



---

Geschäfts-Nr. LK000005/U

**I. Zivilkammer**

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. V. Lendi, Vorsitzender, Dr. D. Hüppi und  
Dr. R. Klopfer sowie die juristische Sekretärin lic. iur. B. Volken

**Urteil vom 13. März 2003**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,  
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_  
substituiert durch lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Verletzung im Urheberrecht**

### **Rechtsbegehren:**

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber dem Kläger bekanntzugeben und offen zu legen:
  - 1.1 Die Höhe der Druckauflage des von der Beklagten weltweit angebotenen Posters "Bob Marley", hergestellt ab dem ... [Jahr] entstandenen Foto des Klägers;
  - 1.2 den Herstellungs- sowie den Verkaufspreis pro Exemplar dieses Posters;
  - 1.3 weitere Verwendungen des Fotos des Klägers durch die Beklagte z. B. als Postkarte, Buchillustration, Zeitungssillustration sowie in den elektronischen Medien;
  - 1.4 die Höhe der jeweiligen Druckauflage der einzelnen, von der Beklagten noch nachzuweisenden Verwendungsarten;
  - 1.5 den jeweiligen Herstellungs- und Verkaufspreis pro Exemplar der einzelnen, von der Beklagten noch nachzuweisenden Verwendungsarten.
  - 1.6 Namen und Adressen der von ihr belieferten Wiederverkäufer und Internet-Anbieter;
  - 1.7 alle Gewinne, die mit dem vom Foto des Klägers hergestellten Poster sowie anderen Verwendungsarten erzielt wurden;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten,
  - 2.1 dem Kläger eine Lizenzgebühr von mindestens 10 % des Verkaufspreises pro gedrucktem Exemplar des Posters und anderer, durch die Beklagte nachzuweisender Verwertungsarten zu entrichten;
  - 2.2 den bisher erzielten Gewinn aus der gesamten Nutzung des Werkes des Klägers an den Kläger herauszugeben.
3. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die unberechtigte Nutzung seines Werkes für die verschiedenen Verwendungsarten auf der Basis "Preisempfehlung für Bildhonorare der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Bildagenturen und -archive" (nach vorläufiger Berechnung, ohne Verletzerzuschlag) im Betrag von Fr. 57'342.50 angemessen zu entschädigen.
4. Die Beklagte sei weiter zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Entschädigung gemäss vorläufiger Berechnung in Höhe von mindestens Fr. 3'648.-- wegen widerrechtlicher Verwendung im Internet zu entrichten.

- 4.1 Für die definitive Berechnung seien die entsprechenden Tarife der Verwertungsgesellschaft ProLitteris, Zürich, beizuziehen.
5. Die Beklagte sei ebenfalls zu verpflichten, dem Kläger 5 % Zins, berechnet vom Datum der Geltendmachung seiner Ansprüche mit Brief vom 18. Mai 1999 zu zahlen.
6. Es sei festzustellen, dass der Kläger in seinen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Verhältnissen verletzt worden ist: nämlich in seinem Recht auf Anerkennung der Urheberschaft durch Unterdrückung seines Namens als Urheber des Fotos, sowie in seinem ausschliesslichen Recht, darüber zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden kann, wie etwa durch (hier: unbefugten Eingriff mittels) Kolorierung.
7. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für diese Verletzung in seinen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Verhältnissen unter dem Titel der Genugtuung den Betrag von Fr. 2'000.-- zu entrichten.
8. Es sei der Beklagten zu verbieten, Veröffentlichungen ab dem Foto des Klägers ohne dessen Einverständnis und ohne Nennung seines Namens in gedruckten oder in elektronischen Medien zu publizieren oder publizieren zu lassen.
9. Vorsorglich wird der Antrag gestellt, einen Sachverständigen beizuziehen zur Bestimmung des Ur- und des Reproduktionsnegativs.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.

**Das Gericht zieht in Betracht:**

I.

Der Kläger ist Fotograf. Er hat ... [Jahr] vom Sänger Bob Marley, der 1981 verstorben ist, die hier wiedergegebene Aufnahme gemacht.

[Foto von Bob Marley]

Auf einer rechtlichen Grundlage und zu Zwecken, die zwischen den Parteien umstritten sind, hat der Kläger diese Aufnahme der C.\_\_\_\_\_ AG übergeben, und C.\_\_\_\_\_ London, eine Niederlassung der C.\_\_\_\_\_ AG, hat sie archiviert. Später hat D.\_\_\_\_\_ Ltd C.\_\_\_\_\_ London und damit auch deren Archiv übernommen und in der Folge der Beklagten das umstrittene Bild zur Herstellung von Postern überlassen.

Der Kläger ist der Auffassung, die Fotografie sei ein Werk im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. g URG. Er wirft der Beklagten vor, sie habe ihn in seinen Urheberrechten verletzt und macht mit der Klage die im Rechtsbegehren umschriebenen Ansprüche geltend. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Sie ist in erster Linie der Meinung, die eingeklagten Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche seien verjährt. In der Sache steht sie vorab auf dem Standpunkt, die Fotografie sei kein Werk im urheberrechtlichen Sinne. Für den anderen Fall hält sie dem Kläger mit eingehenden Erläuterungen entgegen, er habe die Urheberrechte abgetreten. Im übrigen äussert sie sich zu den eingeklagten Ansprüchen.

Der Kläger hat die Klage mit Klageschrift vom 19. September 2000 am 20. September 2000 anhängig gemacht (Urk. 2). Das Hauptverfahren wurde vollumfänglich schriftlich durchgeführt und, gehemmt durch ein Kautionsverfahren, nach Eingang der Duplikschrift vom 19. November 2001 (Urk. 28) am 26. November 2001 geschlossen. Mit Eingabe vom 27. November 2002 erhob die Beklagte die Einrede der Verjährung der Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (Urk.

30). Der Kläger hat dazu am 3. Februar 2003 schriftlich Stellung genommen (Urk. 34).

## II.

1. Gemäss Art. 62 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 60 OR verjähren die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus der Verletzung des Urheberrechts in einem Jahr vom Tag an, da der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat.

Die Beklagte behauptet, sie habe die Produktion der umstrittenen Poster 1999 eingestellt. Entgegen ihrer Meinung wird dies vom Kläger mit den unter Ziffer 1 des Rechtsbegehrens erhobenen Auskunftsansprüchen mindestens mit Nichtwissen bestritten. Zudem wirft der Kläger der Beklagten bereits im Rechtsbegehren weitere Verletzungshandlungen vor, insbesondere die Verwendung der umstrittenen Aufnahme für Postkarten, in Buch- und Zeitungsillustrationen und in den elektronischen Medien. Von all diesen weiteren Verletzungshandlungen steht weder fest, ob sie begangen wurden, noch ob und seit wann sie gegebenenfalls abgeschlossen sind. Vor allem aber behauptet die Beklagte nicht, der Kläger unterstelle ihr diese Verletzungshandlungen wider besseres Wissen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er vom erlittenen Schaden, falls er überhaupt schon feststeht, erst nach Abschluss eines Beweisverfahrens Kenntnis haben kann und die Verjährung demnach noch nicht einmal zu laufen begonnen hat. Dass er eine unbezifferte Klage erheben konnte und über die Art der behaupteten Rechtsverletzungen Vermutungen anstellen kann, ist unter diesem Gesichtspunkt ohne Bedeutung (vgl. Brehm, Kommentar zur Art. 60 OR, N. 21 und 27ff.). Nicht anders verhält es sich mit dem Genugtuungsanspruch. Auch ihn kennt der Kläger erst, wenn er weiss, in welcher Weise er allenfalls in seiner Persönlichkeit verletzt worden ist, und es ist auch hier noch offen, welches gegebenenfalls die Verletzungen sind.

Die Einrede der Verjährung ist daher nicht begründet.

2. Laut Art. 2 URG sind Werke, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben. Nach Art. 2 Abs. 2 lit. g URG gehören dazu insbesondere fotografische Werke.

Eine Fotografie kann individuellen Charakter haben dank dem Einsatz der fotografischen Mittel bei der Abbildung des fotografierten Objekts, z. B. der Wahl des Blickwinkels, des Bildausschnitts, der Brennweite des Objektivs, der Blende, der Helligkeit oder der Farbgebung. Die Individualität der Fotografie kann aber auch von der Aufbereitung des fotografierten Objekts herrühren, z. B. der Haltung einer porträtierten Person, der Auswahl und der räumlichen Anordnung von Einzelteilen eines Stillebens, der Beleuchtung oder der Wahl der Umgebung des eigentlichen Objekts.

Umstritten ist - und zwar nicht nur bei der Fotografie - nach welchen Kriterien sich beurteilt, ob seine Besonderheiten einem Werk individuellen Charakter verleihen. Da Wert und Zweck unbeachtlich sind, verbietet sich jede Abgrenzung anhand der Qualität. Bei der Beurteilung von Fotografien ist die oft gehörte Unterscheidung zwischen künstlerischer oder anderweitig qualifizierter Aufnahme und blossem "Knipsbild" daher unhaltbar. Überzeugend und weithin anerkannt ist das von Kummer eingeführte Kriterium der statistischen Einmaligkeit (Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, S. 30ff., 47ff. und 80; A. Troller, Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, Festschrift zum 65. Geburtstag von Max Kummer, S. 265ff.). Allerdings genügt es bei der Fotografie nicht, wenn einzig das fotografierte Objekt statistisch einmalig ist. Geschützt wird nur die geistige Schöpfung und also nur das Geschaffene und nicht schon die banale Präsentation von bloss Vorgefundenem (vgl. A. Troller, a.a.O., S. 274). Vieles in der Natur ist statistisch einmalig, jede Wolke zum Beispiel. Dennoch ist nicht jede Fotografie einer Wolke ein Werk. Troller fordert deshalb zu Recht, dass nicht das Bild statistisch einmalig sein muss, sondern dessen Gestaltung (A. Troller, Immaterialgüterrecht Band I, 3. A., S. 387).

Dennoch kann das Einmalige des bloss vorgefundenen Objekts einer Fotografie dazu beitragen, dass diese als Werk erscheint, nämlich dann, wenn die Planung und Ausführung der Aufnahme eine so besondere ist, dass sie der Fotografie individuellen Charakter verleiht. Das trifft zum Beispiel zu auf Aufnahmen

von Pressefotografen, die einen einmaligen Vorgang wiedergeben und nur dank ungewöhnlicher Vorkehrungen zustande kommen konnten. Allerdings ist vorauszusetzen, dass Planung und Ausführung nicht ausschliesslich wegen des materiellen, sondern entscheidend auch wegen des geistigen Aufwandes als ungewöhnlich erscheinen, denn nur dann handelt es sich um eine geistige Schöpfung. Das Bild vom ersten Menschen auf dem Mond zum Beispiel ist daher ein Werk, denn es konnte neben dem Einsatz materieller Mittel nur dank der geistigen Leistung aufgenommen werden, die für die Bereitstellung der technischen Mittel für das ganze Unternehmen erforderlich war. Die nicht weiter ungewöhnliche Aufnahme von einem Satelliten aus, der mit bekannten technischen Mitteln auf die Umlaufbahn gebracht worden ist, erscheint dagegen trotz des beträchtlichen materiellen Aufwandes nicht als Werk. Ferner ist die Abbildung eines vorgefundenen statistisch einmaligen Objekts nicht schon darum ein Werk, weil nicht jedermann sie zustandegebracht hätte. Wer mit einer Fotografie nur per Zufall oder unter Ausnutzung günstiger Umstände etwas vorgefundenes Einmaliges abbildet, schafft kein Werk, denn er erbringt keine geistige Leistung.

3. a) Der Hintergrund der umstrittenen Aufnahme hat keinen individuellen Charakter. Weder ist darin ein gestaltetes Objekt erkennbar, noch ist ersichtlich, dass für die Abbildung besondere fotografische Mittel eingesetzt worden wären. Der Hintergrund trägt auch nichts bei zur Gestaltung des Vordergrundes.

Anders verhält es sich mit dem Vordergrund, d. h. der Abbildung von Bob Marley. Diese ist fraglos statistisch einmalig, denn wie jeden Menschen gibt es Bob Marley nur ein Mal, und wie bei jedem Lebewesen und auch bei anderen komplexen Dingen - eben beispielsweise einer Wolke - ist seine Erscheinung so vielfältig, dass sie sich nie in allen Einzelheiten wiederholt. Fraglich ist dagegen, ob die Gestaltung der Aufnahme so einmalig ist, dass sie als geistige Schöpfung im Sinne des Gesetzes erscheint.

b) Auf das Objekt der Aufnahme trifft das sicher nicht zu, denn der Kläger hatte keine Möglichkeit, auf seine Gestaltung einzuwirken. Weder war er mit der Organisation des Konzerts befasst, noch konnte er Bob Marley für seinen Auftritt Anweisungen erteilen. Wie er selber feststellt, war er blosser Zuhörer und Zuschauer (Urk. 2, S. 6; Urk. 23, S. 14 und 15).

c) Dagegen stand dem Kläger eine Vielzahl von fotografischen Gestaltungsmitteln zur Verfügung. Nach seiner Darstellung konnte er unter neun verschiedenen Standorten wählen (Urk. 23, S. 14) und damit nicht nur in einem gewissen Rahmen den Blickwinkel und den Winkel des einfallenden Lichts bestimmen, sondern, falls die Standorte zum Sänger unterschiedlichen Abstand hatten, überdies auf das Verhältnis von Bildausschnitt, Perspektive und Tiefenschärfe Einfluss nehmen. Fototechnisch hatte er gestalterische Möglichkeiten insbesondere durch die Verwendung eines bestimmten Films, die Wahl der Brennweite des Objektivs sowie die Einstellung von Blende und Dauer der Belichtung. Schliesslich hatte er im Rahmen des Reaktionsvermögens die Möglichkeit, die Aufnahme in einem ihm geeignet scheinenden Augenblick auszulösen.

Sucht man beim Einsatz dieser Gestaltungsmittel nach Einmaligem, so findet sich jedoch nichts. Die Abbildung von Bob Marley ist ein Halbporträt im Profil und damit eine der gängigsten Arten der Gestaltung eines Bildnisses. Die Hervorhebung der Person, des wesentlichen Bestandteils des Bildes, mittels geringer Tiefenschärfe ist eine Selbstverständlichkeit. Die Verwendung eines Objektivs mit langer Brennweite - nach der Darstellung des Klägers waren es 200 mm (Urk. 23, S. 15) - wird bei Porträtaufnahmen oft verwendet, um die Perspektive zu verflachen und damit die von Porträutomaten bekannten Verzerrungen zu vermeiden. Ob der fragliche Film gleichmässig belichtet wurde (Urk. 23, S. 14), ist für die Beurteilung einer einzelnen Aufnahme belanglos. Die Vorausberechnung der Schwarzweiss-Wirkung des kontrastreichen Lichts (Urk. 23, S. 14) ist keine gestalterische Leistung, weil mit ihr das Ergebnis der Aufnahme nur eingeschätzt, nicht aber beeinflusst werden kann. Um eine Gegenlichtaufnahme (Urk. 23, S. 14) handelt es sich beim umstrittenen Bild nicht, denn bei Gegenlicht würde die horizontal fliegende Rasta-Locke keinen Schatten auf das Gesicht werfen, weshalb der Kläger mit den besonderen Problemen der Blendeneinstellung, die sich bei Gegenlichtaufnahmen ergeben, gar nicht konfrontiert war. Was der Kläger sonst als besondere gestalterische Leistungen darstellt (Urk. 23, S. 14 und 15), ist Handwerk, das jeder einigermaßen versierte Fotograf beherrscht. Mit der Wahl des Objektivs mit fester Brennweite ist bei einem Porträt der Bildausschnitt weitgehend vorbestimmt, denn die abzubildende Person gehört, von besonderen Fäl-

len abgesehen, mehr oder weniger ins Zentrum des Bildes. Es bleibt im Grunde nur der Entscheid zwischen Hoch- und Breitformat. Die Einstellung der Blende bestimmt die Tiefenschärfe, doch blieb hier kaum etwas anderes, als sie gering zu halten, weil der Porträtierte das einzig Wesentliche des Bildes ist und daher deutlich herauszuheben war. Bei der Einstellung der Verschlusszeit hatte der Kläger bei einmal gewählter Blende überhaupt keine Wahl, wollte er nicht eine Über- oder Unterbelichtung in Kauf nehmen. Die Einstellung der Entfernung schliesslich war zwar wegen der geringen Tiefenschärfe und der Bewegungen des Porträtierten nicht einfach. Mehr als die Fertigkeit eines geübten Fotografen war für die Erzielung eines guten Ergebnisses jedoch nicht erforderlich.

d) Obwohl ihre Gestaltung nach all dem nicht als einmalig bezeichnet werden kann, ist die Aufnahme unbestreitbar ansprechend und interessant. Der Grund dafür liegt in der besonderen Mimik und Haltung des Abgebildeten, vor allem in den fliegenden Rasta-Locken und ihren an eine Skulptur gemahnenden Formen. Einen besonderen Akzent setzt dabei der bereits erwähnte Schatten, den eine horizontal fliegende Locke auf das Gesicht wirft. Dem Kläger ist mit der Aufnahme fraglos ein ungewöhnlich schöner Schnappschuss gelungen. Ein Werk hat er damit jedoch nur geschaffen, wenn er diesen Schnappschuss auf eine so besondere Art geplant hat, dass er wegen dieser Planung als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter erscheint.

Eine eigentliche Planung auf der Seite des Objekts war nicht möglich, weil der Kläger, wie bereits erwähnt, auf die Organisation und den Ablauf des Konzerts und insbesondere auf das Verhalten von Bob Marley keinen Einfluss hatte. Der Kläger konnte lediglich Momente abwarten, in denen sich Bob Marley günstig präsentierte. Dabei war ihm wegen der Schnelligkeit der Bewegungen nur eine ungenaue Beurteilung des Ergebnisses der Aufnahme möglich. Die grosse Zahl von Einzelheiten, von denen das Bild lebt, wie zum Beispiel der erwähnte Schatten der horizontal fliegenden Locke, waren für ihn bestenfalls zu einem kleinen Teil wahrnehmbar, und vor allem war es ihm nicht möglich, nach solchen Wahrnehmungen und deren Beurteilung die Aufnahme rechtzeitig, nämlich praktisch ohne Zeitverzögerung auszulösen. Nicht weiter organisiertes Abwarten einer sich jedermann anbietenden Gelegenheit, bei der ein Schnappschuss mit einer gewis-

sen Wahrscheinlichkeit ein gutes Bild zeitigt, kann jedoch nicht als Planung bezeichnet werden und schon gar nicht als so besondere Art der Planung, dass ihr Ergebnis als eine schöpferische Leistung erscheint.

Die umstrittene Fotografie ist demnach kein Werk im Sinne von Art. 2 URG und der Kläger hat daran keine Urheberrechte. Die Klage ist folglich abzuweisen.

### III.

Da der Kläger unterliegt, wird er kosten- und entschädigungspflichtig.

Der Kläger will den Streitwert erst nach Abschluss des Beweisverfahrens beziffern (Urk. 23, S. 2). Die Beklagte bezeichnet ihn als unbestimmt, jedoch Fr. 20'000.-- übersteigend (Urk. 18, S. 3). Da sich ein Beweisverfahren erübrigt, ist er anhand der Forderungen zu bestimmen, die der Kläger vorläufig, d. h. vor der Beweiserhebung geltend macht. Er beträgt demnach Fr. 62'990.50 (Ziffern 3, 4 und 7 des Rechtsbegehrens; Urk. 2, S. 3 und 4). Dabei ist zu beachten, dass die Klage weitere Begehren enthält, die keine vermögensrechtlichen Interessen zum Gegenstand haben, nämlich das Feststellungsbegehren betreffend urheberrechtliche Verletzung in der Persönlichkeit und das Unterlassungsbegehren betreffend die Veröffentlichung der umstrittenen Fotografie (Ziffern 6 und 8 des Rechtsbegehrens; Urk. 2, S. 4).

### **Das Gericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- 3.

Fr.	5500.--	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	758.--	Schreibgebühren
Fr.	646.--	Zustellgebühren
Fr.	60.--	Vorladungsgebühren

4. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zuzüglich Fr. 760.-- (7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein, an die Beklagte mit Doppel von Urk. 34.
7. Gegen diesen Entscheid kann

innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

innert 30 Tagen nach dessen Empfang bei der I. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. V. Lendi

lic. iur. B. Volken

versandt am:

js