



Kunst- und Kulturrecht

15. Januar 2018, 09:00 – 10:30

Dauer: 90 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst 4 Seiten und 4 Aufgaben.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1	25 Punkte	≈20% des Totals
Aufgabe 2	20 Punkte	≈17% des Totals
Aufgabe 3	30 Punkte	≈25% des Totals
Aufgabe 4	45 Punkte	≈38% des Totals

Total	120 Punkte	100%
-------	------------	------

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg



1. Die Kunstfreiheit wird in der Schweiz in Art. 21 BV geschützt.

- a) Was ist Kunst? Definieren Sie den Kunstbegriff anhand zweier in der Vorlesung vorgestellter Theorien.
(8 Punkte)
- b) Was ist die Funktion der Kunstfreiheit gemäss klassischem Verständnis? Wie wird dieses Verständnis gemäss dem Ansatz soziologischer Systemtheorie erweitert?
(6 Punkte)
- c) Was genau schützt die Kunstfreiheit gemäss Gerichtspraxis? Wer kann sich auf die Kunstfreiheit berufen?
(5 Punkte)
- d) Gerade in der jüngeren Geschichte gibt es viele Beispiele, wo ein staatlicher Übergriff auf die Kunst vorlag. Erklären Sie auf der Grundlage des Beispiels des Naziregimes die Regelung der Kunstfreiheit in Art. 5 Grundgesetz (Deutschland) und begründen Sie Ihre Antwort mit Verweis auf die relevante Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.
(6 Punkte)

2. Im Urteil Beyeler vs. Italy hat der EGMR wichtige Entscheidungen im Zusammenhang mit dem internationalen Handel mit Kulturgütern gefällt.

- a) Welche von Beyeler als verletzt gerügte Rechtsnorm war für den EGMR wegleitend? Wie interpretierte der EGMR diese Norm? Welche Rolle spielte das nationale Recht?
(10 Punkte)
- b) Nach welchem Prüfmuster ging der EGMR vor? Wie beurteilte er das Verhalten der italienischen Behörden? Welche Besonderheit ergab sich aus dem Umstand, dass es sich *in casu* um ein Kulturgut handelte?
(10 Punkte)



3. Die junge Schweizer Künstlerin Alpha ist froh und stolz, endlich genügend Bilder für ihre erste eigene Vernissage beisammen zu haben. Die Galerie in Zürich, in der sie ihre Bilder ausstellt, hat zum Zwecke der Ankündigung der Ausstellung ein paar Fotos ihrer Bilder auf der Galerie-Website publiziert. Dies geschah mit der ausdrücklichen Zustimmung von Alpha. Nach einem gelungenen Eröffnungsabend sitzt Alpha nun zuhause am Computer und durchforstet Google nach einer (hoffentlich) positiven Kritik des Kunstkritikers Omega, der die Vernissage für die lokale Presse besucht hatte. Als sie ihren Namen in der Suchmaschine eintippt, findet sie allerdings nicht bloss die gewünschte Kritik, sondern in der Sparte „Bilder“ auch Vorschaubilder, ihrer eben ausgestellten Kunstwerke.

- a) Erläutern Sie den technischen Prozess der Herstellung von Vorschaubildern durch Google. Wie werden solche Vorschaubilder in der Fachsprache genannt und wie unterscheiden sie sich vom Original?
(7 Punkte)
- b) Welche Rechte der Künstlerin Alpha sind tangiert? Begründen Sie Ihre Antwort kurz.
(6 Punkte)
- c) Angenommen keine der gesetzlichen Schrankenbestimmungen finde Anwendung: Welche rechtlichen Möglichkeiten stehen einer Rechteinhaberin allgemein zur Verfügung, um Nutzungsrechte an Werken zu verwerten?
(6 Punkte)
- d) Welche der in der Antwort unter c gefragten Möglichkeiten könnten im vorliegenden Fall einschlägig sein? Beachten Sie sowohl die Beziehung zwischen Alpha und der Galerie als auch die Beziehung zwischen Alpha und Google. Welches Argument würden Sie als findige/r Anwält/in von Google vorbringen, die/der sich mit der Rechtsprechung des BGH auskennt?
(11 Punkte)

Nehmen Sie bei der Beantwortung der Fragen jeweils Bezug auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) und, wo möglich, auf die schweizerische Gesetzgebung.

4.



The Kiss ein Schnappschuss von Alfred Eisenstaedt (*6. Dez.1898 - †24. Aug. 1995)

Couple kissing in Times Square on V-J Day Mural von Eduardo Kobra (*1. Jan. 1976)

Das Bild entstand am V-J Day, 14. August 1945, am Tag, als Japan bedingungslos kapitulierte. Es zeigt einen jungen Matrosen, der, seiner Euphorie über das Kriegsende verfallend, eine junge „Krankenschwester“ packt und spontan küsst. Durch Zufall wird der Moment von Eisenstaedt für die Ewigkeit festgehalten. Das Bild ist weltberühmt.

Das Wandgemälde ist eine Hommage an „The Kiss“ von Alfred Eisenstaedt. Es zierte ab 2012 eine Hauswand gegenüber dem berühmten Highline Park in New York.

Stellen Sie sich folgenden fiktiven Fall vor. Die Tochter von Eisenstaedt staunt nicht schlecht, als sie an einer Hauswand eine Reproduktion des Schnappschusses ihres Vaters sieht. Sie ist irritiert, denn sie hat nie ein Einverständnis dazu erteilt.

Angenommen Sie sind ein/e Anwalt/in, spezialisiert auf dem Gebiet des Urheberrechts, und Frau Eisenstaedt ersucht Sie in diesem Fall um Rat. Beraten Sie Frau Eisenstaedt in den folgenden Fragen, unter Anwendung des Schweizerischen Urheberrechts.

- a) Ist das Bild von Alfred Eisenstaedt ein urheberrechtlich geschütztes Werk?
(20 Punkte)
- b) Angenommen der Schnappschuss sei ein urheberrechtlich geschütztes Werk: Dürfte die Tochter die Nutzung des Bildes verbieten?
Prüfen Sie alle nach URG zur Verfügung stehenden Lösungsmöglichkeiten.
(25 Punkte)

Nehmen Sie in Ihren Ausführungen sowohl Bezug auf die Lehre als auch die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts.

1.	<p>a) - Weber (1). - Kunst als Gegenkraft (1)... -... zur Formalisierung der modernen Gesellschaft (1). - letzter Hort des Zaubers (1).</p> <p>- Luhmann (1). - Gesellschaftliche Funktionssysteme (1). - Funktion des Kunstsystems (1) - ... auf Kontingenz der Weltversionen hinzuweisen (1).</p> <p>- Eco (1). - ästhetische Vieldeutigkeit (1). - Ambiguität und Autoreflexivität (2).</p> <p>- Duchamp (1). - Kunst irritiert (1). - negative Präsenz (1). - Kunst ist nicht was man sieht, sondern sie ist in den Lücken (1). - Spannung zwischen der Realität und der durch das Kunstwerk evozierten Gegenrealität (1). <i>(Pro Stichwort 1, für 2 Theorien max. 8 Punkte)</i></p> <p>b) In klassischer Grundrechtsdogmatik <u>Grundrechte als Abwehrrechte des Individuums gegen staatliche Eingriffe (1)</u>. Aus systemtheoretischer Sicht, Schutz <u>der sozialen, autonomen Sphären (1)</u>, die sich im <u>Prozess funktionaler Differenzierung (1)</u> herausgebildet haben. Die einzelnen Subsysteme sind vor den <u>expansionistischen Tendenzen (1)</u> anderer sozialer Subsysteme zu schützen. So wird z.B. das System Kunst vor Eingriffen der Systeme <u>Politik und Wirtschaft (1)</u> geschützt. Diese Ebene des Grundrechtsschutzes nennt sich auch <u>institutionelle Ebene (1)</u>. <i>(Aufgabe insgesamt max. 6 Punkte)</i></p> <p>c) Schutz sowohl für den <u>Werk- als auch den Wirkungsbereich (1)</u>. Der Wirkungsbereich schützt <u>die künstlerische Betätigung (1)</u> an sich. Der Wirkungsbereich schützt die <u>Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks (1)</u>. Es kann sich also sowohl der <u>Künstler als auch der Konsument (o. Publikum) von Kunst auf die Kunstfreiheit berufen (2)</u>. <i>(Aufgabe insgesamt max. 5 Punkte)</i></p> <p>d) Das Naziregime war ein <u>totalitärer Staat (1)</u>. Die <u>Kunst wurde zu Propagandazwecken (1)</u> missbraucht. Es kann in <u>keinem Fall von freier Kunst gesprochen (1)</u> werden. <u>Kunstfreiheit ist in jedem Fall zu schützen (1)</u>. <u>Einschränkungen nur möglich, sofern sie ebenfalls auf Verfassungsstufe (1)</u> verankert sind. Darin zeigt sich die starke <u>Gewichtung der Kunstfreiheit (1)</u>. <u>Mephisto Urteil (1)</u>. <i>(Aufgabe insgesamt max. 6 Punkte)</i></p>
----	---

<p>2.</p>	<p>a) <u>„Eigentumsgarantie“ (1) gemäss Art. 1 Zusatzprotokoll 1 zur EMRK (1).</u> Der Begriff <u>„possession“ (1) wird autonom (1) ausgelegt. Unabhängig von einer allfälligen sachenrechtlichen Einteilung im nationalen Recht (1).</u> Somit wird <u>nicht nur ownership erfasst/weiter ausgelegt als ownership (1).</u> Massgeblich ist <u>„Proprietary interest“ (1).</u> <u>„Proprietary interest“ ist ausreichend, um possession im Sinne von Art. 1 Zusatzprotokoll 1 anzunehmen (1).</u> <u>Prüft gar nicht, ob ownership im nationalen Recht gegeben wäre (1).</u> <u>Possession wird i.c. angenommen auch wenn nach nationalem Recht der Eigentumserwerb gescheitert ist (1).</u> <u>Verletzung muss daher gerechtfertigt sein(1).</u> (Aufgabe insgesamt max. 10 Punkte)</p> <p>b) 1. Lag ein <u>Eingriff/“whether there was any interference“ vor (1)?</u> Wurde i.c. <u>bejaht (1).</u> 2. Wurde die Massnahme <u>gesetzeskonform und willkürfrei angewendet/“compliance with the principle of lawfulness“ (1)?</u> <u>Grundlage eines Gesetzes bejaht (1), Kritik an Klarheit (1) betr. Frist für Vorkaufsrecht (1).</u> 3. Verfolgt der Eingriff einen <u>legitimen Zweck/“the aim of the interference“/“legitimate aim“ (1)?</u> <u>Bejaht (1) : Schutz des kulturellen und künstlerischen Erbes (1); Ermessen der Vertragsstaaten bei Definition, was künstlerisches Erbe des Staates ist (1). Art. 4 der UNESCO Konvention hier nicht einschlägig (1).</u> 4. Genügte <u>Eingriff Anforderungen an fairen Ausgleich zwischen Allgemeininteressen und menschenrechtlich geschütztem Individualinteresse/“whether there was a fair balance“ (1)?</u> <u>Nein (1).</u> <u>Italienische Behörden hätten eine unsichere Rechtslage geschaffen (1), 5 Jahren zugewartet um von Vorkaufsrecht Gebrauch (1) zu machen. Preis weit unter dem Marktpreis (1). Ungerechtfertigte Bereicherung (1) Eingriff unverhältnismässig (1).</u> (Aufgabe insgesamt max. 10 Punkte)</p>
<p>3.</p>	<p>a) <u>Mit sog. Crawler (1) wird das Internet von Zeit zu Zeit automatisch nach Bilddateien durchsucht(1).</u> <u>Gefundene Bilddateien werden indexiert, verkleinert & komprimiert (3).</u> <u>Sog. Thumbnails (1).</u> <u>Durch Anklicken der Thumbnails wird der Internetnutzer via Hyperlink zur Originalwebsite geführt (1).</u> (Aufgabe insgesamt max.7 Punkte)</p> <p>b) <u>Thumbnail als Kopie (1), Recht auf Herstellung von Werkexemplaren i.S.v (1).</u> <u>Art. 10 Abs. 2 lit. a URG (1) tangiert.</u> <u>Thumbnail angezeigt und damit öffentlich zugänglich gemacht (1).</u> <u>Verletzung des Rechts auf Wahrnehmbarmachung (1) i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG zu prüfen (1).</u> (Aufgabe insgesamt max. 6 Punkte)</p> <p>c) - <u>Volle Rechtsübertragung (1).</u> - <u>Übertragung des dinglichen Rechts (1).</u> - <u>Lizenzvergabe (1).</u> - <u>Übertragung eines obligatorischen Rechts (1).</u> - <u>Schlichte Einwilligung (1).</u></p>

	<p>- vom BGH im Thumbnail-Urteil angenommen (1). (Aufgabe insgesamt max. 6 Punkte)</p> <p>d) Alpha und Galerie: - Lizenzvertrag (1). - Recht ein Werkexemplar in der Form eines Fotos i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG (2) zu erstellen. - explizit eingeräumt (1).</p> <p>Alpha und Google: - keine Lizenz (1). - keine Rechtsübertragung (1). - schlichte Einwilligung (1). - In <u>schweizerischen Rechtsprechung noch nicht anerkannt (1)</u>. <u>Nutzung im üblichen Umfang (1) wird bereits durch die Veröffentlichung im Internet erteilt (1)</u>. Sofern <u>keine Schritte vorgenommen wurden, um die eine Nutzung im Internet mit technischen Mitteln zu unterbindet (1)</u>, wird schlichte Einwilligung angenommen. Geht allerdings mit einer <u>Verwässerung der geltenden Schrankenbestimmungen des URG einher (1)</u>. (Aufgabe insgesamt max. 11 Punkte)</p>
4.	<p>a) - <u>Art. 2 Abs. 1 URG (1)</u>. - geistige Schöpfung mit individuellem Charakter (1).</p> <p>- menschliche Gedankenäußerung (1). - Problem der Fotografie, weil der <u>mechanische Anteil der Erzeugung des Bildes eigentlich den menschlichen Anteil überwiegt. (1)</u> Gemäss Urteil des Bundesgerichts i.S. Bob Marley werden <u>Fotografien nicht grundsätzlich vom Schutz ausgenommen, da durch fotografische Gestaltungsmittel (auch: mit Verweis auf Werkkategorie Art. 2 Abs. 2 lit. g URG möglich) (1)</u>. Bezeichnung als <u>Schnappschuss steht dem urheberrechtlichen Schutz ebenfalls nicht entgegen (1)</u>. <u>Subsumption (1)</u>: Ist hier wohl zu bejahen. Andere Argumentation möglich.</p> <p>- Gesamteindruck (1). - Einmaligkeit und Besonderheit (1) (auch: hinreichend kreativer Schritt über das blosse Anderssein). - nicht Originalität der Person sondern Originalität des Werks (1). - aus der Summe seiner Merkmale ergeben (1). - Bild selbst zum Ausdruck (1). - die Umstände der Entstehung sind irrelevant (1). - Bob Marley und Fall Meili (2).</p> <p>Beurteilungsmassstab für die Individualität entweder nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts oder nach der Theorie differenzierter Individualität (max. 4 Punkte ausschliesslich Punkte entweder für Vorgehen nach Bundesgericht oder nach A.a.). <u>Rechtsprechung des Bundesgerichts (1)</u>. Massgeblich ist <u>individueller Gestaltungsspielraums des Schöpfers (1)</u>, d.h. <u>es gelten nicht immer die gleichen Anforderungen (2)</u>. Alternativ:</p>

A.A. Mass der Individualität anhand des Gestaltungsspielraums, welcher die Werkkategorie erlaubt (1).

Innerhalb der Werkkategorie immer derselbe Gestaltungsspielraum (1). Gestaltungsspielraum wird nach folgende Kriterien beurteilt: Wahl des abgebildeten Objekts; Wahl des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens; Anordnung der einzelnen Bildkomponenten; Verteilung von Licht und Schatten; Einsatz eines bestimmten Objektivs oder Filters; Einstellung von Schärfe und Belichtung; Bearbeitung des Negativs. Angenommen wenn menschlicher Gestaltungswille erkennbar ist **(max. 2)**.

Subsumption **(4)**:

Schnappschuss als Zeitzeugnis ist nicht ausreichend um als einmalig oder besonders zu gelten, da die Umstände der Entstehung nicht berücksichtigt werden dürfen **(2)**.

Woraus ergibt sich die Individualität des Bildes?

Weitere Argumente **(2)** für oder gegen den urheberrechtlichen Schutz.
(Aufgabe insgesamt max. 20 Punkte)

b) Reproduktion als Kopie (1).

Herstellung eines Werkexemplars (1) i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a. URG **(1)**.

Als Tochter und Erbin kann sie die Rechte ihres Grossvaters geltend machen **(1)**.

Nutzung ohne Zustimmung erlaubt **(1)**?

I) Zeitablauf **(1)**:

70 Jahre nach dem Tod des Urhebers i.S.v. Art. 29 Abs. 2 lit. b URG **(2 nur 1 Punkt, wenn Gesetzesbestimmung fehlt)**.

Subsumption **(1)**: der Urheberrechtliche Schutz ist noch nicht erloschen (läuft noch bis 2065).

II) Zitatrecht (1) i.S.v. Art. 25 URG **(1)**.

Voraussetzungen: 1. Zitat dient der Erläuterung, 2. Umfang des Zitats ist durch Zitatzweck gerechtfertigt, 3. Zitat wird kenntlich gemacht unter Angabe der Quelle (3).

Es ist umstritten, ob Bildzitate zulässig (1) sind.

Die herrschende Lehre verneint die Zulässigkeit (1).

Bilder werden in der Regel integral/als Ganzes zitiert (1) und dienen daher nicht als Hinweis oder Erläuterung (1).

Subsumption**(1)**: Vorliegend wird gerade das ganze Bild übernommen, weshalb nach h.L. nicht von einem Zitat ausgegangen werden kann.

Alternativ:

Kein absolutes Verbot (1).

Bei einer verfassungsmässigen Auslegung des URG zulässig (1).

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Falle Germania 3 (1).

Subsumption: bei entsprechender Argumentation **(1)**.

Mögliches Argument: Verweis auch auf De Werra, Problematisch wäre allerdings die Angabe der Quelle.

(Ausschliesslich Punkte für entweder Bildzitat zulässig oder nicht zulässig: max. 4 Punkte)

III) Neuschöpfung (1).

- Abstandslehre (1).

- Züge des vorbestehenden Werks im Zweitwerk nicht mehr erkennbar (1).

Subsumption(1): Die Strassenfluchten werden gerade durch Farbstrahlen verdeutlicht. Daher keine Neuschöpfung.
A.A. möglich.

Eine Bearbeitung (1) i.S.v. Art. 3 URG liegt vor, sofern das Werk zweiter Hand ebenfalls als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 URG qualifiziert werden muss (1). Dies ist vorliegend zu bejahen (1). Mögliches Argument:
Nicht bloss hinzufügen von Farbe, aber Verstärkung der Merkmale.
A.a. möglich.

Zustimmung für die Verwendung i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. b URG (1) hätte eingeholt werden müssen. In diesem Sinne muss das Urheberrecht als verletzt angesehen werden.

Die Tochter kann die Nutzung daher verbieten (1) a.A. möglich.
(Aufgabe insgesamt max. 25 Punkte)