

ip ©ompetence

Themenjournal für geistiges Eigentum

LICHT BILD WERK

Über der Lichtbildwerke Wert

„An einem Bild sind immer zwei Leute beteiligt:
der Fotograf und sein Betrachter.“ Ansel Adams

Clemens Thiele



„Bei der Ermittlung des angemessenen Entgelts sind – neben der Marktbeobachtung – die Umstände des Einzelfalls wesentlich, insb der Bekanntheitsgrad des Urhebers und der Umfang der Nutzung.“

einer bestimmten „Bandbreite“ variieren können und zB bei der Verwendung zu Werbezwecken etwas höher anzusetzen sind.

B. Zur Bemessung des angemessenen Entgelts

1. Bildhonorare 2007

In Deutschland werden von der „Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing“⁸ seit vielen Jahren „Bildhonorare“ herausgegeben. Es handelt sich dabei um – auf Markterhebungen beruhende – Honorarempfehlungen, die nach dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen für „Mittelstandsgemeinschaften“ zulässig sind. Diese deutschen Bildhonorare haben sich weitgehend

⁸ Die MFM ist eine Arbeitsgemeinschaft innerhalb des deutschen Bundesverbands der Pressebild-Agenturen und Bildarchive e.V.; ihre Hauptaufgabe ist die Erstellung marktüblicher Bildhonorare; vgl www.mittelstandsgemeinschaft-foto-marketing.de (Stand 1. 9. 2011).

auch schon vor Jahren in Österreich als Anhaltspunkt für die Bemessung von Veröffentlichungshonoraren durchgesetzt.

Seit dem Jahr 1996 werden auch für Österreich entsprechende „Bildhonorare“ herausgegeben, und zwar als unverbindliche Verbandsempfehlung nach §§ 31 ff KartG 1988, die als zulässig beurteilt wurde.⁹ Sie geben das übliche Veröffentlichungs- oder Nutzungshonorar des Fotografen wieder und werden von den Gerichten zur Angemessenheitsprüfung herangezogen.¹⁰

⁹ Vgl KOG 20. 12. 2004, 16 Ok 22/04 ÖBl 2005/30, 132 (*Barbist*) = EvBl 2005/120, 570 zu den Bildhonoraren 2003.

¹⁰ OGH 24. 6. 2003, 4 Ob 105/03z, *Foto des Mordopfers*, *ecolex* 2004/254, 547 (*Schumacher*) = EvBl 2003/170, 804 = MR 2003, 317 (*Walter*) = ÖBl-LS 2003/169, 266 = RdW 2004/11, 22 = ZÖR 2004, 458.



Diese Bildhonorare basieren auf Markterhebungen; sie werden in regelmäßigen Abständen valorisiert und neu aufgelegt. Als Herausgeber scheint die Bundesinnung der Fotografen auf.¹¹ Da die gegenständlichen Aufnahmen von der beklagten Partei in den Jahren 2008 bis 2010 verwendet wurden, sind zur Beurteilung des angemessenen Entgelts die Bildhonorare 2007 heranzuziehen. Die in den Bildhonoraren enthaltenen Beträge sind netto ohne USt zu verstehen und beziehen sich auf einzelne Lichtbilder.¹²

2. Grundstruktur der Nutzung in Online-Medien¹³

Für die Bildnutzung im Internet sehen die Bildhonorare 2007 im Fall einer redaktionellen Nutzung in Informationsdiensten und Online-Zeitschriften Honorare vor, die nach Nutzungsdauer gestaffelt sind. Gleiches gilt im Bereich der Public Relations, des Webdesigns oder für Banner-Werbung, die ebenfalls eine **zeitlich gestaffelte Vergütung** aufweisen:

(I) Bei der redaktionellen Nutzung beträgt das Grundhonorar für sechs Monate Abrufbarkeit im Internet gemäß den Bildhonoraren € 30,- und für ein Jahr € 50,-; für Langzeitarchive (bis maximal fünf Jahre) beträgt die Nutzungspauschale € 100,-.

(II) Für die **werbliche Nutzung** beträgt das Grundhonorar (bei lokaler Bedeutung, sofern der Text der Website nicht Englisch ist) für drei Monate € 120,-, für sechs Monate € 160,-, für ein Jahr € 250,- und für drei Jahre € 320,-. Beide Bild-Nutzungsarten (**Grundnutzung**) im Internet setzen eine maximale Größe von 10 x 15 cm bei 72 dpi voraus. Darüber hinausgehende Nutzungen unterliegen der besonderen Vereinbarung.

Darüber hinaus ist ein gegliedertes **Zuschlagssystem** zu beachten. Erscheint zB die Abbildung auf einer Titelseite (auf der Homepage im Sinn der Startseite),¹⁴ wird ein Zuschlag von 100 % angegeben.

Bei fehlendem Bildnachweis (Namensnennung/Herstellerbezeichnung) sehen die Bildhonorare einen Zuschlag von 100 % des Grundhonorars vor. Wenngleich die oberstgerichtliche Rsp bei der Zuerkennung immateriellen Schadenersatzes, der wie jeder Schadenersatzanspruch das Vorliegen eines Verschuldens voraussetzt, eher zurückhaltend ist, hat sich dieser „Zuschlag“ in der Praxis durchgesetzt und kann als „marktüblich“ bezeichnet werden. Es lässt sich dieser insoweit auch als Vermögensschaden sehen, als das Fehlen einer Namensnennung bzw Herstellerbezeichnung für den Fotografen, insb auch für einen Berufsfotografen, den Verlust einer Werbewirkung mit sich bringt.¹⁵

Wenn die Bildhonorare im Falle einer „nicht genehmigten Nutzung“ einen Zuschlag von 300 % vorsehen,¹⁶ so ist darunter das angemessene Entgelt nach § 86 UrhG, dessen Verdoppelung als pauschalierter Schadenersatz (Vermögensschaden) nach § 87 Abs 3 UrhG und – im Fall des Fehlens der Namensnennung/Herstellerbezeichnung – der erwähnte weitere Zuschlag von 100 % nach § 87 Abs 1 und Abs 2 zu verstehen. Ein „Zuschlag“ in dem Sinne, dass insgesamt 400 % veranschlagt werden können, steht nicht zu. Auch bei diesen Zuschlägen handelt es sich jedenfalls um Schadenersatz und nicht um angemessenes Entgelt.

Nach der Rsp¹⁷ sind im Hinblick auf den reduzierten europäischen Originalitätsbegriff Fotografien in aller Regel, von wenigen Ausnahmen abgesehen (zB Automatenfotografien, Satellitenaufnahmen), als Werke der Lichtbildkunst iSd § 3 Abs 2 UrhG anzusehen. An der Bewertung einer Fotografie in Bezug auf das angemessene Entgelt (Veröffentlichungshonorar) hat sich dadurch aber im Wesentlichen nichts geändert. Handelt es sich im Einzelfall aber um ein künstlerisch gestaltetes Foto, wird dies Anlass für einen entsprechenden Zuschlag oder eine Orientierung am Veröffentlichungshonorar für Werke der bildenden Künste im engeren Sinn sein. Dies ist im gegenständlichen Fall jedoch nicht ersichtlich.

Die Bildhonorare umfassen grundsätzlich keine Aufnahme- oder sonstigen Werkhonorare.

¹¹ Bundesinnung der Fotografen: Bildhonorare 1996, 1999, 2001, 2003, 2005 und 2007 – Veröffentlichungshonorare im Fotografengewerbe in Österreich.

¹² OGH 24. 11. 1998, *Österreichischer Mittelschulatlas*, ecolex 1999, 409 (*Tahedl*) = MR 1999, 171 (*Walter*).

¹³ Zwischenzeitig sind die Bildhonorare 2011 veröffentlicht, die insb für die Bildnutzung im Internet ein „Feintuning“ vorsehen.

¹⁴ Homepage ist die Bezeichnung der „Startseite, Leitseite bzw Einstiegsseite“, auch wenn das Wort umgangssprachlich häufig für die gesamte Internetpräsenz (die „Website“) verwendet wird.

¹⁵ AA OGH 24. 11. 1998, 4 Ob 292/98i, *Mittelschulatlas*, JUS Z/2664.

¹⁶ Bildhonorare 2007, 4.

¹⁷ OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 197/01e, *Eurobike*, ÖBI 2003, 39 (*Gamerith*); OGH 16. 12. 2003, 4 Ob 221/03a, *Weinatlas*, MR 2004, 117 (*Walter*).

C. Sonstige Marktüblichkeit

Das KartG 2005 enthält keine dem § 31 KartG 1988¹⁸ entsprechenden Regelungen. So haben denn auch einige Berufsorganisationen ihre „unverbindlichen Verbandsempfehlungen“ widerrufen.¹⁹ Damit stellt sich neben der Frage, ob es überhaupt auf eine kartellrechtliche Beurteilung ankommt, da es lediglich um tatsächliche Marktgepflogenheiten²⁰ geht, die Frage nach der Feststellung einer Marktüblichkeit anhand sonstiger Parameter.

1. Vergleichbare Fotoproduktionen

Zu den vom Kläger behaupteten Einkünften (Lizenzgebühren) wird zunächst darauf verwiesen, dass subjektive Preisvorstellungen des Verletzten nicht maßgeblich für eine objektive Berechnung sind; für ein im Einzelfall höheres als das marktübliche Entgelt, ist der Verletzte beweispflichtig. Berufet sich der Fotograf dabei auf eine eigene „Fotoproduktion“ bzw früher gleichartig „produzierte Fotografien“, die beauftragt bzw abgerechnet wurden, ist ihm zu entgegnen, dass die Frage der Angemessenheit einer Vergütung ausdrücklich die Herstellungskosten ausklammert. Aufnahme- oder sonstige Werkhonorare haben außer Ansatz zu bleiben. Der für die bloße Rechteeräumung verbleibende Vergütungsanteil muss daher vom Fotografen jeweils offen gelegt werden, um als (Vergleichs-)Maßstab herangezogen werden zu können.

2. Internationale Bildagenturen

Zunächst ist festzuhalten, dass ein gut funktionierender Markt für sog „Bildagenturen“ wie zB Getty Images

International Ltd. besteht. Dabei handelt es sich um auf privatrechtlicher Basis eingerichtete Agenturgesellschaften, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, das ihnen zur Verfügung stehende Bildarchiv im Bereich Werbung/ Grafikdesign, Medien (Druck- und Onlinepublikationen) sowie zur Kommunikation mit anderen Unternehmen anzubieten und zu vermarkten.

Seit ca 2008 hat die Bildagentur Getty Images in großer Anzahl Unternehmen wegen nicht lizenzierten Bildmaterials auf deren Websites abgemahnt und für die unrechtmäßige Nutzung vierstellige Beträge pro Bild verlangt. Zum Teil unterliefen Getty Images dabei Fehler, da auch Kunden abgemahnt wurden, die über eine gültige Lizenz verfügten. Darüber hinaus gab es eine Diskrepanz dahingehend, dass die jeweils bei der Bildagentur „unter Vertrag“ befindlichen Fotografen lediglich Bagatellbeträge für die Bildnutzung im Internet erhielten.

In Gerichtsverfahren hat Getty Images idR letztlich auch deutlich geringere Beträge akzeptiert, die sich an den Bildhonoraren der deutschen Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing²¹ bzw der österreichischen Bundesin-
nung der Fotografen²² orientieren.²³

Die „Preisgestaltung“ von Getty Images ist einem durch Marktbeobachtung über viele Jahre gebildeten „Tarif“ nicht vergleichbar. So hat beispielsweise die Bildagentur ihre zunächst auf der eigenen Website angegebene redaktionelle Bildnutzung im Internet von € 100,- auf einen Lizenzpreis von € 240,- (jeweils inkl USt) ohne Angabe von Gründen erhöht.

Als Etappenergebnis lässt sich daher festhalten, dass neben den dargestellten Bildhonoraren 2007 durchaus die sonstige Marktüblichkeit zur Bemessung des angemessenen Entgelts herangezogen werden kann. Aufgrund des eher kurzen Zeitraums (seit 2008) können jedoch die Praktiken von internationalen Bildagenturen derzeit nicht zu den gefestigten österreichischen Gepflogenheiten für übliche Veröffentlichungs- oder Nutzungshonorare des Fotografen gezählt werden.

¹⁸ Die Bestimmung lautete: „Unverbindliche Verbandsempfehlungen im Sinn dieses Bundesgesetzes sind Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen oder Kalkulationsrichtlinien, die 1. keine Empfehlungskartelle (§ 12) sind; 2. von Verbänden ausgehen, deren Ziel die Vertretung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern ist; unter Verbänden im Sinn dieser Bestimmung sind gesetzliche berufliche Interessenvertretungen und Vereine von Unternehmern zu verstehen; 3. nicht an Angehörige eines freien Berufs gerichtet sind“; siehe dazu bereits oben II.B.1.

¹⁹ Vgl Reidlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht (2006) 79 mit Hinweis auf Veröffentlichungen der Bundeswettbewerbsbehörde.

²⁰ Vgl zu diesen Überlegungen OGH 8. 6. 2010, 4 Ob 214/09p, *Flüssiggas IV*, ÖBI-LS 2010/156 = RdW 2010/591, 581; KOG 9. 12. 1996, 16 Ok 12/96, *Flüssiggas I*, wbl 1997, 174 = SZ 69/275 = ÖBI 1997, 246 (Unbedenklichkeit eines Handelsbrauchs am Flüssiggasmarkt).

²¹ Dazu instruktiv LG Düsseldorf 19. 3. 2008, 12 O 416/06, *Fotos in eBay-Auktion*, MMR 2009, 71 mwN.

²² Siehe www.fotografen.at (Stand 1. 9. 2011).

²³ Vgl LG München I 18. 9. 2008, 7 O 8506/07, *Getty Images-Bilder*, GRUR-RR 2009, 92.

3. Microstock-Agenturen

In jüngster Zeit hat sich der Ankauf von Bildmaterial über sog Microstock-Agenturen etabliert. Nicht nur Privatpersonen greifen auf diese riesigen und preiswerten Bilderpools zu, sondern auch zunehmend renommierte Unternehmen. Dabei handelt es sich kurz zusammengefasst darum, dass von Profis und auch von Hobbyfotografen digitale Bilder auf Vorrat produziert werden, um sie dann via Internet an Kunden zu verkaufen, die entweder keine Zeit oder zu wenig Geld haben, um einen Fotografen für die gesuchte Fotografie zu beauftragen; genau umgekehrt also zur typischen Auftragsfotografie.²⁴

Für die Frage der angemessenen Vergütung stellt sich auch hier die Schwierigkeit der Kalkulationsgrundlagen, da von den Microstock-Anbietern idR nicht offengelegt wird, welcher Teil des Abo-Preises auf die Rechteeinräumung entfällt und wie viel genau die definitionsgemäß geringeren Herstellungskosten ausmachen. Im Fall von Urheberrechtsverletzungen an von Amateurfotografen hergestellten Lichtbildwerken könnten bei entsprechender Darlegung die von Microstock-Agenturen verrechneten Lizenzgebühren zur Anwendung kommen; im Bereich der Berufsfotografie geben sie äußerst beschränkt Auskunft über die Marktüblichkeit.

III. Das angemessene Entgelt für die Nutzung der gegenständlichen Aufnahmen im Internet

A. Grundhonorar

Im Ausgangsfall wurden 56 digitale Lichtbilder im Internet und seinen Diensten genutzt, in concreto auf den Start- und Subseiten der unter der Domain „a-gaudi-muass-sein.at“ erreichbaren Website der Beklagten. Diese Website ist zweisprachig (deutsch/englisch) aufgebaut.

Es liegt daher in der Grundstruktur eine **Bildnutzung im Internet in Form von Werbung** mit bloß regionaler Bedeutung vor. Der Text ist in einer Sprache (deutsch) sowie (auszugsweise) in Englisch verfasst. Angesprochen werden potenzielle Gäste im deutschsprachigen Raum und darüber hinaus (**weltweit**) englischsprachiges Publikum.

Entscheidend kommt es ferner auf die Dauer der Abrufbarkeit im Internet und seinen Diensten an. Hier lässt sich aus den bisherigen Unterlagen keine exakte Zeitdauer objektivieren, sondern lediglich eine Angebotsdauer beginnend von November 2008 bis zur Entfernung im Mai 2010 von mehr als einem Jahr, aber unter drei Jahren bestimmen. Die Bildhonorare 2007 sehen dafür („bis 3 Jahre“) ein Nutzungshonorar ohne weitere Staffelung oder Untergliederung vor.²⁵ Die Fotografien liegen unter einer Größe von 10 x 15 cm. Die Qualität der Auflösung erreicht 72 dpi.

Unter Zugrundelegung der Bildhonorare 2007 ergibt sich daher ein **Grundhonorar** pro Foto für eine Bildnutzung bis drei Jahre in Höhe von € 320,- netto.

B. Zuschläge

1. Vergleichbare Fotoproduktionen

Aufgrund des Abbildungsformats sowie der zweisprachig gehaltenen Website, die über eine englischsprachige Ausrichtung verfügt, ist der sog Zuschlag für „englischsprachige Weltrechte“ anwendbar, welcher eine zusätzliche Verwendung in anderen Ländern abgelten soll. Dabei ist ein Zuschlag von 100% marktüblich.²⁶

Die Frage der unterlassenen Herstellungsbezeichnung führt ebenfalls zu einem Zuschlag von 100 %. Für die Marktüblichkeit dieses Zuschlags spielt es keine Rolle, ob die Bilder selbst mit einer Herstellungsbezeichnung versehen waren oder nicht, da es allein auf das Unterlassene der Fotografennennung ankommt. Diese Regelung nimmt darauf Rücksicht, dass es für den jeweiligen Urheber/Lichtbildhersteller einen Werbewert darstellt, genannt zu werden, der durch Weglassen der Herstellerbezeichnung wegfällt.

Die jeweils anwendbaren Zuschläge beziehen sich auf das Grundhonorar, sodass eine **nach Faktoren unterschiedene Kategorienbildung** vorgenommen werden kann.

Kategorie 1: Für drei der 56 Lichtbilder (reine Landschaftsaufnahmen) ergibt sich daher eine angemessene Gebühr für die Dauer der unbefugten Nutzung mit dem Faktor 3 (300 %) pro Lichtbild.

²⁴ Näher statt vieler *Kneschke*, Stockfotografie – Geld verdienen mit eigenen Fotos (2010).

²⁵ Vgl Bildhonorare 2007, 21.

²⁶ Bildhonorare 2007, 5.

2. Besondere Zuschläge

Darüber hinaus ist für die Vergütung der angemessenen Bildnutzung im Internet ein weiterer „Zuschlag für die Aufnahme mit Fotomodellen“ zu kalkulieren. Dabei beträgt der Zuschlag für die Aufnahme pro Modell 30 %, bei vier und mehr Modellen insgesamt 100 %.²⁷ Zu berücksichtigen sind schließlich Abbildungen auf der Titelseite bzw. Homepage (Startseite der Website) mit einem weiteren Zuschlag in Höhe von 100 %.²⁸ Demnach lassen sich folgende angemessene Vergütungskategorien bilden:

Kategorie 2: eine Aufnahme mit vier Fotomodellen auf der Homepage (Faktor 5)

Kategorie 3: eine Aufnahme mit zwei Modellen auf der Homepage (Faktor 4,6)

Kategorie 4: 29 Aufnahmen mit einem Fotomodell (Faktor 3,3)

Kategorie 5: elf Aufnahmen mit zwei Fotomodellen (Faktor 3,6)

Kategorie 6: drei Aufnahmen mit drei Fotomodellen (Faktor 3,9)

Kategorie 7: acht Aufnahmen mit vier oder mehr Fotomodellen (Faktor 4)

IV. Zusammenfassung und Schlussbemerkung

Nach dem Erörterten errechnet sich das „marktübliche Nutzungsentgelt“ unter den erwähnten Annahmen in einer Höhe von (zumindest) € 75.878,40 (inkl. 20 % USt). Die dem individuellen Fall angemessene Bestimmung bleibt aber der richterlichen Würdigung nach § 273 ZPO ebenso vorbehalten, wie die Festsetzung des allein verschuldensabhängigen Schadenersatzes. Dabei handelt es sich letztlich um eine richterliche Tat- und Rechtsfrage, die vom Sachverständigen nicht beantwortet werden kann und darf. Dabei verhält es sich ähnlich wie bei der Frage nach dem urheberrechtlichen Schutz an sich. Die Beurteilung der Originalität eines kunstgewerblichen Erzeugnisses, also des Inbegriffs aller Merkmale, die kennzeichnend für seine Herkunft und seine Güte sind, ist regelmäßig eine Rechtsfrage. Das schließt aber nicht aus, dass sich das Gericht dabei eines Sachverständigen bedient, dessen Fachkunde die Feststellung der Tatsachen, auf denen die Originalität des Erzeugnisses beruht, erleichtern wird.²⁹ ■



²⁷ Bildhonorare 2007, 4.

²⁸ Bildhonorare 2007, 21.

²⁹ OGH 13. 1. 1970, 4 Ob 364/69 ÖBl 1970, 98.

