

Regula Bähler, Rechtsanwältin Zürich, Dozentin in den Studiengängen Pressefotografie, Bildredaktion und Visual Multimedia Editor am Medienausbildungszentrum MAZ Luzern.
r.baehler@creativelaw.ch

Jenseits von Walter Benjamin und Bob Marley

Fotografie, kreative Kopie und ein paar urheberrechtliche Seitenblicke

Résumé Depuis son apparition en tant que 8^e art, la qualité d'œuvre d'une photographie au sens du droit d'auteur a donné lieu à de nombreuses discussions. Par ailleurs, l'avancée technologique a facilité la reproduction des œuvres, rendant leur exploitation toujours plus difficile pour les auteurs. Avec l'apparition de la copie numérique en tant que moyen de reproduction, les limites entre une œuvre et une imitation s'estompent, voire disparaissent. La manière de se référer à une œuvre, que ce soit par le biais d'une citation, d'une référence ou encore d'une adaptation de celle-ci est également remise en question. Toutefois, les critères permettant la «copie créative» restent les mêmes, tant pour la photographie que pour les autres œuvres protégées par le droit d'auteur.

I. Zum Urheberrechtsschutz der Fotografie

Die Begeisterung über die höchstichterliche Erkenntnis, woran nun der Werkcharakter einer Fotografie festzumachen sei – getroffen an einer Aufnahme des Reggae-Sängers Bob Marley¹ –, ist abgeflaut. In Kreisen der Pressefotografinnen und -fotografen sehr bald. Denn das Bundesgericht sprach kurz darauf einer Fotografie, welche den Wachmann Christoph Meili, Retter von Akten im Zusammenhang mit nachrichtenlosen Vermögen von Opfern des Nationalsozialismus, dokumentiert, den individuellen Charakter und damit die Werkqualität und den sich daraus ergebenden urheberrechtlichen Schutz ab: Der bestehende Gestaltungsspielraum sei weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt worden.² Auch die Diskussionen und Veranstaltungen im Gefolge der beiden Entscheidungen, vielfach unter dem Titel «Fotografie als Sorgenkind des Urheberrechts» stehend, sind mittlerweile Vergangenheit, wenngleich nicht einfach überholt. In der kritischen Auseinandersetzung sind jedenfalls Stimmen laut geworden, die heute noch zu hören sind.³

Ohne den ganzen Diskurs an dieser Stelle zu wiederholen: Den Kriterien, mit denen das Bundesgericht eine Fotografie auf das Niveau einer geistigen Schöpfung individuellen Charakters hebt, vermögen professionelle Fotografinnen und Fotografen nur halbwegs zu folgen. Sie kritisieren insbesondere den Ansatz, wonach der individuelle Charakter einer Fotografie in dieser selbst, als statistisch einmalige Bildgestaltung, zum Ausdruck kommen müsse. Denn hinter einer Aufnahme steckt oft mehr gestalterische Leistung, als sich direkt aus den tatsächlich ersichtlichen Bildelementen, welche den individuellen Charakter einer Fotografie ausmachen, herauslesen lässt.⁴ Fernab solcher Überlegungen sind die Zeitungs- und Buchverlage oder andere Produzenten bereit, für die Verwendung einer Fotografie auch zu zahlen, zumindest soweit sie Erstnutzer sind und soweit sie nicht das Ziel verfolgen, mit einer eher geringen Pauschalentschädigung sämtliche Teilnutzungsrechte zu erwerben. Die urheberrechtliche Argumentation setzt meist erst bei den Zweitnutzern ein, welche sich ungefragt einer veröffentlichten oder übers Internet zugänglich gemachten Fotografie bedienen. Diese behaupten, ebenso häufig wie reflexartig, bei der von ihnen genutzten Fotografie handle es sich nicht um ein urheberrechtlich geschütztes Werk, sondern um ein banales Knipsbild. Letzteres, das Knipsbild, hat argumentativ den Schnappschuss abgelöst, nachdem das Bundesgericht mit dem Bob-Marley-Entscheid der Lehre gefolgt ist und eingeräumt hat, dass sowohl «die gedankliche Vorbereitung eines Schnappschusses im Sinne einer Zurechtlegung vor dem geistigen Auge oder die reflektierte Auswahl einer Fotografie aus einer Reihe von Schnappschüssen eine geistige Leistung darstellen und, sofern sich diese im Werk niederschlägt, urheberrechtlichen Schutz begründen» könne.⁵ Ein Knipsbild dagegen erschöpft sich gestalterisch im Üblichen, sodass jede und jeder, mit einer Kamera ausgerüstet, in derselben Situation ein vergleichbares Bild machen würde.⁶

Weil das Wesen der Banalität ebenso wenig rechtlich fassbar ist wie jenes der Kunst – welch letzteres die Gerichte im urheberrechtlich-schutzfähigen Sinn meist stillschweigend über-

1 BGE 130 III 168.

2 BGE 130 III 714, insbesondere E. 2.3.

3 Vgl. u. a. Egloff, «Schnappschuss» als urheberrechtlich geschütztes Werk, Anmerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003 (4C.117/2003), *medialex* 2004, 99 ff.; Couchepin Romerio, Qualche riflessioni a margine della Sentenza «Bob Marley» del 5 settembre 2003 (4.C.117/2003-DTF 130 III 168), *NRCP* 2004, 105 ff.; Mosimann/Herzog, Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003, «Bob Marley», *sic!* 2004, 705 ff.; Studer, Wann ist der Foto-Schnappschuss ein Werk? – Endlich ein klärender Bundesgerichtsentscheid (BGE 130 III 168); http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_3186; Arnet, Die Fotografie – «Sorgenkind des Urheberrechts?» – Betrachtungen zum «Bob Marley»-Entscheid

des Bundesgerichts, *AJP* 2005, 67 ff.; Hug, Bob Marley vs Christoph Meili: ein Schnappschuss, *sic!* 2005, 57 ff.; Schütz, Fotografie und Urheberrecht, *medialex* 2005, 118 f.; Wild, Urheberrechtsschutz der Fotografie, *sic!* 205, 87 ff.; Schütz, Fotografie und Urheberrecht – Ein Sorgenkind im Wettstreit der Therapeuten, *sic!* 2006, 368 ff.

4 Vgl. u. a. Schütz, Fotografie und Urheberrecht, *medialex* 2005, 118 f.

5 BGE 130 III 168 E. 4.5, mit Hinweisen auf die Lehre.

6 Sinngemäss BGE 130 III 714 E. 2.3.

gehen – und weil sich die individuelle Eigenart nur in der Abhebung vom angeblich Herkömmlichen manifestiert, müssen sich die Recht Sprechenden auf die Suche nach dem Besonderen machen: nach fliegenden Locken, die an eine Skulptur gemahnen, oder nach einem Schattenwurf.⁷ Die Kunst liegt bekanntlich im Auge des Betrachters, weshalb auch derart autoritative Feststellungen Ausdruck des Willens der Mehrheit des entscheidenden Richterremiums sind, einer Fotografie urheberrechtlichen Schutz zuzusprechen oder zu versagen.⁸ Deshalb und aus weiteren Gründen fordern die einen, jede Fotografie unbesehen als urheberrechtlich geschütztes Werk zu behandeln;⁹ andere regen an, die Kommunikationssituationen – den Kontext der Präsentation oder die Rezeption – zu analysieren und würdigen;¹⁰ wiederum andere wollen den Schutz abstufen und den materiellen Wert einer Fotografie berücksichtigt wissen.¹¹ Schliesslich gibt es noch jene, welche unterscheiden möchten zwischen urheberrechtlich schutzfähigen Lichtbildwerken und Lichtbildern mit geringer Schöpfungshöhe, welche aber ein Leistungsschutzrecht beanspruchen können.¹²

Die nachfolgenden Erörterungen gehen von Fotografien als urheberrechtlich geschützten Werke aus, mit Blick auf die Veränderungen, welche die Reproduktionstechnologien für die Vervielfältigung von Werkexemplaren mit sich führen, vor allem aber auch für die Referenzkultur.

II. Fotografie und technische Reproduzierbarkeit

1. Erste technische Wegmarken

Die technische Reproduzierbarkeit oder die Suche danach stand schon am Anfang der Fotografie. In den Zwanzigern des 19. Jahrhunderts gelang es erstmals, Aufnahmen der Camera obscura zu fixieren. Ein gutes Jahrzehnt später hatte William Henry Fox Talbot ein Negativ-Positiv-Verfahren entwickelt, welches die Voraussetzungen für eine beliebige Zahl von Vervielfältigungen schuf. Tatsächlich wurde die Reproduktion von abgelichteten Werken der bildenden Kunst noch im 19. Jahrhundert zu einem einträglichen Geschäft. Ebenso die fast zeitgleich entstandene Daguerreotypie, auf lichtempfindlichen Metallplatten fixierte Bilder, die grundsätzlich als Unikate konzipiert waren, aber in mechanisierten, arbeitsteiligen Prozessen in grösseren Galerien und Ateliers in Auflagen bis zu tausend Exemplaren pro Tag hergestellt wurden. Ausserdem kamen die Visitenkartenfotos auf, kleinformatige Porträts, auf Karton aufgezogen, welche im Kreis der Familie und Bekannten ausgetauscht und in Alben eingeklebt wurden. Zum einen

handelte es sich um Abbilder der eigenen Lieben, darüber hinaus auch von Königinnen, Prinzgemahlen und anderen Prominenten, aber auch von Indianern oder irgendwelchen leicht bis gar nicht Bekleideten in eindeutig sexuellen Posen. Fussballer zählten noch nicht zu den Sujets, obwohl der erste Klub der Welt, der Sheffield F. C., 1857 gegründet worden war. Es sollte noch gut hundert Jahre dauern bis zum ersten Panini-Sammelalbum. Doch waren damals schon allein in England zwischen 1861 und 1867 jährlich um die 300 bis 400 Millionen Visitenkartenfotos in Umlauf gebracht worden. Ein Riesengeschäft.

An diesem Punkt der Reproduktion jedenfalls hakten die Gerichte ein, während die Auseinandersetzung um die Fotografie als Kunstform schon längst im Gange war. Das Turiner Handelsgericht befand 1861, dass der Fotograf nur gelernt habe, die Kamera ordentlich zu bedienen und «die chemischen Operationen für die Reproduktion auszuführen [...] Seine Kunst reduziert sich auf ein rein mechanisches Verfahren [...], ohne imstande zu sein, an die heranzureichen, welche die schönen Künste ausüben, in denen Geist und Imagination am Werk sind und manchmal auch Genie, das durch die Gebote der Kunst geformt wird»¹³. Ein Pariser Gericht hatte kurz zuvor erklärt: «Die Kunst des Fotografen besteht nicht in der Schaffung von Sujets, die seine eigenen Schöpfungen sind, sondern darin, Negative zu ergattern und von diesen Abzüge anzufertigen, durch die das Bild von Gegenständen mit mechanischen Mitteln sklavisch reproduziert wird.»¹⁴

Mit der Entwicklung der Trockenplatten in den 1860er-Jahren, welche erheblich kürzere Belichtungszeiten erlaubten und eine längere Haltbarkeit der Aufnahmen garantierten, sowie der Erfindung und dem Einsatz des Rollfilms um 1880 wurden die Grundlagen für eine Fotoindustrie geschaffen. Hinzu kam die Neuheit des Halbtoneasters, welcher dem gleichzeitigen Druck von Fotografien mit dem Text den Weg ebneten. Die Bilder mussten nicht länger eingeklebt oder über den Umweg von Holzstichen aufbereitet werden. Fotografisch illustrierte Zeitschriften kamen auf. Es entstand rund um die Fotografie eine ganze Industrie für mechanische und chemische Verfahren, auch auf Amateure ausgerichtet, welche mittlerweile die Fotografie als Freizeitbeschäftigung entdeckt hatten. Eastman brachte die legendäre Kamera Kodak Nr. 1 auf den Markt und bot gleich noch Entwicklungsdienste an: Über einen Händler wurde die Kamera ins Labor geschickt, worauf diese mit einem neu eingelegten Film und den entwickelten Negativen samt Abzügen zurück kam – entsprechend dem Werbeslogan aus dem Jahr 1889: «You press the button, we do the rest.» Fotografieren war nicht länger von der Kenntnis der entsprechenden Entwicklungs- und Bearbeitungsverfahren abhängig.

7 BGE 130 III 168 E. 5.2.

8 Vgl. Wild, der in der Abwägung der Argumente bzw. Beweisanzeichen mehr Methodenehrlichkeit und Transparenz fordert – in: Urheberrechtsschutz der Fotografie, sic! 2005, 86 ff.

9 Schütz, medialex a. a. O., 119.

10 Wild, sic! 2005, 87 ff.

11 Hug, a. a. O., 57 ff.

12 Vergleichbar mit der Regelung in Deutschland: § 2 I Nr. 5 UrhG (Lichtbildwerke) und § 72 I UrhG (Lichtbilder).

13 Tribunal de commerce, Turin, 25. Oktober 1861, zit. nach Edelmann, Le droit saisi par la photographie. Éléments pour une théorie marxiste du droit, erweiterte Ausgabe, Paris 1980, 35 – zit. in Tagg, Eine Rechtsrealität – Die Fotografie als Eigentum vor dem Gesetz, in: Wolf (Hrsg.), Paradigma Fotografie. Fotokritik am Ende des fotografischen Zeitalters, Band I, Frankfurt am Main 2002, 247.

14 Tribunal de commerce, Seine, 7. März 1861, zit. nach Edelmann bzw. Tagg, a. a. O.

2. Das Urheberrecht schützt zunächst den Verfertiger

Die Fotografie und die Verbreitung von Reproduktionen war zum Massenphänomen geworden, die Industrie rief nach einem stärkeren Schutz vor unbefugter Nachbildung, und jene Fotografen, die sich weniger der Abbildungstreue als dem Einsatz künstlerischer Mittel wie etwa der Unschärfe verpflichtet fühlten, verlangten einen Urheberschutz. Anders als im angelsächsischen Raum – in dem das Copyright, das Kopierrecht im wörtlichen Sinne, derjenigen Person zustand, welche Eigentümerin des Trägermaterials der Fotografie war – fand in Frankreich eine Art schöpferisches Subjekt Eingang ins Gesetz. Die seelenlose Maschine, als die Charles Baudelaire die Fotokamera bezeichnet hatte, wurde zum beherrschbaren Instrument, mit dem sich der schöpferische Mensch ausdrücken und gleichsam als Produzent das Verfügungsrecht über die kommerzielle Auswertung seines Werks sichern konnte – sofern letzteres die «unabdingbare Einprägung» besass, welche ihm «den Charakter der Individualität verleiht, den es benötigt, um Schöpfung zu sein»¹⁵.

In Deutschland verlieh das «Reichsgesetz betr. den Schutz der Photographieen gegen unbefugte Nachbildung v. 10. Januar 1876» (G 1876) dem Verfertiger das ausschliessliche und übertragbare Recht der Nachbildung, wobei der Verfertiger der Unternehmer war, welcher über die Platten und Vorrichtungen verfügte, um Aufnahmen herzustellen. Neben Originalfotografien, worunter «Aufnahmen nach der Natur» zu verstehen waren, konnten auch Reproduktionsfotografien von gemeinfrei gewordenen Kunstwerken Schutz gegen Nachbildung beanspruchen. Reproduktionsfotografien von urheberrechtlich geschützten Kunstwerken unterstanden jedoch dem Kunstschutzgesetz. Ein besonderer künstlerischer Wert war trotzdem nicht erforderlich. Hingegen musste jede Abbildung oder der dazu gehörige Karton mit dem Namen und Wohnort des Fotografen beziehungsweise des Verlegers versehen werden sowie mit dem Entstehungsjahr der Aufnahme.¹⁶ Auch in der Schweiz waren Formalitäten zu erfüllen, damit eine Fotografie in den Genuss des ihr im Werkkatalog zugestandenen urheberrechtlichen Schutzes kam.¹⁷ Dies alles für die äusserst kurze Schutzdauer von fünf Jahren, hierzulande wie in Deutschland.

Das Urheberrecht anerkannte Fotografien zwar als Werke eines schöpferisch tätigen Menschen, schützte damals aber vornehmlich die kommerziellen Ateliers und Verlage vor einer Weiterverwendung der von ihnen hergestellten Werkexemplare. Dazu gehörten nicht nur die zur Massenware gewordenen Porträts von Prominenten aus Kreisen des Adels, der Künstler oder der Halbwelt, sondern auch Stereokarten, Fotografien von Sehenswürdigkeiten und Stadtansichten, dicht nebeneinander

aufgenommen, die sich mit dem Blick durch ein Stereoskop zu einer räumlichen Darstellung zusammenfügen.

Mit dem Rasterdruck wurden auch die Illustrierten zu Massenmedien, der Fotojournalismus erwachte, und bald schon nach Anbruch des 20. Jahrhunderts kamen Verfahren der Bildtelegrafie zum Einsatz. Es dauerte bis 1925, bis die erste Kleinbild-Suchkamera, die Leica I, auf den Markt kam und die Pressefotografie revolutionierte. Der «König der Indiskreten» trat auf den Plan: Der Pressefotograf Erich Salomon, eigentlich studierter Jurist, nahm mit einer Vorläuferin der Leica I, einer für damalige Verhältnisse äusserst lichtstarken Ermanox, Zeitgenossen «in unbewachten Augenblicken» auf.¹⁸

3. Von der analogen Reproduktion zur digitalen Kopiertechnik

Weniger die Pressefotografie denn die Folgen der kommerziellen fotografischen Reproduktion von Werken der bildenden Kunst veranlasste Walter Benjamin, den Verlust der Aura solcher Objekte zu beklagen. Denn auch bei der «höchstvollendeten Reproduktion» falle «eines aus: das Hier und Jetzt des Kunstwerks – sein einmaliges Dasein an dem Orte, an dem es sich befindet»¹⁹. Die Reproduktion verliere die Einmaligkeit des Originals.

Das Besondere der Fotografie ist, dass sich deren Kopie nicht auf die technische Reproduktion bereits existierender Bilder beschränkt, etwa auf das Abfotografieren von Vorlagen oder auf Abzüge von einem Negativ. Die materielle Grundlage der Fotografie hat einen strukturellen Wandel bewirkt, der diese zu einem Medium macht, welches «direkt Kopien hervorbringt, ein Medium also, in dem die Vervielfältigungen ohne Original existieren»²⁰. Dieser Auffassung zufolge ist beispielsweise das Negativ einer Landschaftsaufnahme kein Original, sondern eine Kopie oder genauer: eine Reproduktion eines abgebildeten, realen Motivs.²¹ Diese kunsttheoretische Betrachtung trägt die Frage schon aus der Frühzeit des Mediums in sich, ob denn die Fotografie eines Bildes sich dessen Originalität aneigne. Wie auch immer: Die Problemstellung findet ihre Entsprechung noch im aktuellen Werkbegriff des Urheberrechts und steht und fällt mit dem Aspekt, ob eine derartige Abbildung einer geistigen Schöpfung individuellen Charakters gleich kommt, ob sich aus der Abbildung selbst ein Gestaltungswille herauslesen lässt. Insofern garantiert das Gesetz doch einen Originalbegriff.

Nebst der Geschichte der weiteren Automatisierung der Fotokameras, etwa durch integrierte Belichtungsmesser oder Wechselobjektive mit Autofokus, welche den Schöpfungsakt beeinflussten, wurden die Grundlagen der immer einfacheren Vervielfältigung mit der Entwicklung der Papierkopie revolu-

15 So der Cours de cassation, chambre civile I, 23. Juni 1959, zit. nach Edelman bzw. Tagg, a. a. O., 248.

16 Vgl. Ricke, Entwicklung des rechtlichen Schutzes von Fotografien in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der preussischen Gesetzgebung, Münster 1998, 111 f.

17 Rötthlisberger, Schweizerisches Photographenrecht, SJZ 1925, 265 – mit Bezugnahme auf das Urheberrechtsgesetz vom 5. Oktober 1883.

18 Salomon, Berühmte Zeitgenossen in unbewachten Augenblicken, Stuttgart 1931.

19 Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, Frankfurt am Main 1996, 11.

20 Krauss, Das Schicksalsministerium, in: Wolf (Hrsg.) a. a. O., 392.

21 Vgl. Holsbach, Kontinuitäten und Differenzen zwischen fotografischer und postfotografischer Medialität, http://medienkunstnet.de/themen/foto_byte/kontinuitaeten_differenzen/, 4 (29. 10. 2012).

tioniert – angefangen von den ersten Durchschlagsfolien aus Kohlepapier um 1900 über die Gelatinekopiergeräte bis zum Durchbruch der Xeroxgeräte in den vergangenen Sechzigerjahren. Noch gab es so etwas wie einen eingebauten Originalschutz, war doch jeder Kopiervorgang mit Qualitätsverlust verbunden. Das galt und gilt auch noch für andere Reproduktionstechniken wie des Scannens etwa, bei dem Papierdokumente und -abzüge in digitalisierte Bilder umgewandelt sowie gespeichert werden und auch der Bearbeitung zugänglich sind. Nach der Einführung der heliografischen Graviergeräte, die seit Anfang der letzten 50er-Jahre Klischees für den Druck herstellten, dauerte es bis 1974, bis mit dem CCD-Ship (Charged Coupled Device) die direkte elektronische Bildaufzeichnung, ohne Umweg über einen Scanner, möglich wurde. Allerdings blieb die mit dieser Technologie verbundene digitale Bildbearbeitung – abgesehen vom Einsatz zu wissenschaftlichen und militärischen Zwecken – bis weit in die 1980er-Jahre den größeren Agenturen und den Verlagen vorbehalten.

Erst mit der Verbreitung des Personal Computers und der fast jähren Öffnung des Internets, als 1993 der erste grafikfähige Browser die Darstellung von Webinhalten erlaubte, kamen nicht nur einzelne Fotografinnen und Fotografen, sondern auch die breite Allgemeinheit in die Lage, selbst Bilder in rauen Mengen zu speichern, zu bearbeiten und zu übertragen. Die Bildbearbeitungssoftware Photoshop, die sich etwa gleichzeitig als Industriestandard durchsetzte, wurde zunehmend auch für Fotoamateure erschwinglich. Zwar gilt diese gegenüber anderer Grafik- und Designsoftware immer noch als verhältnismässig teuer. Doch soll Photoshop zu den illegal meistkopierten Programmen gehören. Nicht deshalb, aber auch aufgrund von mittlerweile existierenden Alternativen, ist praktisch jedermann zum multimedialen Desktop Publishing fähig, sofern er sich ein wenig für die Anwendungsfunktionen seines Computers, Tablets und Smartphones interessiert.

III. Die digitale Kopie im Verhältnis zum Originalbegriff

Die digitale Kopie ist mit dem digitalen Original identisch. Das Duplizieren von Dateien führt zu keinem Qualitätsverlust, ausser beim fraktalen Komprimieren von Bildern – zum Beispiel über den MP3-Standard –, bei dem Zwischenfarben und -töne auf der Strecke bleiben, was aber von blossen Auge nicht wahrnehmbar ist.

Die Digitalisierung der Bilderwelt hat nicht nur die Möglichkeiten der Vielfältigkeit multipliziert, sondern stellt auch neue Anforderungen an die Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken und führt zu radikalen Umwälzungen der traditionellen Vertriebskanäle. Zumindest sind neue Berufsbilder und Geschäftsmodelle gefragt, im Bereich der Pressefotografie, der Galerien wie auch im Buchhandel. Dies im scharfen Gegenwind der im Internet weit verbreiteten Gratismentalität, welche von einem Teil der Nutzer zum Menschenrecht erklärt wird. Jedenfalls hat sich zwischen den Urheberinnen und Urhebern und den Medienunternehmen einerseits sowie unter den beiden im Verhältnis zu den Nutzern andererseits ein digitaler Graben geöffnet, was die Bewertung einer Kopie angeht. Auf der einen Seite stehen die Urheber mit Slogans wie «Autoren

schaffen Werke, Affen kopieren sie»²² oder «Kopien brauchen Originale»²³, auf der anderen Seite die Nutzer, welche den freien Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken im Internet mit kostenfreiem Zugang gleichsetzen.

Zu den letzteren zählen nicht nur jugendliche Fileshare Holder, sondern manchmal auch Kreative selbst. Sie plädieren gegen die «schädliche Fixierung des Kunstinteresses auf Originale» und gegen eine damit verbundene künstlerische Verengung des Blicks: «Es wäre schon viel erreicht, wenn man im Original künftig nicht mehr nur noch das Unmittelbare und Ursprüngliche suchte, sondern darin zugleich das Anfängliche, noch Unfertige und Unvollkommene sähe», meint der Kunsthistoriker Wolfgang Ullrich.²⁴

1. Ein typischer Fall von kreativen Ausflüchten

Einige verstehen dies als Aufforderung nicht nur zur freien Bearbeitung, sondern zur freien Nutzung überhaupt. Wie etwa jene Künstlerin, welche zwei Aufnahmen eines deutschen Fotografen, der sich als Dokumentarist der ehemaligen DDR einen Namen in der Medien- und Kunstwelt gemacht hatte, einfach telquel übernahm und mit einer Bildlegende versah. Die Abbildungen zeigten zwei Kandidatinnen der Leipziger Miss-Wahl 1989 – die eine vor dem mehrteiligen Geschirrservice in der Wohnwand posierend, die andere züchtig neben einem Mann auf einem Sofa sitzend, mit einem lebenden Hamster auf der Schulter und einem sorgfältig drapierten Plüschhund auf der Lehne. Diese erhielten nun die Titel «Paradiesvogel in der DDR» (ursprüngliche Legende: Sachbearbeiterin in einem Verlag) und «Trockene Alkoholiker in der DDR» (ursprüngliche Legende: Strassenbahnfahrerin).

Der «Paradiesvogel» lebt mittlerweile in der Schweiz und hat sich in der Kunstmarktbeilage einer Tageszeitung wiedererkannt, in der die «Bearbeiterin» und deren «künstlerisches Konzept» vorgestellt worden sind, nachdem die beiden Aufnahmen als Teil einer Bildstrecke vom Bundesamt für Kultur mit dem Swiss Art Awards ausgezeichnet worden sind. Die besagte Tageszeitung findet dafür folgende lobende Worte: «Diesem [...] typischen inneren Schaffensdrang einer Künstlerpersönlichkeit entgegengesetzt scheint die amateurhaft erscheinende Bildsprache, die ihre narrativen Fotos prägt. Doch gerade in scheinbar zufällig gefundenen, nicht künstlerisch inszenierten Abbildungen spürt XY unterschiedlichen Formen der Fiktionalisierung von Realität und von Ritualen nach, die sich in verschiedenen Konventionen ausdrücken.» Ein bisschen viel Scheinbares, scheint es.

22 Slogan des European Writers Congress EWC, 2010.

23 Informationskampagne des deutschen Bundesjustizministeriums sowie <http://kopien-brauchen-originale.de/> von sms – social media services GmbH.

24 Zitiert wird der Kunsthistoriker Wolfgang Ullrich mit seinem Werk «Raffinierte Kunst», in von Gehlen, Mashup – Lob der Kopie, 22 Fn. 8 und 9 mit Hinweisen auf die Fundstellen: Kretschmer/Kawohl, Das Fundament des Urheberrechts wankt, Neue Zürcher Zeitung vom 24. August 2007, sowie Lethem, «Autoren aller Länder, plagiirt euch!», Literaturen 6/2007, 59.

Jedenfalls hat, wie so oft, der Zufall die «zufällig gefundenen» und ohne Namensnennung des Urhebers verwendeten Fotografien zu Tage gefördert. Und der Verfasser des Artikels hat die beiden Aufnahmen entweder gar nicht angeschaut oder er hatte die Brille der Künstlerin aufgesetzt. Denn es handelt sich keineswegs um «nicht künstlerisch inszenierte Abbildungen» oder um «Amateurbilder», wie die Künstlerin selbst sich rechtfertigt. Darauf kommt es letztlich auch nicht an. Denn beide Schwarz-weiss-Aufnahmen sind nicht nur hochgradig inszeniert, was mit einem Blick erkennbar ist, sondern auch meisterlich gestaltet, vom gewählten Ausschnitt übers Licht bis zu den Kontrasten. Der urheberrechtliche Schutz dieser Werke besteht ohne geringsten Zweifel. Trotzdem reproduziert die Künstlerin diese ohne Zustimmung des Urhebers, als «Räuberleitern», wie sie sagt, für eine Reflexion über die Macht der Worte. Sie versuche mit subversiven Mitteln fragwürdige Bewertungssysteme in der realen Gesellschaft zu entlarven, indem sie absichtlich absurde Aussagen treffe.

Schade nur, dass diese Absurdität dem Auge des betrachtenden Urhebers der Fotografien verschlossen bleibt beziehungsweise durch eine andere verdrängt wird: nämlich jene, die aus eher weniger originell umformulierten Bildlegenden – eine andere schöpferische Leistung erbringt die Künstlerin individuell nicht – ein plumpes Plagiat macht. Und wer es unterlässt, bei solcher Art des Kopierens den Referenzrahmen zu benennen, schafft nicht nur Unverständnis, sondern untergräbt die eigene Glaubwürdigkeit.²⁵

2. Die Kriterien der kreativen Kopie und eine Zwischenfrage nach dem Zitatrecht

Aus diesem Grunde – und um der kreativen Referenzkultur mit ihren Techniken der Bezugnahme den Fortbestand auch unter digitalen Vorzeichen zu bewahren, genau 50 Jahre nach Andy Warhols Siebdrucken von 32 Suspendosen, welche für das Prinzip der seriellen Wiederholung statt der Originalität stehen – hat Dirk von Gehlen drei Kriterien für das kreative Kopieren aufgestellt: Zunächst sind Bezugssystem und Quellen offenzulegen. Ausserdem ist ein neuer zeitlicher, sozialer und räumlicher Kontext zu schaffen. Drittens muss dabei ein neues, eigenschöpferisches Werk entstehen.²⁶

Diese Kriterien stehen in naher Verwandtschaft zum Zitatrecht im Sinne von Art. 25 URG. Allerdings ist hierzulande die Streitfrage, ob es an Fotografien und überhaupt an Bildern ein Zitatrecht gebe, immer noch nicht durch ein richterliches Urteil entschieden. Die Lehrmeinungen driften auseinander, wobei jene, die ein Zitatrecht an Werken der bildenden Kunst bejahen, doch eher in der Überzahl sind.²⁷ Stellvertretend für

etliche Befürworter schraubt Lukas Friedli²⁸ aber die Anforderungen für das zulässige Zitieren von Werken der bildenden Kunst und vor allem von Fotografien etwas höher – weil Fotografien meist nur in ihrer Ganzheit zitiert werden. Im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck des Zitatrechts, der Förderung des geistigen Schaffens, dürfe das Zitatrecht an Bildern nur beanspruchen, wer selbst ein urheberrechtlich geschütztes Werk schaffe. «Ansonsten wäre es möglich, fremde Werke mit blossen Randbemerkungen, knappen Einleitungsworten oder sonstigen ›Garnituren‹ zu verwerten.»²⁹ So wie es im Copy- und Paste-Verfahren eben häufig praktiziert wird. Schliesslich erachtet es Friedli als unabdingbar, dass die zitierte Fotografie, wenn sie zur Veranschaulichung eines Textes dient, eine untergeordnete Rolle spielen muss. Sie darf weder in Übergrösse noch als reiner Blickfang verwendet werden.³⁰ Dass das Zitat als solches zu kennzeichnen, die Quelle offenzulegen und allenfalls der Urheber oder die Urheberin namentlich zu erwähnen ist, steht direkt im Gesetz³¹.

Zurück zur kreativen Kopie. Der deutsche Künstler Florian Freier zeigt auf Youtube, wie das Bild «Bahrain I» des Fotografen Andreas Gursky neu zu erschaffen ist. Das Ursprungswerk ist 2005 aus Luftaufnahmen der Formel-1-Strecke von Bahrain am Computer zu einem abstrakt anmutenden Bild zusammengefügt worden, weshalb es auch den Titel «The Eye of God» erhalten hat. Florian Freier hat sich 2009 für ein Remake dieses in der Entstehung und kostenmässig aufwendigen Bildes – abgesehen von Photoshop – ausschliesslich an Materialien und Standardsoftware bedient, die gratis im Internet zugänglich sind: Google Earth öffnen, auf den gewünschten Abschnitt der Rennstrecke zoomen, Bildschirmfoto erstellen, mit Photoshop bearbeiten, Drag & Drop, verschieben, die Ebenenmaske verschleiern und fertig ist das Bild «The Eye of God» – «Recreating Andreas Gursky (Google Earth Remix)», das in den wesentlichen Elementen kaum vom «Original» zu unterscheiden ist.

Freier beruft sich für das Remake nicht auf die Bewegung der Appropriation Art, welche unter Aneignung bestehender Werke neue schafft und den Akt des Kopierens und somit auch daraus entstehende Werk als Kunst bezeichnet. Aber er beansprucht urheberrechtlichen Schutz für den Remake, der nun als Kunstwerk die Ausstellungen durchwandert. Rechtlich führt die Diskussion zurück zum individuellen Charakter des Ursprungswerks wie auch von dessen kreativer Kopie. Die eingangs skizzierten Probleme mit der Beurteilung des Werkcharakters einer Fotografie sind damit nicht kleiner geworden, was aber nicht zu einer faktischen und rechtlichen Enteignung der Urheberinnen und Urheber in diesem Betätigungsfeld führen darf. Deren Anspruch auf eine angemessene Vergütung für die Nutzung der von ihnen geschaffenen Werke darf auch nicht durch pauschale Abgeltungen in Verbindung mit Zwangslizenzen unterhöhlt werden, wie etwa der in der aktuellen Diskussion wiederbelebten Kultur- oder Content-Flatrate – einer pauschalen Vergütung für die öffentliche Verbreitung digitaler Kopien von urheberrechtlich geschützten Werken, beispiels-

25 Vgl. von Gehlen, Das Genie in der Krise, Süddeutsche Zeitung vom 24. Februar 2010.

26 Von Gehlen, Mashup, a. a. O. 19 ff.

27 Ausführliche Darlegungen der unterschiedlichen Meinungen finden sich bei Friedli, Gibt es das Bildzitat im schweizerischen URG?, http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_4664; Ruedin, La citation en droit d'auteur. Étude de l'article 25 LDA dans son contexte constitutionnel et international, Bâle 2010, 219 ff.

28 Friedli, a. a. O., Rz 45 ff.

29 Friedli, a. a. O., Rz 46.

30 Friedli, a. a. O., Rz 49.

31 Art. 25 Abs. 2 URG.

weise auf der Basis der Geschwindigkeit der Internetzugänge, eingezogen und umverteilt durch die Verwertungsgesellschaften. Dadurch würde das Herzstück des Urheberrechts ausgehebelt, das ausschliessliche und vorwiegend durch das Urheberpersönlichkeitsrecht geprägte Recht der Urheberinnen und Urheber, zu bestimmen, ob, wann und wie ihre Werke öffentlich zugänglich gemacht werden sollen.

Zusammenfassung Seit ihren Anfängen hat die Fotografie und deren urheberrechtliche Werkqualität zu Diskussionen Anlass gegeben. Zudem hat die technisch einfach zu bewerkstellende Reproduktion die Auswertung fotografischer Werke durch die Urheberin oder den Urheber schon immer erschwert. Mit der digitalen Kopie als Form der Vervielfältigung sind die Grenzen zwischen Vorlage und Nachahmung verwischt, wenn nicht gar aufgehoben worden. Aber auch die Referenzkultur mit ihren Techniken der Bezugnahme, des Zitats und der Bearbeitung steht auf dem rechtlichen Prüfstand. Die Kriterien der kreativen Kopie sind aber eigentlich die alten, bei der Fotografie wie bei anderen urheberrechtlich geschützten Werken.

Summary Since its beginnings, the artistic works quality of photography in the sense of copyright law has given rise to many discussions. Technological progress has eased mass-reproduction of works, thus rendering their use more difficult for authors. Digital copying of works has made the line between an original work and an imitation blurry. Some might even say that such a boundary has disappeared. Our ways of referring to works, be it by the means of citation, reference, or adaptation are also under scrutiny. However, criteria allowing «creative copying» of artistic works remain the same, in photography as well as other copyrighted works.
