, da es sie vom schwer zu erbringenden Nachweis des individuellen Charakters ihrer Fotografien befreit. Der neue Schutz kommt neben professionellen auch allen anderen Fotografen zugute, aber nicht von Überwachungskameras, Dashcams und Fotofallen aufgenommenen Fotografien. Der Schutz besteht nur für Fotografien von dreidimensionalen Objekten; eine noch so aufwändig gemachte Reproduktionsfotografie eines Gemäldes oder einer Urkunde bleibt nach wie vor schutzlos. Auch eine elektronische Visualisierung fällt nicht unter den neuen Schutz, mag das Resultat einer fotografischen Wiedergabe noch so nahekommen.

Fotografische Wiedergabe sind bezüglich des Schutzes Werken der Fotografie beinahe vollständig gleichgestellt, aber doch nicht vollständig: Die Schutzdauer ist kürzer (50 Jahre nach Herstellung anstatt 70 Jahre nach dem Tod des Schöpfers) und der Schutzbereich ist enger, da praktisch kein Schutz gegen Nachahmungen besteht. Insbesondere ist das Nachfotografieren desselben Objekts frei zulässig. Auch sind wesentliche Bearbeitungen von fotografischen Wiedergaben nach der hier vertretenen Meinung zulässig, dürfen dann aber nicht mehr unter dem Namen des Fotografen verwendet werden.

Der neue Schutz fotografischer Wiedergaben betrifft nicht nur deren Verwendung zu kommerziellen Zwecken, sondern auch nicht kommerzielle Verwendungen ausserhalb des privaten Kreises, z.B. in den Social Media. Verwendungen im privaten Kreis, im Schulunterricht und in Unternehmen sind auch bei fotografischen Wiedergaben erlaubt, ebenso Bildzitate oder die Verwendung für Parodien, Karikaturen oder Pastiches.

Natürlich gibt es auch Fotografen, die gerade an einer freien und möglichst weiten Verbreitung ihrer Aufnahmen interessiert sind. Diese müssen nun spezielle Hinweise anbringen, um die möglichen Verwender nicht abzuschrecken.

Generell wird die neue Bestimmung zu einem in rechtlicher Hinsicht sorgfältigeren Umgang mit Fotografien führen. Aber eine Abmahnwelle nach deutschem Vorbild zeichnet sich nicht ab. Die neue Bestimmung mag den Inhabern von Rechten an Fotografien die Geltendmachung ihrer Verbotsansprüche erleichtern. Aber die Voraussetzungen, um neben einem Verbotsanspruch auch einen Anspruch auf Schadenersatz, Gewinn- oder Bereicherungsablieferung durchzusetzen, sind nach wie vor hoch. Die «value gap» zwischen Omnipräsenz von Bildern und Entschädigung für Berufsfotografen bleibt also wohl im Wesentlichen unverändert.

Dr. Reinhard Oertli, LL.M.