UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre 2020

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Kunst und geistiges Eigentum

de Werra, Jacques; Benhamou, Yaniv

How to cite

DE WERRA, Jacques, BENHAMOU, Yaniv. Kunst und geistiges Eigentum. In: Kultur, Kunst, Recht : schweizerisches und internationales Recht. Mosimann, Peter ; Renold, Marc-André ; Raschèr, Andrea F.G. (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2020. p. 707–792.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:123232

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

7. Kapitel:

Kunst und geistiges Eigentum

Jacques de Werra/Yaniv Benhamou

§ 1 Kunst und Urheberrecht 707

§ 2 Kunst und Markenrecht 771

§ 3 Kunst und Designrecht 787

§ 4 Kunst und Recht des unlauteren Wettbewerbs (Lauterkeitsrecht) 789

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Kunst und Urheberrecht 707

I. Das Werk 707
1. Geistige Schöpfung 707
2. Die Zugehörigkeit zum Bereich der Literatur oder Kunst 708
3. Die Individualität des Werks 709

II. Der Urheber 715
1. Der Begriff des Urhebers 715
2. Der Urheber und der ausübende Künstler 716

III. Die Urheberrechte 718
1. Umfang und Grenzen des Urheberrechts 718
2. Die Vermögensrechte 721
3. Das Urheberpersönlichkeitsrecht («droit moral») 723
a. Recht der Erstveröffentlichung 723
b. Recht auf Anerkennung der Urheberschaft 724
c. Recht auf Werkintegrität 730

IV. Die Grenzen des Schutzes 734
1. Einleitung 734
2. Konflikt zwischen Urheberrecht und Freiheit der Kunst 736
3. Die Ausnahme des Zitats 738
4. Die Ausnahme der Parodie 741
5. Die Ausnahme für Museums-, Messe- und Auktionskataloge . . . 742
6. Die Ausnahme der Panoramafreiheit 743

V. Verfügungen über das Urheberrecht 744
1. Abtretung des Urheberrechts 744
2. Persönliche Verwertung von Urheberrechten oder Verwertung durch Verwertungsgesellschaften 746
3. Abhängige Schöpfung (insbesondere Schöpfung im Arbeitsverhältnis) und Urheberrecht 747
4. Übertragung des Urheberrechts durch Erbgang 750

VI. Verhältnis zwischen dem Urheberrecht am Werk und dem Eigentumsrecht am Werkexemplar 751

VII. Urheberrecht und Nutzung digitaler Werke 753
1. Schöpfungen von künstlicher Intelligenz 753
a. Inputs 754
b. Outputs 756
2. Schöpfungen von Nutzern sozialer Netzwerke («Social Media») . . 758
3. Haftung der Provider 760
4. Technische Schutzvorkehrungen 764

§ 2 Kunst und Markenrecht 771
I. Einleitung 771
II. Die Identifikationsfunktion der Künstlersignatur und der Marke . . 774
III. Die Verwendung des Markenrechts im Bereich der Kunst 775
IV. Umfang des Schutzes durch das Markenrecht 779
V. Die Grenzen des Schutzes 783

§ 3 Kunst und Designrecht 787

§ 4 Kunst und Recht des unlauteren Wettbewerbs (Lauterkeitsrecht) 789
I. Die Rolle des Lauterkeitsrechts 789
II. Die Grenzen des Lauterkeitsrechts 791

§ 1 Kunst und Urheberrecht

Wenn es um das Verhältnis zwischen Kunst und dem Immaterialgüterrecht geht, drängt sich zwar vor allem eine Analyse des Urheberrechts auf – da dieses Rechtsgebiet ja eben das Ziel verfolgt, Werke der Literatur und der *Kunst* zu schützen (s. unten § 1) –, doch sind auch andere Bereiche des Immaterialgüterrechts anzusprechen, die im Zusammenhang mit Kunst eine gewisse Rolle spielen können: das Markenrecht (s. unten § 2), das Designrecht (s. unten § 3) und das Recht des unlauteren Wettbewerbs (s. unten § 4).[1] 1

I. Das Werk

Damit ein Werk geschützt werden kann, muss es eine geistige Schöpfung der Literatur oder Kunst sein und individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). 2

1. Geistige Schöpfung

Wenn das Gesetz das Werk als «geistige Schöpfung» (Art. 2 Abs. 1 URG) definiert, dann fordert es damit einen schöpferischen Akt eines Menschen, was das «Schöpferprinzip» gemäss Art. 6 URG bestätigt (wonach die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat, ursprünglicher Inhaber des Urheberrechts ist). Somit müssen die nach Urheberrecht schutzfähigen Werke ihren Ursprung im menschlichen Geist haben. Unerheblich ist dabei, ob der Geist, in dem das Werk entstanden ist und aus dem es sich entfaltet hat, zum Zeitpunkt des schöpferischen Akts beeinträchtigt oder 3

1 Dagegen scheint es nicht nötig, ein eigenes Kapitel dem Patentrecht zu widmen, selbst wenn als Anekdote darauf hingewiesen werden kann, dass gewisse Künstler auf das Patentrecht zurückgriffen, um ihre Schöpfung zu schützen. So hat z.B. der Künstler Yves Klein 1960 ein Patent für ein «procédé de décoration ou d'intégration architecturale et produits obtenus par l'application dudit procédé» angemeldet; zu diesen Fragen und ganz allgemein zur Entwicklung der Kunst in Richtung eines industriellen Ansatzes (bei dem der Künstler nicht erschafft, sondern erfindet) s. das interessante Werk von SEMIN, Le peintre, und aus rechtlicher Perspektive den Artikel von TREPPOZ, RIDA 209 (2006) 51 ff., insb. 57 ff.; zu einer weiteren Anwendung des Patentrechts im Architekturbereich s. das europäische Patent EP 1455033, erteilt am 4.1.2006, und das entsprechende amerikanische Patent US 7,237,361, das am 3.7.2007 ausgestellt wurde. Inhaber ist der Schweizer Architekt Hans Zwimpfer, und die Erfindung betrifft ein architektonisches Gestaltungskonzept («Wohnhaus mit gestaffelten Geschosswohnungen»). Zur Kritik dieses Patents s. MOSIMANN, Jusletter 23.7.2007; s. ferner unten § 1 VI zur Baukunst sowie Kap. 9 des vorliegenden Bandes.

sogar ohne Bewusstsein war.[2] Hingegen können Werke von Tieren nicht vom Urheberrecht geschützt werden.

4 Heikler dürfte die Frage bei Werken sein, die mithilfe eines Computers geschaffen wurden. Es ist jedoch klar, dass der Computer nur arbeiten und damit Werke schaffen kann, wenn er von einem Menschen oder einer Gruppe von Menschen entsprechende Eingaben erhält. Auch wenn die Programmierung auf einem Zufallsprozess beruht, kann angenommen werden, dass die Werke, die aus der Anwendung dieses Prozesses entstehen, geistige Schöpfungen der Programmierer sind.[3] Ebenso sind Kunstwerke, bei denen der Künstler absichtlich einen Teil dem Zufall überlässt, allein deswegen noch nicht vom Schutz des Urheberrechts ausgeschlossen.

5 Hingegen ist nicht sicher, ob eine geistige Schöpfung vorliegt, wenn ein Künstler einfach einen Gegenstand in der Natur entdeckt, selbst wenn dieser Gegenstand in der Folge als Kunstwerk präsentiert wird.[4] In einem solchen Fall sind wohl Zweifel erlaubt, ob wirklich eine geistige Schöpfung vorliegt.[5] Gleiches dürfte für *«ready-made»*-Werke gelten. Im einen wie im anderen Fall genügt es nämlich nicht, einen natürlichen oder alltäglichen Gegenstand in einem künstlerischen Kontext zu präsentieren, um daraus eine geistige Schöpfung zu machen.[6] Werden hingegen vorhandene Materialien mit dem Ziel verwendet, ein neues Kunstwerk zu schaffen, kann das so geschaffene Werk durchaus als «geistige Schöpfung» anerkannt werden.[7]

2. Die Zugehörigkeit zum Bereich der Literatur oder Kunst

6 Gemäss dem Gesetz kann ein Werk durch das Urheberrecht geschützt werden, wenn es sich um ein Werk der Literatur oder der Kunst handelt.[8] Ob ein Werk wirklich ein Kunstwerk ist, kann im Einzelfall jedoch schwierig einzuschätzen sein, denn diese

2 So sind auch Werke von Minderjährigen, Urteilsunfähigen, Entmündigten und geistig Kranken geistige Schöpfungen, die potenziell vom Urheberrecht geschützt werden können; s. VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, 63; zu dieser Frage im Allgemeinen s. auch SCHWEIZER, Le statut.

3 VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, 64 f. und 106 ff.

4 VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, 64, insb. FN 8; a.M. KUMMER, Werk, 103 und DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Rz 167 (der in Betracht zieht, im Auswahlverfahren der Gegenstände eine Individualität anzuerkennen).

5 Selbst wenn man das Vorhandensein einer geistigen Schöpfung einräumen könnte, scheint es auf jeden Fall sehr zweifelhaft, dass eine solche Schöpfung individuell im Sinne des Urheberrechts wäre; zu dieser Frage s. unten Kap. 7 Rz 8 ff.

6 In diesem Sinne s. VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, 105; SCHACK, Kunst, Rz 17; weniger kategorisch: DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Rz 167; dies war namentlich das Vorgehen der neorealistischen Schule, vgl. die *Déclaration constitutive du Nouveau Réalisme* (die «Nouveau Réalisme nouvelles approches perceptives du réel» proklamierte), unterzeichnet von: Arman, François Dufrêne, Raymond Hains, Martial Raysse, Daniel Spoerri, Jean Tinguely, Jacques Villeglé im Atelier von Yves Klein am 27.10.1960; zur Problematik s. auch NORDEMANN, Urheberrecht, 58 f.

7 Beispielsweise ist an bestimmte Werke des Künstlers César (César Baldaccini) zu denken, der eine Anzahl Autowracks zusammenpresste, um sie zu Kunstwerken zu machen (mittels eines Verfahrens des «gelenkten Zusammenpressens», «compression dirigée»); für weitere Beispiele s. STUDER, Kunstfreiheit, 9 ff.; ein liberalerer Ansatz gegenüber neuen Werkkategorien findet sich bei GLAUS/STUDER, Kunstrecht, 24 ff.

8 Art. 1 Abs. 1 lit. a URG bestimmt, dass das Gesetz «den Schutz der Urheber und Urheberinnen von Werken der Literatur und Kunst» regelt, und Art. 2 Abs. 1 URG definiert Werke als «geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben».

Frage wirft die Frage der Definition der Kunst als solche auf. Das Gesetz verbietet aber eben gerade, den künstlerischen Wert eines Werks zu beurteilen, um seine allfällige Schutzwürdigkeit nach Urheberrecht zu bestimmen.[9] Das Gesetz schützt somit Meisterwerke ebenso wie Werke zweiter Güte,[10] ob diese nun dubios, vulgär oder sogar anstössig sind.[11]

Auf dieser Grundlage ist man sich allgemein einig, dass die vom Gesetz postulierte Voraussetzung, dass es sich um ein Werk der Literatur[12] oder der Kunst handeln müsse, nicht allzu restriktiv aufgefasst werden darf.[13] Und in der Tat darf es nicht den Gerichten überlassen werden, frei und subjektiv zu entscheiden, ob ein bestimmtes Werk ein Kunstwerk ist oder nicht.[14] Insbesondere könnte man die Voraussetzung als erfüllt ansehen, wenn der Schöpfer des Werks selbst der Meinung ist, sein Werk sei ein Kunstwerk.[15] Hierbei kann die Präsentation des Werks in einem künstlerischen Kontext (z.B. in einer Ausstellung) ein Indiz für den künstlerischen Charakter des betreffenden Werks darstellen,[16] selbst wenn man es nicht allein dem Künstler überlassen darf, zu bestimmen, was Kunst ist und was somit durch das Urheberrecht geschützt werden kann.[17] Letztlich ist die Voraussetzung des literarischen oder künstlerischen Charakters eines Werks flexibel zu handhaben, und in der Praxis ist sie aus dem Blickwinkel des Urheberrechts nicht massgebend, im Gegensatz zur wesentlichen Voraussetzung der Individualität des Werks. 7

3. Die Individualität des Werks

Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG ist der Schutz durch das Urheberrecht davon abhängig, dass das Werk einen individuellen Charakter hat.[18] Der Begriff des individuellen Charakters oder der Individualität bedeutet, dass der Schutz nur für Werke entstehen 8

9 Art. 2 Abs. 1 URG.
10 BGE 105 II 297, 299; Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 161.
11 BGer, sic! 1998 388, 389 E. 3c; gewisse rechtliche Sanktionen könnten jedoch infolge des sittenwidrigen Charakters der betreffenden Werke ergriffen werden, s. Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 161.
12 Die Frage, ob es sich um ein Werk der Literatur handelt, gibt im Allgemeinen weniger zu Diskussionen oder Interpretationen Anlass; s. von Büren/Meer, Werkbegriff, 74.
13 Cherpillod, *in*: Müller/Oertli (Hrsg.), Art. 2 URG N 10 f.
14 von Büren/Meer, Werkbegriff, 74, verwiesen sei auch auf die berühmte Bemerkung des Richters Holmes im Urteil des amerikanischen Supreme Court im Fall Bleistein v. Donaldson Lithographics Co., 188 U.S. 239, 251 (1903): «It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits.»
15 Manche Autoren sprechen in diesem Zusammenhang vom «Schutzwillen» des Urhebers; s. von Büren/Meer Werkbegriff, 75, was etwas zu weit zu gehen scheint. Massgebend ist nämlich nicht so sehr der Wille des Künstlers, sein Werk rechtlich zu schützen, sondern vielmehr sein Wille, ein Werk im Bereich der Kunst zu schaffen (was man vielleicht mit dem Begriff «Kunstwille» bezeichnen könnte).
16 Eine solche Präsentation stellt jedoch keine neue Schutzbedingung dar, sondern vielmehr ein Indiz, aus dem gegebenenfalls geschlossen werden kann, dass das betreffende Werk künstlerischer Art ist; s. von Büren/Meer, Werkbegriff, 75 Fn 79; Cherpillod, L'objet, 123 ff.
17 Die Lehre vermerkt zu Recht, dass Werke selbst dann schutzfähig sein können, wenn sie vom Urheber unbewusst geschaffen werden, Schack, Kunst, Rz 5; vgl. BGE 116 II 351.
18 Eine interessante Erörterung dieser Voraussetzung findet sich in Sommer/Gordon, sic! 2001 287 ff.

kann, die ein genügendes Mass an Kreativität aufweisen, um die Gewährung der im Urheberrecht festgelegten exklusiven Rechte zu rechtfertigen.

9 Der erforderliche Grad der Individualität ist nicht immer gleich zu gewichten, sondern hängt vielmehr von den Umständen im Einzelfall ab, ganz besonders von der Art des fraglichen Werks, seiner Bestimmung (funktionell oder nicht)[19] und vom schöpferischen Spielraum, über den der Urheber verfügt. Wenn dieser Spielraum infolge von Zwängen eingeschränkt wird, die der Natur der fraglichen Schöpfung anhaften, kann der Schutz selbst dann gewährt werden, wenn nur in geringem Masse eine schöpferische Tätigkeit vorhanden ist.[20] Das kann z.B. bei Werken der Baukunst wegen ihrer Zweckbestimmung und wegen der zu beachtenden technischen Zwänge der Fall sein. Angesichts der eingeschränkten schöpferischen Freiheit muss der Architekt nicht etwas gänzlich Neues schaffen, um den Schutz des Urheberrechts zu erlangen, sondern er kann sich mit einer Schöpfung begnügen, die nur relativ und teilweise neu ist.[21]

10 Bei Computerprogrammen kann der erforderliche Grad der Individualität als schwach eingestuft werden; der Schutz ist die Regel, der Mangel an Individualität die Ausnahme. Die Individualität wird bereits anerkannt, sobald die Software aus Sicht der Spezialisten weder banal noch allgemein üblich ist.[22] Einige Gerichte gehen sogar von einem vermuteten Schutz des Computerprogramms und seiner Elemente aus, und die Beweislast liegt dann bei der Partei, die einem Programm mit der Begründung mangelnder Individualität jeglichen Schutz abspricht.[23]

11 Für Werke der angewandten Kunst ist angesichts der zahlreichen möglichen Formkombinationen ein höherer Grad der Individualität erforderlich als für Werke der anderen Kategorien. Im Zweifelsfall sind sie als rein industrielle oder handwerkliche Objekte anzusehen, die keinen urheberrechtlichen Schutz geniessen.[24] Solche Werke

19 Wobei festzuhalten ist, dass der funktionelle Zweck eines Werks seinen Schutz durch das Urheberrecht nicht ausschliesst (Art. 2 Abs. 1 URG). Vgl. Senn, sic! 2017 521, wo vorgeschlagen wird, die Individualität von Werken in einem vierstufigen Test zu analysieren, insbesondere nach Werkkategorie.

20 BGE 130 III 168, 170, JdT 2004 I 285, 287; s. auch BGE 125 III 328, 331 («Il ne convient pas de mesurer l'individualité ou l'originalité de chaque création à la même aune; au contraire, la liberté de manoeuvre du créateur doit entrer en ligne de compte. Lorsque cette liberté est restreinte, une activité indépendante réduite suffira à fonder la protection; il en va notamment ainsi pour les œuvres d'architecture en raison de leur usage pratique et des contraintes techniques qu'elles doivent respecter»).

21 BGE 142 III 387, sic! 2016 446, E. 3.2 = Pra 2017 Nr. 66 («Abschluss einer Terrasse»), wo das Bundesgericht anerkannte, dass eine Villa (in zeitgenössischem Stil, aus Sichtbeton, mit einer besonderen Dachkonstruktion) grundsätzlich schutzfähig ist, in der Erwägung, dass sie *«eine eigene Ausstrahlung besitzt […] dass der Architekt nicht lediglich einen handwerklichen Beitrag geleistet hat, indem er bekannte Linien oder Formen miteinander verband, sondern dass er verschiedene Entscheidungen getroffen hat (die nicht von der Routine vorgegeben, sondern Frucht einer geistigen Arbeit sind), die dem Werk einen individuellen Charakter verleihen»*. BGer wies den Architekten jedoch ab. Siehe auch FN 191.

22 OGer ZH, 20.1.2013, E. 5.1–5.2, sic! 2013 697 («Bildungssoftware»).

23 Hilty, sic! 2013 706, der diese Vermutung mit der Begründung kritisiert, Art. 2 URG biete dafür keine gesetzliche Grundlage.

24 BGE 143 III 373, sic! 2017 723, wo das BGer dem Barhocker von Max Bill urheberrechtlichen Schutz zugestand mit der Begründung: «Durch die ‹minimalistische› Ausgestaltung der für einen Barhocker notwendigen Elemente und ihre aufeinander abgestimmte Proportionierung erweckt der HfG-Barhocker einen Gesamteindruck, der ihn als solchen individualisiert und von den vorbekannten Modellen deutlich abhebt.»

müssen sich somit klar vom Gewöhnlichen abheben und offensichtlich von bereits bestehenden Formen unterscheiden.[25]

Bei Fotografien kann die erforderliche Individualität als etwas über dem Durchschnitt qualifiziert werden. Der individuelle Charakter hängt von zahlreichen Kriterien ab, wie Bildausschnitt, Zeitpunkt des Abdrückens, Wahl und Anordnung der fotografierten Gegenstände, die die Bildkomposition ausmachen, sowie den verwendeten technischen Mitteln (z.B. Material, Belichtungszeit, Blitz, Filter).[26] 12

Fotografische oder digitale Wiedergaben physischer Objekte (z.B. zu Archivierungs- oder Indexierungszwecken) werfen die Frage der Individualität auf, da die mit der Digitalisierung beauftragte Person Rechte für ihre Digitalisierungsarbeit geltend machen könnte. Unseres Wissens gibt es noch kaum Rechtsprechung zu dieser Frage. In China hat ein Gericht den urheberrechtlichen Schutz einer mit einem 3D-Drucker hergestellten Reproduktion eines physischen Objekts (Porzellan eines Museums) bejaht.[27] In den Vereinigten Staaten hingegen haben zwei Entscheide einer digitalen Reproduktion eines gemeinfreien 2D-Bildes den urheberrechtlichen Schutz abgesprochen mit der Begründung, sie reproduziere lediglich so getreu wie möglich das ursprüngliche Bild.[28] Die Würdigung der Individualität wird weiterhin von Fall zu Fall erfolgen müssen. Die Tendenz scheint jedoch dahin zu gehen, den Schutz des Urheberrechts eher den digitalen Reproduktionen dreidimensionaler Objekte zu gewähren als denjenigen zweidimensionaler Objekte (insb., weil ein dreidimensionales Objekt von vornherein mehr Arbeit ermöglicht hinsichtlich der Wahl des Lichts oder des Blickwinkels). 13

Neben «traditionellen» fotografischen Werken könnten mit der Revision des URG neu nun auch Fotografien ohne Individualität (z.B. Aufnahmen, welche aktuelle Ereignisse dokumentieren, oder Fotos, die zwar sehr gut ausgeführt sind, aber ohne individuellen Charakter), geschützt sind. Der Gesetzgeber sieht neu vor, die Urheberrechte (für die Dauer von 50 Jahren) auf *«[f]otografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte […], auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben»* auszuweiten.[29] Die 14

25 AppGer BS, 1.6.2016, ZK.2016.2, sic! 2017 633 («Schmuckanhänger»): «Die Gestaltung des Schmuckanhängers erscheint als einmalig, ist es doch höchst unwahrscheinlich, dass bei gleicher Aufgabenstellung – Gestaltung eines Schmuckanhängers – die im Wesentlichen gleiche Schöpfung resultieren würde.»

26 Als Beispiel eines Falls von Schutz einer künstlerischen Fotografie, vgl. franz. KassGer, 13.11.2008, Nr. 1108, in welchem einem Werk von Jakob Gautel, das in *«l'apposition du mot PARADIS peint en lettres dorées au dessus de la porte des toilettes du dortoir des alcooliques d'un ancien hôpital psychiatrique»* bestand, der urheberrechtliche Schutz zuerkannt wurde. Im konkreten Fall drückte sich die Wahl des Künstlers «*formellement* […] *dans une réalisation matérielle originale*» aus. Für eine Analyse der verschiedenen Kriterien, die zu berücksichtigen sind, und der verschiedenen Grade an Individualität, s. Senn, sic! 2015 137.

27 The Palace Museum v. China Commercial Press, 21.11.2001.

28 Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp., 1999, 36 F. Supp.2d 191 (S.D.N.Y. 1999): «no copyright for photographic transparencies of public domain works of art in an art museum where the ‹creator› merely intended to replicate, as faithfully as possible, the original artwork»); Meshwerks, Inc. v. Toyota Motor Sales 528 F.3d 1258 (10th Cir. 2008).

29 Entrée en vigeur, am 1.4.2020: Art. 3 Abs. 3bis URG: «Fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte gelten als Werke, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben.» Dieser Vorschlag zur Ausweitung des

Beweggründe für diese Ausweitung des Urheberrechts (bestimmte Fotografen, z.B. Presse- oder Archivfotografen, gegen die Übernahme ihrer Werke ohne Gegenleistung zu schützen) sind zwar verständlich, eine solche Ausweitung dürfte jedoch erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich bringen, insbesondere in Bezug auf die Einstufung als dreidimensionales fotografiertes Objekt, die zu einer geschützten fotografischen Wiedergabe führt: Ein fotografiertes zweidimensionales Objekt (z.B. ein Gemälde, ein Buch oder eine Fotografie) sollte grundsätzlich keinen neuen Schutz auslösen, wenn es von einem Fotografen getreu wiedergegeben wird. Hingegen würde es dreidimensional und würde einen neuen Schutz auslösen, wenn der Fotograf das gleiche Objekt aus einer gewissen physischen Distanz fotografiert.

15 Gemäss der Rechtsprechung[30] muss der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommen. Die Originalität darf daher nicht von dem Mass abhängen, in welchem das Werk die Persönlichkeit seines Urhebers widerspiegelt oder dessen persönlichen Stempel trägt.[31] Somit muss man von der Individualität des Werks als solchem sprechen, nicht von der Individualität, die mit dem Urheber verbunden ist.[32] Um festzustellen, ob diese Individualität vorliegt, kann man sich auf den Test der «statistischen Einmaligkeit» stützen, der von Kummer[33] formuliert wurde und dem sich die Rechtsprechung anschliesst.[34] In diesem Zusammenhang muss man sich bewusst sein, dass die Neuartigkeit des betreffenden Werks nicht genügt.[35] Vielmehr muss es überdies als ausreichend schöpferisch eingestuft werden, damit es als individuell im Sinne des Urheberrechts gelten kann. Bei der Beurteilung der Individualität ist somit die fragliche Schöpfung mit anderen bestehenden oder hypothetischen Werken zu vergleichen (gemäss dem Konzept der relativen oder vergleichenden Individualität),[36] damit bestimmt werden kann, ob das Werk unter Berücksichtigung des schöpferischen Spielraums, über den der Urheber verfügt, genügend originell ist.[37]

16 Umgekehrt können der (potenziell künstlerische) Prozess, der zur Entstehung des Werks geführt hat, und die geistige Arbeit des Urhebers in diesem Zusammenhang an und für sich noch nicht die Anerkennung des individuellen Charakters des betref-

---

urheberrechtlichen Schutzes auf bestimmte Werke ohne individuellen Charakter war ursprünglich für Pressefotografien vorgesehen (vgl. Botschaft URG 2017, 607 ff. und 619) und lehnte sich an den in Deutschland und Österreich geltenden «Lichtbildschutz» an. Aus dem Blickwinkel der Gesetzessystematik ist er jedoch anders konzipiert, da es sich materiell um eine Ausweitung des Urheberrechtsschutzes und nicht um ein neues verwandtes Schutzrecht handelt. Vgl. Botschaft URG 2017, 614.

30 BGE 130 III 172.

31 BGE 130 III 172.

32 BGE 130 III 172 («Massgebend ist die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität»); zu einem gegenteiligen Ansatz aus Sicht des deutschen Rechts s. Schack, Kunst, Rz 14.

33 Kummer, Werk, 30 ff.; s. auch Heim, Einmaligkeit.

34 BGE 130 III 172; 134 III 166.

35 BGE 105 II 297.

36 Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 169 ff.

37 BGE 125 III 331 («Aussi, pour obtenir la protection du droit d'auteur, l'architecte ne doit-il pas créer quelque chose d'absolument nouveau, mais il peut se contenter d'une création qui est seulement relativement et partiellement nouvelle. La LDA n'accorde toutefois pas sa protection à l'architecte lorsqu'il procède à un simple apport artisanal par la combinaison et la modification de formes et de lignes connues ou lorsqu'il n'y a pas place pour une création individuelle dans les circonstances de l'espèce»).

fenden Werks rechtfertigen.[38] Insofern erfolgt die Würdigung des individuellen Charakters des Werks allein auf der Basis des Ergebnisses (d.h. des Werks selbst).[39] Auf dieser Grundlage ist die Fotografie eines Sängers, die live anlässlich eines Konzerts aufgenommen wurde (Schnappschuss), schutzfähig,[40] obwohl ein geistiger Prozess der Vorbereitung der Aufnahme fehlt (die Individualität kann sich insbesondere aus dem Bildausschnitt und der Wahl des Zeitpunkts des Abdrückens ergeben), während eine arrangierte und gestellte Fotografie nicht unbedingt schutzfähig ist, wenn aus ihr als solcher keinerlei Individualität hervorgeht.[41]

Dass das Resultat möglicherweise (zum Teil) vom Zufall bestimmt worden ist, verhin- 17
dert im Übrigen nicht, dass dem geschaffenen Werk Individualität zuerkannt werden kann, so z.B. bei bestimmten künstlerischen Strömungen (insb. dem Action Painting).[42] Heikler kann es hingegen sein, den Schutz Werken zuzugestehen, die im Rahmen hyperrealistischer künstlerischer Strömungen geschaffen werden und bei denen angestrebt wird, die Wirklichkeit so getreu wie möglich zu kopieren.[43] Einige Gerichte haben dennoch in Betracht gezogen, dass die Arbeit des Kopisten ein Urheberrecht entstehen lassen kann,[44] was fragwürdig scheint, da die Arbeit des Kopisten – so bewundernswert sie auch in technischer Hinsicht sein mag – wohl kaum einen ausreichenden Grad an Individualität erreichen dürfte.[45]

Komplexer ist die Frage vielleicht, wenn es um die Arbeit von Restauratoren von 18
Kunstwerken geht. Soweit sich diese Arbeit darauf beschränkt, die betreffenden Objekte in ihren Originalzustand zurückzuversetzen, wäre es heikel, dem Restaurator ein Urheberrecht zuzugestehen.[46] Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass ein solches

38 Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 54 f., wo festgehalten wird: «la démarche du créateur est indifférente»; s. auch Cherpillod, L'objet, 42 ff.

39 Cherpillod, L'objet, 42 ff.; Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 55.

40 BGE 130 III 168 (Fotografie von Bob Marley bei einem Konzert).

41 BGE 130 III 714 (gestellte Fotografie von Christoph Meili mit Bankunterlagen im Rahmen der Nazigoldaffäre).

42 von Büren/Meer, Werkbegriff, 106; der Begriff «Action Painting» wurde vom amerikanischen Kunstkritiker Harold Rosenberg erfunden (vgl. z.B. seinen Artikel *The American Action Painters*, The London Magazine Vol. 1 Nr. 4, Juli 1961, 45 f.). Der bekannteste Vertreter dieser Kunstrichtung ist der Maler Jackson Pollock (1912–1956).

43 von Büren/Meer, Werkbegriff, 105; Schack, Kunst, Rz 17, mit Bezug insb. auf die lebensgrossen Skulpturen des amerikanischen Künstlers Duane Hanson; s. jedoch auch Alfred Bell v. Catalda Fine Arts, Inc., 191 F. 2d 99 (2nd Cir. 1951).

44 Siehe das Urteil des französischen KassGer, 9.11.1993, RIDA 161 (1994) 273, gemäss welchem «[l]es copies d'œuvres d'art plastique jouissent de la protection instituée par le Code de la propriété intellectuelle dès lors qu'exécutées de la main même de leur auteur, elles portent l'empreinte de sa personnalité, malgré le caractère relatif d'une telle originalité». Ein solcher Schutz entbindet selbstverständlich nicht von der Pflicht, die Rechte betreffend das vorbestehende Werk zu beachten – es handelt sich hier um die Schaffung eines Werks zweiter Hand, s. dazu unten Rz 33 ff.

45 Zu einer Erörterung s. Lucas/Lucas, Traité, Rz 132, 118 f.; Bernault/Lucas/Lucas-Schloetter, Rz 135, S. 156. Eine Analogie kann hier zwischen der Arbeit des Kopisten und den weiter oben erwähnten digitalen Fotografien von 2D-Objekten (für welche die Rechtsprechung den Urheberrechtsschutz eher ablehnt) gezogen werden, da das Ziel der Kopie ist, das Originalwerk so getreu wie möglich nachzubilden, ohne kreativen Beitrag.

46 In diesem Sinne, betreffend die Restaurierung eines filmischen Werks, s. AppGer (Cour d'appel) Paris, 5.10.1994, RIDA 166 (1995) 302.

Recht ausnahmsweise anerkannt werden kann, dann nämlich, wenn der Restaurator bei seiner Arbeit eine gewisse schöpferische Freiheit geniesst.[47]

19 Angesichts gewisser Strömungen der zeitgenössischen Kunst dürfte das Problem manchmal darin bestehen, zu bestimmen, was das potenziell zu schützende Werk bildet, und so den Schutz nicht allzu sehr auf das materielle Substrat des Werks zu beschränken (und damit die Aufmerksamkeit darauf zu konzentrieren), sondern auch das Konzept zu berücksichtigen, das der Schaffung der endgültigen Version des Werks vorausging.[48] So sind die Werke der Konzeptkunst schutzfähig im Rahmen des Urheberrechts, soweit sie auf genauen Weisungen des Künstlers betreffend die Umsetzung und die Anwendung des so geschaffenen künstlerischen Konzepts beruhen.[49]

20 Infolge dieser Entwicklung bestimmter künstlerischer Bewegungen in Richtung Abstraktion und Konzept stellt sich natürlich die Frage der Grenzen des Schutzes durch das Urheberrecht erneut in aller Schärfe, und zwar unter dem Blickwinkel der klassischen Dichotomie des Urheberrechts zwischen der Freiheit der Ideen und dem Schutz des Ausdrucks.[50] Allgemein herrscht Einigkeit darüber, dass Ideen und künstlerische Konzepte nicht schutzfähig sind.[51] So ist das berühmte Konzept des Künstlers Christo (und seiner Partnerin Jeanne Claude),[52] Bau- oder Naturdenkmäler zu verpacken, als solches nicht schutzfähig. Hingegen kann die konkrete Verwirklichung eines Projekts, ein Denkmal zu verpacken (insb. den Pont-Neuf in Paris[53] oder den Reichstag in Berlin[54]) durch das Urheberrecht geschützt werden. Wie schon gesagt, ist daran zu denken, dass man bei Kunstwerken nicht systematisch davon ausgehen darf, dass nur diejenigen schutzfähig sind, die konkret realisiert worden sind, sondern dass vielmehr zu prüfen ist, ob noch andere schutzfähige Elemente vorhanden sind (z.B. Skizzen und Zwischenprojekte, oder ganz grundsätzlich bestimmte abstraktere Ausdrucksweisen des künstlerischen Konzepts).[55]

---

47 Zu dieser Frage s. allgemein das Kollektivwerk Byrne-Sutton/Renold/Rötheli-Mariotti, La restauration, und im Speziellen die darin enthaltenen Beiträge von Dreier, Cohen und Fry; s. auch Schack, Kunst, Rz 478; eine freundlichere Haltung gegenüber den Restauratoren findet sich in Mandel, Copyrighting, 273 ff.

48 Siehe dazu die Überlegungen von Reutter, FS Siehr, 175 ff., insb. was das Konzeptkunst-Werk von Richard Long (‹www.richardlong.org›) betrifft, dem Schöpfer der «sculptures by walking»; s. zu diesen Fragen auch (selbst wenn jener Beitrag natürlich nicht die neusten Entwicklungen der Kunst seit den 1980er-Jahren berücksichtigen konnte) Vischer, FS Kummer, 277 ff.

49 von Büren/Meer, Werkbegriff, 104 f.; s. auch Studer, Kunstwerk, 43.

50 Glasklar kommt dies im Urteil Rogers v. Koons im Zusammenhang mit der Übernahme der Fotografie von Rogers durch Koons zum Ausdruck (960 F.2d 301, 308 [2nd Cir. 1992]): «We recognize that ideas, concepts, and the like found in the common domain are the inheritance of everyone. What is protected is the original or unique way that an author expresses those ideas, concepts, principles or processes. Hence, in looking at these two works of art to determine whether they are substantially similar, focus must be on the similarity of the *expression* of an idea or fact, not on the similarity of the facts, ideas or concepts themselves. […]. It is not therefore the idea of a couple with eight small puppies seated on a bench that is protected, but rather Roger's *expression* of this idea – as caught in the placement, in the particular light, and in the expressions of the subjects – that gives the photograph its charming and unique character, that is to say, makes it original and copyrightable.»

51 Studer/Mayr von Baldegg, Kunst, Rz 11, 7.

52 ‹www.christojeanneclaude.net› (17.4.2020).

53 AppGer Paris, 13.3.1986, Dalloz 1987 Sommaire commenté, 150, Anmerkungen Colombet.

54 BGH, GRUR 2002 605.

55 Siehe Reutter, FS Siehr, 183; anzumerken ist, dass Art. 2 Abs. 4 URG ausdrücklich auch den Schutz von Entwürfen vorsieht; s. ferner Treppoz, RIDA 209 (2006) 93 ff., der sich auf das Urteil

Die Frage, ob ein Werk schutzfähig ist (und ganz besonders die Frage, ob das Werk genügend individuell ist), stellt sich natürlich in Bezug auf Kopien, gegen deren Vertrieb der Künstler oder seine Rechtsnachfolger eine Verletzung des Urheberrechts geltend zu machen versuchen. In diesem Zusammenhang könnte erwogen werden, das Ausmass des Schutzes je nach der Individualität (d.h. der jeweiligen Kreativität) der betreffenden Werke variieren zu lassen.[56] Sogar angenommen, es besteht ein Urheberrecht auf dem angeblich kopierten Werk, bedeutet dies noch nicht, dass selbst eine vom Original weit entfernte Kopie verboten werden kann;[57] in diesem Fall geht es dann um die (heikle) Unterscheidung zwischen Werk zweiter Hand und freier Verwendung sowie die eventuelle Anwendung anderer Ausnahmen vom Urheberrecht.[58] 21

II. Der Urheber

1. Der Begriff des Urhebers

Das Werk ist die Schöpfung einer oder mehrerer[59] natürlicher Personen.[60] Der Urheber hält damit die ursprünglichen Urheberrechte und kann darüber zugunsten Dritter verfügen (unter Vorbehalt bestimmter nicht übertragbarer Rechte).[61] Nur wer wirklich eine geistige Schöpfung erschaffen hat, kann den Status eines Urhebers beanspruchen und damit die Exklusivrechte geniessen, die sich aus diesem Status ergeben. Im Bereich der bildenden Kunst hat sich die Frage in Bezug auf gewisse Kunstwerke gestellt, die vom Künstler in Zusammenarbeit mit Gehilfen geschaffen wurden. Zu unterscheiden ist hier zwischen der kreativen Arbeit, die von einem solchen Gehilfen ausgeführt wird, der damit den Status eines Miturhebers beanspruchen kann, und ausführenden (nicht kreativen) Arbeiten, die keinerlei Exklusivrechte schaffen. Hingegen kann ein Künstler nicht den Status eines Urhebers beanspruchen, wenn sich sein Beitrag auf die Angabe des Themas und allgemeine Richtlinien beschränkt, 22

des Pariser AppGer in der Sache des Pont-Neuf bezieht, gemäss welchem es die Idee «de mettre en relief la pureté des lignes d'un pont et de ses lampadaires au moyen d'une toile et de cordage» sei, die das geschützte Werk bilde, und diese Entwicklung in Richtung eines Schutzes der Idee hervorhebt, der über den Schutz der Ausdrucksform hinausgeht. Vgl. Urteil des französischen KassGer, 1. Zivilkammer, 13.11.2008, Nr. 06–19.021, im Fall des Künstlers Jakob Gautel gegen die Fotografin Bettina Rheims und den Verleger Albin Michel wegen Fälschung aufgrund einer Fotografie von Bettina Rheims, auf welcher das Konzeptkunstwerk von Jakob Gautel abgebildet war. Das Gericht bejahte den Schutz des Konzeptkunstwerks *(«l'apposition du mot PARADIS peint en lettres dorées au dessus de la porte des toilettes du dortoir des alcooliques d'un ancien hôpital psychiatrique»)* wegen des Umfelds und des Kontexts und seiner Realisierung *(«l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale»)*.

56 Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 170.

57 Zu einer differenzierten Anwendung des Urheberrechtsschutzes bei Werken der bildenden Kunst s. Glaus/Studer, Kunstrecht, 25 f. und Studer, Kunstwerk, 42 f.

58 Zu dieser Frage s. unten Kap. 7 Rz 33 ff.

59 Zu dieser Frage s. unten Kap. 7 Rz 25.

60 Wie schon weiter oben erwähnt (Kap. 7 Rz 2 ff.), ergibt sich dies aus dem Begriff des Werks als geistige Schöpfung.

61 Zu dieser Frage s. unten Kap. 7 Rz 70 ff.

ohne dass er an der Schaffung des eigentlichen Werks mitwirkt, das von einem Dritten verwirklicht wird.[62]

23 Ebenso kann jemand, der einem Künstler nur allgemeine Ideen oder Richtlinien für ein Werk vorgibt (z.B. jemand, der ein Werk bestellt), nicht den Status eines Miturhebers beanspruchen, da solche Ideen oder Richtlinien nicht durch das Urheberrecht geschützt werden können.[63]

24 So haben in einem berühmten Prozess um Skulpturen von Richard Guino, einem Schüler von Auguste Renoir, die französischen Gerichte festgehalten, dass Guino den Status eines Miturhebers beanspruchen konnte, da er ungeachtet der Weisungen von Auguste Renoir bei seiner Arbeit über schöpferische Freiheit verfügte.[64] In dieser Hinsicht dürfte es nicht unbedingt entscheidend sein, dass der Künstler, der Weisungen gibt, sich ein Kontrollrecht über das nach diesen Weisungen geschaffene Werk eines Dritten (seines Schülers) vorbehält, um diesem Künstler den Status eines Miturhebers zuzuerkennen.[65]

25 Das Gesetz sieht eine besondere Regelung für Gemeinschaftswerke (d.h. Werke, die von mehreren Miturhebern geschaffen wurden) vor, bei der das Prinzip der Zustimmung aller Miturheber gilt. Den Miturhebern steht es jedoch frei, etwas anderes zu beschliessen, und sie können ihren eigenen Beitrag zum gemeinsamen Werk (sofern er sich davon trennen lässt) selbständig verwerten, unter der Voraussetzung, dass dadurch die Verwertung des gemeinsamen Werks nicht beeinträchtigt wird.[66]

2. Der Urheber und der ausübende Künstler

26 Im Unterschied zum Urheber schafft der ausübende Künstler – der eine natürliche Person sein muss[67] – kein neues Werk, sondern beschränkt sich in der Regel darauf, ein bestehendes Werk darzubieten, das vom Urheberrecht geschützt sein kann oder nicht.[68] Mit der Ratifizierung der WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) erstreckt sich der Schutz auf die «Ausdrucksform der Volkskunst»[69], wobei dieser Schutz nicht das Vorbestehen eines Werks voraussetzt.[70] Das verwandte

62 Siehe OLG Düsseldorf, ZUM 2004 71, 73 (Skulptur, die von einer Schülerin von Joseph Beuys geschaffen wurde).
63 Schack, Kunst, Rz 240 und 455.
64 Siehe KassGer (Cour de cassation), Dalloz 1974, 533, wo hervorgehoben wird, dass der Vergleich zwischen den Werken des Meisters und den Skulpturen des Schülers «révélait que certaines attitudes, certaines expressions avaient été acceptées et non dictées par Renoir et marquaient l'empreinte du talent créateur personnel de Guino».
65 In diesem Sinne s. das Urteil KassGer, Dalloz 2006, Jurisprudence, 1116, wo der «effektive Urheber» definiert wird als derjenige, «qui réalise ou exécute personnellement l'œuvre ou l'objet»; s. jedoch Tribunal de grande instance, Paris, betreffend den Maler Vasarely, Dalloz 1984, Informations Rapides (IR), 286: Als massgebend dafür, ein Werk als Kollektivwerk einzustufen, wurde angesehen, dass der Maler sich das Recht vorbehalten hatte, das von dem Dritten geschaffene Werk zu korrigieren und zu genehmigen.
66 Art. 7 Abs. 3 URG.
67 Art. 33 Abs. 1 URG.
68 Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 548.
69 Art. 2 (a) WPPT.
70 Botschaft URG 2006, 3421: «Neu sind damit auch Darbietungen geschützt, denen zwar kein Werk zugrunde liegt, die aber eine Ausdrucksweise der Volkskunst darstellen. Werke weisen «das Ge-

Schutzrecht des ausübenden Künstlers rechtfertigt sich somit nicht durch die Kreativität seiner Leistung, sondern durch die Vermittlung eines Werks bzw. die Darbietung einer Volkskunst an das Publikum («Werkvermittlung»)[71], wobei diese Tätigkeit jedoch künstlerischer Art sein muss und nicht rein technischer Natur sein darf.[72] Aus dieser Sicht ist der ausübende Künstler grundsätzlich nicht Urheber eines Werks zweiter Hand i.S.v. Art. 3 URG.[73] Es ist jedoch jeweils im konkreten Fall zu prüfen, ob die Darbietung eines ausübenden Künstlers zu schützen ist oder die Leistung des Urhebers eines Werks zweiter Hand. Im Bereich des Theaters wird diese Frage im Zusammenhang mit der Arbeit der Regisseure[74] diskutiert, sie kann sich aber auch im Bereich der Musik stellen (bei freien Werkinterpretationen oder Improvisationen). Im Bereich der Kunst könnte sich die Frage der Art des Rechtsschutzes somit bei Happenings stellen, bei denen der sie schaffende Künstler vorgängig Angaben zuhanden der Teilnehmer formuliert.[75] Somit ist zu bestimmen, ob die Mitwirkenden am Happening Darbieter eines Werks sind und daher das verwandte Schutzrecht der ausübenden Künstler geniessen.

Beim Verhältnis zwischen Urheberrecht und Recht des ausübenden Künstlers gilt im Allgemeinen die Auffassung, dass der Schutz des Urheberrechts einen gewissen Vorrang geniesst und daher nicht durch den Schutz des Rechts des ausübenden Künstlers beeinträchtigt werden darf.[76] Dieser Ansatz lässt sich damit rechtfertigen, dass das dargebotene Werk schon existiert und in dieser Eigenschaft – ebenso wie sein Urheber – den ausübenden Künstlern anvertraut wird. Daher ist es deren Pflicht, das Werk, dessen Darbietung ihnen anvertraut worden ist, getreu zu interpretieren (Werktreue), denn die Aufgabe der ausübenden Künstler ist es, die Werke dem Publikum zu vermitteln und nicht, neue Werke zu schaffen. 27

Art. 33 URG zählt die Vermögensrechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler auf; die Persönlichkeitsrechte werden in Art. 33a URG geregelt. Im Unterschied zum Urheberrecht werden die Vermögensrechte der ausübenden Künstler im Gesetz erschöpfend aufgezählt (Art. 33 URG).[77] Seit dem 1.7.2008 (Änderung des URG und Einführung eines neuen Art. 33a URG, um die Ratifizierung der WIPO Performances 28

präge einer eigenartigen Geistesschöpfung» auf, die auf die Individualität ihrer Urheberin, bzw. ihres Urhebers hinweist (BGE 110 IV 102 – «Harlekin»). Dieses Merkmal der Individualität fehlt der Volkskunst, die sich stark an Überliefertem orientiert und deren Schöpfungen von Generation zu Generation nur graduelle Änderungen erfahren. Dazu gehören beispielsweise folkloristische Tänze, denen keine geschützte Choreographie zugrunde liegt.»

71 Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 548; Mosimann, Schutzrechte, 344.

72 Art. 33 Abs. 1 URG, der sich nicht nur auf die Personen bezieht, die ein Werk darbieten, sondern auch auf diejenigen, die «an der Darbietung eines Werks künstlerisch mitwirken».

73 Mosimann, Schutzrechte, 344.

74 Zu dieser Frage s. Kap. 10 Rz 97 ff. des vorliegenden Bandes.

75 Siehe dazu den Fall, in dem der Urheberrechtsschutz zugunsten desjenigen bejaht wurde, der die Grundsätze des Happenings definiert hatte, bei dem das Bild «Der Heuwagen» von Hieronymus Bosch dargestellt wurde, BGH, GRUR 1985 529.

76 Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 des WPPT-Abkommens, wo festgehalten wird: «Der durch diesen Vertrag vorgesehene Schutz lässt den Schutz der Urheberrechte an Werken der Literatur und Kunst unberührt und beeinträchtigt ihn in keiner Weise. Daher darf keine Bestimmung dieses Vertrags in einer Weise ausgelegt werden, die diesem Schutz Abbruch tut.»

77 Auf eine ausführliche Darstellung dieser Bestimmungen wird hier verzichtet; s. dazu Mosimann, Schutzrechte, 371 ff.

and Phonograms Treaty [WPPT; Vertrag über Darbietungen und Tonträger]) zu ermöglichen, geniessen die ausübenden Künstler das Persönlichkeitsrecht («droit moral de paternité») auf Anerkennung der Interpreteneigenschaft an ihren Darbietungen (Art. 33 Abs. 1 URG) und auf Schutz vor Entstellung ihrer Darbietungen durch Verweis des URG auf Art. 28 ff. ZGB (Art. 33a Abs. 2 URG). Wie dieses Persönlichkeitsrecht der ausübenden Künstler in den häufigen Fällen von Darbietungen mehrerer Künstler (wie Chöre und Orchester) anzuwenden und auszuüben ist, wird im Gesetz nicht präzisiert. Vernünftigerweise ist davon auszugehen, dass in solchen Fällen die ausübenden Künstler, mit Ausnahme der wichtigsten (Solist oder Dirigent), nicht unbedingt ein Recht darauf haben, einzeln genannt zu werden.[78]

29 Mit Art. 38 URG werden das 4. und 5. Kapitel des zweiten Abschnitts des Gesetzes (der das Urheberrecht regelt) über Rechtsübergang und Zwangsvollstreckung bzw. die Schranken des Schutzes – neben weiteren spezifischen Bestimmungen[79] – sinngemäss auf die verwandten Schutzrechte anwendbar erklärt. Was im Besonderen die Übertragung der Rechte betrifft, kann der Verweis von Art. 38 URG nicht heissen, dass Art. 17 URG, der dem Arbeitgeber einen Anspruch auf die Urheberrechte für Computerprogramme einräumt, die von einem Angestellten geschaffen worden sind, sinngemäss auf die Leistungen von ausübenden Künstlern in einem Arbeitsverhältnis anwendbar ist.[80] In diesem Sinne gilt der ursprüngliche Anspruch der ausübenden Künstler auf ihre verwandten Schutzrechte ohne Ausnahme, wobei es sich von selbst versteht, dass die ausübenden Künstler (genau wie die Urheber) frei über ihre Rechte zugunsten von Dritten verfügen können (unter Vorbehalt der nicht übertragbaren Rechte).[81]

III. Die Urheberrechte

30 Das Gesetz verankert zwei Kategorien von Urheberrechten, die Vermögensrechte und die Rechte, die sich aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht («droit moral») ergeben; diese sind gesondert zu untersuchen. Vorab sind jedoch Umfang und Grenzen des Urheberrechts in allgemeiner Hinsicht zu bestimmen.[82]

1. Umfang und Grenzen des Urheberrechts

31 Das Urheberrecht gewährt dem Schöpfer eines Werks «das ausschliessliche Recht am eigenen Werk».[83] In diesem Rahmen und unabhängig von der Art und Weise der Ver-

78 De Werra, Le droit moral, 527 ff., der festhält, es gebe zwar kein Gerichtsurteil zu dieser Problematik, doch könne man durch sinngemässe Anwendung von Art. 34 Abs. 3 URG zu dieser Lösung gelangen.
79 Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 URG.
80 In diesem Sinne Mosimann, Schutzrechte, 383 f.
81 Als solche gelten die in Art. 33a URG geregelten Rechte.
82 Die Frage der rechtlichen Ausnahmen vom Urheberrecht wird weiter unten in Kap. 7 Rz 70 ff. behandelt.
83 Art. 9 Abs. 1 URG.

wertung des fraglichen Werks kann der Schutz des Urheberrechts nur im Falle einer widerrechtlichen Verwendung eines Werks geltend gemacht werden.[84]

Die Frage des Umfangs des Schutzes von Urheberrechten (und damit der möglicherweise widerrechtlichen Verwendung eines Werks) ist zwar im Falle einer identischen Kopie eines geschützten Werks oder einer nur geringfügig veränderten Nachbildung leicht zu beantworten, sie wird jedoch heikler, wenn zwischen dem Originalwerk und der Schöpfung eines Dritten bedeutendere Unterschiede bestehen. In einem solchen Fall würde die Anwendung des Urheberrechts davon abhängen, ob das betreffende Werk eine widerrechtliche Verwendung des ursprünglichen Werks darstellt oder nicht. 32

Der Schutz des Urheberrechts kann im Falle einer «freien Benutzung» des Werks nicht geltend gemacht werden. Gemäss der Rechtsprechung liegt eine freie Benutzung vor, wenn der Urheber des neuen Werks sich vom bestehenden Werk lediglich inspirieren liess und seine Anleihen davon so bescheiden sind, dass sie beim neuen Werk in den Hintergrund rücken.[85] Die freie Benutzung unterscheidet sich von der Schaffung eines Werks zweiter Hand; gemäss dem Wortlaut des Gesetzes sind Werke zweiter Hand «geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter, die unter Verwendung bestehender Werke so geschaffen werden, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben».[86] Wenn ein neues Werk entsteht, bei dem das verwendete ursprüngliche Werk «erkennbar bleibt», handelt es sich also um ein Werk zweiter Hand.[87] Die Unterscheidung zwischen freier Benutzung und Werk zweiter Hand kann im Kunstbereich manchmal schwierig sein,[88] da ja das Aufgreifen und die schöpferische Adaptation bestehender Werke gängige Phänomene des Prozesses der Kunstschöpfung sind.[89] Aus gewissen Künstlerkreisen kommt daher auch das Plädoyer für eine liberale Anwendung des Urheberrechts, damit die Künstler (praktisch) frei aus den Werken anderer schöpfen können.[90] 33

84 Art. 62 Abs. 1 URG («Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird […]»).

85 BGE 125 III 328, 332: «Si l'architecte intimé s'est contenté de s'inspirer du projet créé par le demandeur et que ses emprunts à l'œuvre préexistante sont si modestes qu'ils s'effacent devant l'individualité de sa nouvelle œuvre, c'est-à-dire si les éléments individuels de l'œuvre du demandeur qui ont été repris passent à l'arrière-plan de la création dudit défendeur, il y a alors libre utilisation (freie Benutzung), laquelle ne porte pas atteinte aux droits d'utilisation de l'œuvre préexistante.»

86 Art. 3 Abs. 1 URG.

87 BGE 125 III 328, 332: «Si l'architecte précité, sur la base du projet du demandeur, a créé, par des modifications sur le plan qualitatif, une œuvre nouvelle à travers laquelle transparaît néanmoins l'œuvre première, il a alors conçu une œuvre dérivée (dite aussi œuvre de seconde main) telle que l'entend l'art. 3 LDA.»

88 Siehe z.B. den US-amerikanischen Fall Steinberg v. Columbia Pictures Industries, 663 F. Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987); darin ging es um die Übernahme der allgemeinen grafischen Gestaltung eines Titelblatts des Magazins «The New Yorker», einer stilisierten Darstellung der Stadt New York, in ein Filmplakat für «Moscow on the Hudson». Das Gericht entschied, dass diese Übernahme das Urheberrecht des Zeichners Saul Steinberg verletzte.

89 So z.B. das berühmte Bild «Déjeuner sur l'herbe» von Edouard Manet und die anderen von Schack, Kunst, 171 f. genannten Beispiele; s. auch den Katalog der Ausstellung «David Hockney: dialogue avec Picasso», Paris (RMN Réunion des Musées Nationaux) 1999.

90 Siehe z.B. die Website ‹www.kunstfreiheit.ch› (20.4.2020), auf der zu lesen ist: «Kunstfreiheit.ch ist eine Initiative Schweizer KünstlerInnen und Kulturschaffender, die sich für ein Urheberrecht einsetzen, das den Interessen der aktiven KünstlerInnen zentralen Stellenwert einräumt. Wir brauchen nicht nur Schutz unserer Arbeit, sondern auch freien Zugang zu bestehenden Werken, um daraus

34 Diese Fragen stellen sich natürlich im Kontext der *Appropriation Art* mit besonderer Schärfe.[91] Zu verweisen ist hier auf mehrere Affären um die amerikanischen Künstler Jeff Koons[92] und Richard Prince[93], deren künstlerisches Schaffen zum Teil durch das Aufgreifen von Werken Dritter (insb. Mode- und Kunstfotografien) geprägt ist. Im amerikanischen Recht, wo diese Fälle nach der Richtschnur der allgemeinen Ausnahme des *fair use*[94] beurteilt wurden, wurden sie teils zugunsten des Urhebers der angeeigneten Werke (insb. wenn der Aneigner ein kommerzielles Ziel verfolgte),[95] teils zugunsten des Urhebers der Aneignung entschieden (insb. wenn der Vertrieb des neuen Werks in einem transformativen Gebrauch besteht und den Markt der bestehenden Werke nicht beeinträchtigt).[96] Im kontinentaleuropäischen Urheberrecht scheint es schwierig, Werke der *Appropriation Art* als freie Benutzung von Werken einzustufen.[97] Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass solche Werke die Urheberrechte der Schöpfer jener Werke verletzen, die Gegenstand solcher Aneignungen sind, ausser man stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich dabei um ein Zitat oder eine Parodie handeln kann.[98]

35 In einem anderen Fall[99] hatte ein Kunstfotograf (Thomas Forsythe)[100] die berühmten Barbie-Puppen in merkwürdigen Situationen[101] arrangiert, um den Kult um die Frau als Objekt, den diese Puppen verkörpern, anzuprangern.[102] Diese Werke wurden von der Vertriebsgesellschaft der Barbie-Puppen mit verschiedenen Begründungen ge-

---

Neues schaffen zu können»; s. auch die kanadische Website ‹www.appropriationart.ca/› (20.4.2020).

91 Siehe die Analyse von SCHACK, Kunst, Rz 352 ff. und die zahlreichen Verweise auf die Lehre in Rz 352; s. auch AMES, Columbia Law Review 93 (2003) 1473; zu einer ökonomischen Analyse s. LANDES, Copyright; s. ferner DERS., Arts.

92 Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992); United Features Syndicate, Inc. v. Koons, 817 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1993); Campbell v. Koons, No. 91 Civ. 6055, 1993 WL 97381 (S.D.N.Y. Apr. 1, 1993); Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006).

93 Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2nd Cir. 2013).

94 Zu dieser Frage s. LEVAL, Commentary, 1105.

95 Siehe Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992).

96 Siehe Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006); Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2nd Cir. 2013).

97 Siehe die zahlreichen Fälle von *Appropriation Art*, in denen der Aneigner verurteilt wurde: Koons v. Davidovici, TGI Paris, 8.11.2018; Koons & Centre Pompidou v. Claude Bauret-Allard, TGI, 9.3.2017 («Naked»); Jakob Gautel v. Bettina Rheims und Albin Michel («Paradis»), KassGer, 13.11.2008, Nr. 1108. Siehe SCHACK, Kunst, Rz 352 ff., insb. Rz 355, wo eine relativ strenge Haltung gegenüber der Appropriation Art eingenommen wird.

98 Zu diesen Fragen s. unten IV 3 und 4.

99 Mattel v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003).

100 Siehe die Website des Künstlers ‹https://www.tomforsythe.com› (20.4.2020), auf der seine Werke vorgestellt werden.

101 Beispielsweise sind in einer Fotografie mit dem Titel «Barbie Enchiladas» vier Barbie-Puppen zu sehen, die in Tortillas eingewickelt, mit Sauce bedeckt und in einen eingeschalteten Backofen gesteckt worden sind, ‹https://arstechnica.com/tech-policy/2011/01/how-fair-use-brought-us-vcrs-copiersand-nude-barbie-enchiladas/› (20.4.2020).

102 Mattel v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792, 796: «In his declaration in support of his motion for summary judgment, Forsythe describes the message behind his photographic series as an attempt to ‹critique […] the objectification of women associated with [Barbie], and […] [to] lambast […] the conventional beauty myth and the societal acceptance of women as objects because this is what Barbie embodies.› He explains that he chose to parody Barbie in his photographs because he believes that «Barbie is the most enduring of those products that feed on the insecurities of our beauty and perfection-obsessed consumer culture.› Forsythe claims that, throughout his series of photographs, he attempts to communicate, through artistic expression, his serious message with an element of humor».

richtlich angefochten (Urheberrecht, Markenrecht und unlauterer Wettbewerb), jedoch als zulässig beurteilt.

Auf jeden Fall entsteht kein Werk zweiter Hand (und damit auch keine Verletzung des Urheberrechts) durch Kopieren lediglich des Stils eines Künstlers.[103] Wenn also bloss der Stil eines Künstlers nachgeahmt wird, kann kein urheberrechtlicher Schutz geltend gemacht werden.[104] Infolgedessen kann der Vertrieb von Werken, die nur stilistisch von den Werken des Urhebers inspiriert sind, nicht aufgrund des Urheberrechts verboten werden. 36

Im Falle einer Verletzung des Urheberrechts kann der Inhaber des Rechts die zivil- und strafrechtlichen Schutzmittel geltend machen, die sich aus dem Gesetz ergeben; insbesondere kann er auf zivilrechtlicher Ebene[105] «die Einziehung und Verwertung oder Vernichtung der widerrechtlich hergestellten Gegenstände oder der vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte und sonstigen Mittel» verlangen.[106] Die Vernichtung der Gegenstände darf jedoch nur angeordnet werden, wenn keine weniger einschneidende Massnahme ausreicht, um der Rechtsverletzung Einhalt zu gebieten, d.h. es gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.[107] So wird bisweilen die Meinung vertreten, bei widerrechtlichen Kopien von Werken eines Künstlers (z.B. Gemälden) sollte – nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit – nicht automatisch die Vernichtung angeordnet werden, wenn durch Anbringen eines unzerstörbaren Hinweises auf dem Werk, dass es sich um eine Fälschung handelt, jede Gefahr ausgeschlossen werden kann.[108] Die Rechtsprechung scheint allerdings recht restriktiv.[109] 37

2. Die Vermögensrechte

Gemäss Art. 10 Abs. 1 URG hat der Urheber oder die Urheberin ausschliessliche Rechte auf sein/ihr Werk. Insofern bestimmen die Urheber über das Schicksal ihrer Werke und können frei entscheiden, ob und zu welchen (finanziellen) Bedingungen das Werk durch Dritte verwendet werden darf. Das Gesetz enthält eine nicht abschliessende Aufzählung der ausschliesslichen Rechte, die die wichtigsten Nutzungsmöglichkeiten der Werke darstellen, sei es eine Nutzung in materieller Form (d.h. in 38

103 Zum Stil des Urhebers, der nicht urheberrechtlich geschützt ist, s. stellvertretend für alle DE WERRA, L'intégrité, 47 und die Verweise in FN 198.

104 Zitiert sei hier zur Veranschaulichung ein Urteil des TGI Paris, Gazette du Palais 1998, 2e semestre, Jurisprudence, Sommaires et notes, 689, wonach «[le] genre cubiste issu de l'intuition créatrice de Pablo Picasso et revélé matériellement par ses nombreuses œuvres ne peut être l'objet d'un monopole quelconque de propriété artistique que pourraient revendiquer le peintre et ses ayants droit. Il s'agit plutôt d'un style ou d'une école qui relève du fonds commun de la création et de la connaissance humaines et reste, à ce titre, inconciliable avec toute appropriation exclusive par quiconque».

105 Eine Einziehung im Strafverfahren ist – mit dem Vorbehalt schon ausgeführter Werke der Baukunst – auch durch Anwendung von Art. 69 StGB möglich, durch Verweis von Art. 72 URG; zu dieser Frage s. DAVID, *in*: Müller/Oertli (Hrsg.), Art. 72 URG N 1 ff.

106 Art. 63 Abs. 1 URG.

107 MÜLLER, *in*: Müller/Oertli (Hrsg.), Art. 63 URG N 20.

108 SCHACK, Kunst, 24.

109 OLG Hamburg, ZUM 1998 938.

Form physischer Exemplare) oder in immaterieller Form.[110] Die Digitalisierung hat neue Formen der immateriellen Nutzung (z.B. Schöpfungen von Robotern oder von Internet-Nutzern in den «Social Media» anhand bestehender Werke) ermöglicht. Hier stellt sich nun die Frage, ob diese Handlungen die ausschliesslichen Rechte des Urhebers tangieren und somit die Zustimmung des Rechteinhabers erforderlich ist oder ob sie im Gegenteil ausserhalb des Schutzbereichs liegen und die Genehmigung der Rechteinhaber nicht erforderlich ist.[111]

39 Bei Werken der bildenden Kunst spielt das Vervielfältigungsrecht in der Praxis eine sehr wichtige Rolle; es gestattet es dem Künstler (oder seinem Rechtsnachfolger), jegliche Reproduktion seines Werks, selbst in geänderter – z.B. verkleinerter – Form zu verbieten.[112]

40 Gemäss Art. 12 Abs. 1 URG hat der Urheber überdies das Recht, über die Erstveräusserung eines Werkexemplars zu entscheiden. Nach dieser ersten Veräusserung verliert der Urheber die Herrschaft über dieses Exemplar und kann sich insbesondere einer Weiterveräusserung dieses Exemplars nicht widersetzen, gemäss dem Grundsatz der Erschöpfung.[113] Das Kontrollrecht des Inhabers des Urheberrechts muss somit gegenüber dem Recht des Eigentümers des Werkexemplars zurückstehen, wobei bestimmte Ausnahmen und Beschränkungen vorbehalten bleiben.[114]

41 Unter diesen ist insbesondere das Folgerecht zu nennen, das es dem Künstler ermöglichen soll, am kommerziellen Verkaufserfolg seiner Werke teilzuhaben, indem er einen Anteil des Verkaufserlöses aus öffentlichen Auktionen erhält. Die Einführung des Folgerechts in der Schweiz wird schon seit einiger Zeit diskutiert, aber bisher ohne Erfolg.[115] Anzumerken ist, dass das Folgerecht Gegenstand einer

110 Eine vollständige Darstellung der Anwendung und des jeweiligen Umfangs der verschiedenen spezifischen Rechte, die in Art. 10 Abs. 2 URG niedergelegt sind, würde den Rahmen dieses Kapitels sprengen; s. zu diesem Thema Dessemontet, Inhalt, 175 ff. Zu einer vertieften Analyse der posthumen Reproduktionen (insb. aus dem Blickwinkel des Vervielfältigungsrechts der Erben) vgl. Benhamou, Replications, 149 ff.

111 Vgl. infra VII.

112 OLG Hamburg, ZUM 1995 430 (Werk von Maillol).

113 Der Grundsatz der internationalen Erschöpfung gilt beim Urheberrecht (gemäss dem Urteil Nintendo, BGE 124 III 321), unter Vorbehalt audiovisueller Werke, für die gemäss Art. 12 Abs. 1bis URG der Grundsatz der nationalen Erschöpfung gilt, solange der Urheber «in der Ausübung des Aufführungsrechts (Art. 10 Abs. 2 lit. c) beeinträchtigt wird» (d.h. solange der Film im Kino vorgeführt wird, s. BGer, sic! 2008 200); gemäss der Rechtsprechung (BGE 133 III 273) stellen Videospiele keine audiovisuellen Werke dar, sodass für sie der Grundsatz der internationalen Erschöpfung gilt.

114 So kann unter bestimmten Umständen das Recht auf Werkintegrität geltend gemacht werden, s. weiter unten Rz 59 ff.

115 In der Schweiz wurden mehrere parlamentarische Vorstösse im Hinblick auf die Einführung eines solchen Rechts eingereicht (Postulat Morf, 88.356, «Folgerecht im Urheberrecht» vom 9.3.1988, Motion Aeppli, 01.3401, «Folgerecht im Urheberrechtsgesetz» vom 22.6.2001 und Interpellation Thanei, 07.3397, «Folgerecht für bildende Künstlerinnen und Künstler» vom 20.6.2007). Sie waren jedoch erfolglos, im Wesentlichen weil das Folgerecht schwierig umzusetzen wäre und nur ein sehr kleiner Personenkreis (wirtschaftlich erfolgreiche Künstlerinnen und Künstler und deren Erben) davon profitieren würde. Vgl. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 13.4083 Luginbühl «Erlös für Schweizer Künstlerinnen und Künstler» vom 05.12.2013, S. 22. Siehe ferner Dessemontet, Le Droit de suite, in: Die Berner Übereinkunft und die Schweiz, Bern 1986, 343–355; Ehrler, Das Folgerecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Lichte des europäischen

EU-Richtlinie[116] ist, die von den Mitgliedstaaten seit dem 1.1.2006 umgesetzt wird.[117]

3. Das Urheberpersönlichkeitsrecht («droit moral»)

Häufig werden im Zusammenhang mit dem Schutz von Kunstwerken vor allem die Urheberpersönlichkeitsrechte geltend gemacht. Daher wird auf diese Rechte im Folgenden näher eingegangen.[118] 42

a. Recht der Erstveröffentlichung

In chronologischer Hinsicht ist das Recht der Erstveröffentlichung das erste Recht, das vom Urheber ausgeübt wird. Mit der Ausübung dieses Rechts beschliesst der Urheber, sein Werk der Öffentlichkeit (und der Kritik) preiszugeben. Das ausschliessliche Recht zur Erstveröffentlichung soll es dem Urheber ermöglichen, frei zu entscheiden, zu welchem Zeitpunkt er sein Werk der Öffentlichkeit vorstellen will.[119] 43

Im Kunstbereich kann sich die Frage des Rechts zur Erstveröffentlichung insbesondere im Falle eines Verkaufs des Werkexemplars an einen Sammler stellen, unter dem Blickwinkel des Rechts dieses Sammlers, das betreffende Werk öffentlich auszustellen.[120] Es lässt sich hier der Standpunkt vertreten, dass – ausser bei anderslautender vertraglicher Abmachung zwischen dem Künstler und dem Erwerber des Werkexemplars – der Erwerber das Recht hat, das Werk zu veröffentlichen, insbesondere indem er es für eine öffentliche Ausstellung ausleiht.[121] Die Frage der Erstveröffentlichung kann sich insbesondere bei der Abwicklung des Nachlasses eines Künstlers für (manchmal unvollendete) Werke der bildenden Kunst stellen, die sich noch im Atelier des betreffenden Künstlers befinden. In einem solchen Fall sind es die Inhaber des Veröffentlichungsrechts (oft die Erben), die das Recht (stillschweigend) ausüben, 44

Rechts, Zürich 2001 (Bd. 13 der Studien zum Kunstrecht) und RENOLD, Le droit de suite des artistes en Suisse, in: Liberté de l'art et indépendance de l'artiste, Zürich 2004, 167–176.

116 Richtlinie 2001/84/EG des europäischen Parlaments und des Rats über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks.

117 Die Richtlinie wird manchmal kritisiert, weil sie gegenüber dem Schutz, der schon bisher in einigen Mitgliedstaaten bestand (insb. in Deutschland und Frankreich), keine Verbesserung darstellt; s. SCHACK, Kunst, Rz 443 und DUCHEMIN, RIDA 191 (2002) 3 ff.

118 Zu einer vertieften Analyse der posthumen Reproduktionen (insb. aus dem Blickwinkel des Rechts auf Werkintegrität, das von den Erben geltend gemacht werden kann) vgl. BENHAMOU, Replications, 149 ff.

119 Die Veröffentlichung des Werks hat die Anwendbarkeit bestimmter Ausnahmen vom Urheberrecht zur Folge, insb. die Erlaubnis zum Zitieren; gemäss Art. 25 Abs. 1 URG dürfen nur veröffentlichte Werke zitiert werden.

120 Für eine Erörterung s. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Rz 213 ff.

121 DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Rz 213, wo festgehalten wird, dass je nach den Umständen des konkreten Falls vom Bestehen einer stillschweigenden Übertragung des Erstveröffentlichungsrechts im Kaufvertrag des Werkexemplars ausgegangen werden kann; einige Autoren sehen darin eine Verankerung des Prinzips der Erschöpfung nach Art. 12 Abs. 1 URG; diese Lösung gilt auch im deutschen Recht, gemäss § 44 Abs. 2 des deutschen Urheberrechtsgesetzes («Der Eigentümer des Originals eines Werkes der bildenden Künste oder eines Lichtbildwerkes ist berechtigt, das Werk öffentlich auszustellen, auch wenn es noch nicht veröffentlicht ist, es sei denn, dass der Urheber dies bei der Veräusserung des Originals ausdrücklich ausgeschlossen hat.»).

indem sie den Verkauf oder die öffentliche Ausstellung dieser Werke genehmigen, die vom Künstler selbst nicht veröffentlicht worden waren.[122]

b. Recht auf Anerkennung der Urheberschaft

45 Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft («droit de paternité») ermöglicht es dem Urheber, sich als Urheber eines bestimmten Werks anerkennen zu lassen.[123] In allgemeinerer Hinsicht hat der Urheber das Recht, zu bestimmen, «unter welcher Urheberbezeichnung» sein Werk veröffentlicht werden soll.[124] Der Urheber kann somit entscheiden, ob sein Werk unter seinem richtigen Namen oder unter einem Pseudonym veröffentlicht werden soll.[125] Er kann ferner beschliessen, dass im Zusammenhang mit seinem Werk sein Name überhaupt nicht zu nennen sei, indem er es anonym veröffentlicht (z.B. weil er der Ansicht ist, das Werk sei nicht – oder nicht mehr – für sein Schaffen repräsentativ).[126] Ein Künstler kann somit verbieten, dass sein Name auf einem Werk erscheint, bei dem er anonym bleiben will. Dieses Recht auf «künstlerische Anonymität» kann jedoch den Markt (und insbesondere die Experten) nicht daran hindern, dieses Werk als Originalwerk des betreffenden Künstlers anzusehen, was die Grenzen des Exklusivrechts des Urhebers aufzeigt. In der Praxis kann mit diesem Recht somit lediglich einem Dritten verboten werden, den wahren Namen des Künstlers gegen dessen Willen am betreffenden Werk anzubringen;[127] in einigen ausländischen Rechtssystemen ist diese Lösung im Übrigen vorgesehen.[128] Der Künstler kann jedoch das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft nicht dazu verwenden, sich von Werken zu distanzieren (z.B. Jugendwerken), die er nicht mehr schätzt und die Dritten gehören.[129]

46 Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft erhält im Bereich der bildenden Kunst eine besondere Bedeutung, da mit der Signierung des Werks die Anerkennung der Verbindung zwischen Urheber und Werk zum Ausdruck kommt.[130] In praktischer

122 Ausser der Urheber hat mit letztwilliger Verfügung eine solche Veröffentlichung untersagt oder sogar die Vernichtung solcher Werke angeordnet; s. dazu DE WERRA, sic! 2000 691 f.
123 Art. 9 Abs. 1 URG.
124 Art. 9 Abs. 2 URG.
125 HUG, *in*: Müller/Oertli (Hrsg.), Art. 9 URG N 15.
126 Ibid.
127 Analog kann ein Schriftsteller, der Werke anonym oder unter einem Pseudonym veröffentlicht, nicht verhindern, dass Dritte (und ganz allgemein die Öffentlichkeit) seinen Namen mit diesen anonymen oder unter Pseudonym veröffentlichten Werken in Verbindung bringen und ihn damit als wahren Urheber dieser Werke anerkennen; er kann hingegen, gestützt auf seine Urheberschaft, untersagen, dass diese Werke unter seinem wahren Namen veröffentlicht werden.
128 Dies ist in § 107 Abs. 1 des deutschen Urheberrechts (mit dem Titel «Unzulässiges Anbringen der Urheberbezeichnung») der Fall: «Wer 1. auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste die Urheberbezeichnung (§ 10 Abs. 1) ohne Einwilligung des Urhebers anbringt oder ein derart bezeichnetes Original verbreitet, 2. auf einem Vervielfältigungsstück, einer Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes der bildenden Künste die Urheberbezeichnung (§ 10 Abs. 1) auf eine Art anbringt, die dem Vervielfältigungsstück, der Bearbeitung oder Umgestaltung den Anschein eines Originals gibt, oder ein derart bezeichnetes Vervielfältigungsstück, eine solche Bearbeitung oder Umgestaltung verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.»
129 SCHACK, Kunst, Rz 253.
130 SCHACK, Kunst, Rz 252.

Hinsicht kann die Ausübung des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft durch den Urheber (oder seine Erben) die Form einer Echtheitsbescheinigung annehmen. Als Beispiel sei Marguerite Duthuit genannt, die Tochter von Henri Matisse: Sie hat für einige Werke ihres Vaters Echtheitsbescheinigungen ausgestellt oder im Gegenteil eine solche Bescheinigung verweigert und so ihr «droit moral» ausgeübt. Sie ist im Übrigen vor amerikanischen Gerichten verklagt worden, weil sie ein Werk als nicht echt erklärt hatte.[131]

Die Frage des Umfangs des Schutzes aufgrund des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft dürfte manchmal schwierig zu beantworten sein, wenn es sich um Fälschungen handelt, die nicht Nachahmungen der Werke des Künstlers[132] darstellen, d.h. Fälschungen, die weder eine Reproduktion noch eine Adaptation eines Werks des Künstlers (mit anderen Worten: Werke zweiter Hand) sind. In terminologischer Hinsicht wäre das betreffende Recht ein «droit de non-paternité», d.h. das Recht des Urhebers, zu verbieten, dass sein Name auf einem Werk angebracht wird, das er nicht geschaffen hat und das keine widerrechtliche Verwendung seines Werks darstellt.[133] Es geht also darum, zu bestimmen, ob ein solches «Recht auf Anerkennung der Nichturheberschaft» aus dem Schutz des Urheberrechts abgeleitet werden kann oder nicht. Man wäre geneigt zu sagen, dass dieses Recht nicht unter das Urheberrecht fällt, eben weil keine Verwendung eines Werks vorliegt, auf das der Urheber ausschliessliche Rechte hat. Somit könnte der Künstler (oder seine Erben) gestützt auf das Persönlichkeitsrecht und ganz besonders auf den Schutz des Namens versuchen, die Verwendung seines Namens im Zusammenhang mit Werken zu verhindern, die er nicht geschaffen hat.[134] Einige Rechtsordnungen haben diese Frage geklärt und sanktionieren ausdrücklich falsche Zuschreibungen von Werken im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zum Urheberrecht.[135] Ein solcher Ansatz hat den Vorteil, dass er einen Schutz während der gesamten Schutzdauer des Urheberpersönlichkeitsrechts erlaubt, also auch über den Tod des Urhebers hinaus, was oft nicht möglich ist, wenn der Schutz auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht beruht. Letzteres erlischt näm- 47

131 Siehe Findlay v. Duthuit, 86 AD 2d 789, 446 NYS 2d 951 (1982); ein weiteres Beispiel für eine Haftungsklage gegen den Inhaber des Persönlichkeitsrechts ist der nicht veröffentlichte Entscheid des franz. KassGer (Cour de cassation), Cass. 2e civ., 10.11.2005, pourvoi n° 04-13618) in einem Fall, in welchem die Witwe eines Kunstmalers, Inhaberin des Urheberpersönlichkeitsrechts, die Ausstellung eines Echtheitszertifikats verweigert hatte. Das Kassationsgericht hat jegliche Haftung der Inhaberin des «droit moral» verneint (die der geschädigte Sammler gestützt auf Art. 1382 des Code civil geltend machte), da das Appellationsgericht, dessen Entscheid damit aufgehoben wurde, es versäumt habe, nachzuweisen, dass die Witwe «avec mauvaise foi ou une légèreté blâmable» gehandelt habe.

132 Zu dieser Problematik (aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts) s. BULLINGER, Kunstwerkfälschung.

133 Vgl. oben Rz 31 ff.

134 DE WERRA, sic! 2000 695; diesem Ansatz folgt auch das französische Recht seit einem Urteil des KassGer (Cour de cassation) zu einem Bild, das fälschlicherweise Utrillo zugeschrieben wurde (Cass., 1re civ., RIDA 2001 [188] 309); im deutschen Recht bleibt die Problematik akut nach einem Urteil des BGH zu gefälschten, Emil Nolde zugeschriebenen Aquarellen (Schutz gestützt auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht und nicht das Urheberpersönlichkeitsrecht, das als ungenügend angesehen wurde), s. BGHZ 107, 384; zu dieser Frage s. NORDEMANN, GRUR 1996 737.

135 So regelt z.B. Section 84 des englischen Copyright, Designs and Patents Act von 1988 diese Frage wie folgt: 84. – (1) A person has the right in the circumstances mentioned in this section – (a) not to have a literary, dramatic, musical or artistic work falsely attributed to him as author, and (b) not to have a film falsely attributed to him as director.

lich in der Regel beim Tod des Urhebers (selbst wenn die Erben später gegebenenfalls die Verletzung ihrer eigenen Persönlichkeitsrechte geltend machen können).[136] In begrifflicher Hinsicht geht ein solches Recht allerdings über den Bereich des Urheberrechts hinaus und zielt in Wirklichkeit auf den Schutz des Namens und nicht den Schutz des Werks des Künstlers. Aus dieser Sicht ist es in einem Urheberrechtsgesetz fehl am Platz.[137]

48 Die Inhaber des Urheberpersönlichkeitsrechts könnten versucht sein, Kopien herzustellen und sie als Originalabzüge auszugeben. Zum einen, weil es für den Begriff «Originalabzüge» nämlich keine allgemeingültige Definition gibt.[138] Zum andern, weil einige Gerichte andeuteten, dass posthume Abzüge, welche die Eigenschaften des Originals in allen Punkten einhalten, als Originalwerke eingestuft werden könnten. So entschied das Gericht im Fall der Kopien der Skulptur «La Vague» von Camille Claudel, die von deren Nichte hergestellt worden waren, dass diese Kopien nicht als «Original» bezeichnet werden durften, sondern als «Reproduktion» zu bezeichnen waren, da die Abformungstechnik es nicht gestattete, das Originalwerk exakt identisch zu reproduzieren; damit deutete es an, dass posthume Abzüge, die dem Originalwerk in allen Einzelheiten entsprechen, als Originale eingestuft werden könnten (z.B. mit dem Originalnegativ erstellte Fotografie oder ein digitales Werk, das auf einer intakten digitalen Datei beruht).[139]

49 Die Inhaber des Urheberpersönlichkeitsrechts können manchmal versucht sein, ihr Recht auf Anerkennung der Urheberschaft in einer Weise auszuüben, die ihren eigenen (finanziellen) Interessen dient,[140] indem sie die Echtheit von Werken im Besitz von Dritten bestreiten. Es ist denn auch nicht auszuschliessen, dass gewisse Künstler oder ihre Erben versuchen, vom Handelswert ihres Namens zu profitieren, und das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft missbrauchen.[141]

50 Unter diesen Umständen kann man die Frage nach der Haftung des Inhabers des Urheberpersönlichkeitsrechts (und konkret des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft) stellen, der sich weigert, ein bestimmtes Werk für echt zu erklären und damit verhindert, dass der Name des Künstlers auf diesem Werk angebracht wird. Diesbezüglich ist in grundsätzlicher Hinsicht festzustellen, dass der Inhaber des Urheberrechts (bzw. des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft) sein Recht frei (und damit willkürlich) ausüben kann, unter Vorbehalt eines Verstosses gegen das Wett-

136 DE WERRA, sic! 2000 695.

137 Anzumerken ist allerdings, dass bestimmte Regelungen ausländischen Rechts ausdrücklich den Namen des Urhebers schützen, vgl. Art. 121-1 des französischen Code de la propriété intellectuelle.

138 Vgl. Kap. 1 Rz 201.

139 Vgl. Kap. 1 Rz 201.

140 So hat im Fall Findlay v. Duthuit (s. vorne Fn 131) das angerufene Gericht festgestellt, dass Duthuit nicht nur Inhaberin der Urheberpersönlichkeitsrechte war, sondern auch Eigentümerin und Verkäuferin zahlreicher Werke von Matisse, wodurch ein Interessenkonflikt hinsichtlich der Matisse-Werke entstand, die von anderen Händlern verkauft wurden.

141 Siehe den Artikel von BAILEY, Journal des Arts 95 (1999) 61 ff. Für eine Darstellung von Fragen der Praxis von Sachverständigen im Bereich der Zuschreibungen von Kunstwerken und ihres Einflusses auf den Kunstmarkt, s. auch BANDLE/ELSIG, Risques.

bewerbsrecht.[142] Unter diesen Umständen scheint es sehr heikel, eine solche Haftung zu postulieren.[143]

Wie François Duret-Robert erläutert, hat das Recht, Fälschungen einziehen zu lassen, den Erben die Macht verliehen, ein Urteil über die Echtheit von Werken zu fällen.[144] In der Praxis dürfte oft die Meinung der Erben zu Werken eingeholt werden, die noch nicht veröffentlicht worden sind und die sich noch im Nachlass des betreffenden Künstlers (z.B. in seinem Atelier) befinden. Wenn die Erben einige dieser Werke zum Verkauf stellen (z.B. im Rahmen eines Atelierverkaufs[145]), versehen sie die Werke mit einem besonderen Stempel[146], der dann als Echtheitsbescheinigung der Werke auf dem Kunstmarkt gilt.[147] 51

Aus der Sicht des Urheberrechts bildet die Anbringung dieses Stempels eine Form der Ausübung des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft,[148] d.h. des ausschliesslichen Rechts zu bestimmen, «ob, wann, wie und unter welcher Urheberbezeichnung das eigene Werk erstmals veröffentlicht werden soll».[149] Die Kunsthändler haben es dementsprechend auch nicht versäumt, von sich aus die Meinung der Erben einzuholen (wobei ein positiver Bescheid in einem Zertifikat konkretisiert wird), um die Echtheit von unbekannten Werken eines Künstlers feststellen zu lassen; damit soll auch das Risiko einer Einziehung der Werke durch die Erben aufgrund einer Verletzung des Urheberrechts vermieden werden.[150] In den Augen der professionellen Kunsthändler kommt diese Praxis oft einer Verpflichtung gleich, da die Erben als unverzichtbare Ansprechpartner für die Bestätigung der Echtheit der Werke angesehen werden.[151] 52

Um sich vor jeder Gefahr eines von den Erben eingeleiteten Gerichtsverfahrens wegen Verletzung des Urheberrechts zu schützen, versuchen die Kunsthändler also, von den Erben ein Echtheitszertifikat zu erhalten.[152] Eine negative Antwort des Inhabers 53

142 Zur Frage des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung s. Gräfin von Brühl, Pouvoir, 135 ff.; dieser auf dem Wettbewerbsrecht beruhende Ansatz hat in den Vereinigten Staaten zu zahlreichen Streitfällen geführt, vgl. Lacy, Warhol.

143 Im französischen Recht scheint es aber doch möglich, den Inhaber des Urheberpersönlichkeitsrechts haftbar zu machen, der sich weigert, die Echtheit eines Werks zu bestätigen, sofern er dabei «avec mauvaise foi ou une légèreté blâmable» handelt, gemäss KassGer, 10.11.2005, zitiert oben in FN 131.

144 Duret-Robert, Droit, 240 (« le droit de faire saisir les faux a donné aux héritiers le pouvoir de juger de l'authenticité des œuvres »).

145 Damit üben die Erben für diese Werke das Recht der Erstveröffentlichung aus; vgl. Art. 9 Abs. 2 URG.

146 Als «Atelierstempel» (cachet) oder «Ateliermarke» (timbre d'atelier) bezeichnet; vgl. Lequette-de Krevenoaël, L'authenticité, 209.

147 Duret-Robert, Droit, 240.

148 Siehe jedoch Caron, 20 ff., Kommentar 20 (Bemerkungen zum Entscheid des KassGer vom 10.11.2005), gemäss welchem «[…] le pouvoir d'authentifier un tableau ne relève pas de l'exercice du droit à la paternité. Si c'était le cas, seul le titulaire de cette prérogative pourrait procéder à des authentifications.»

149 Art. 9 Abs. 1 URG.

150 Duret-Robert, Droit, 240.

151 Duret-Robert, Droit, 240; Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 204, die von einem «point de passage obligé» spricht.

152 Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 206.

des Urheberpersönlichkeitsrechts kann dabei für ein Gemälde verheerende Folgen haben.[153]

54 Diese Macht der Erben ist daher als «autorité de fait» bezeichnet worden.[154] Diese Macht dürfte sich allerdings nicht aus einer Faktenlage ergeben, sondern vielmehr aus dem *rechtlichen* Schutz aufgrund des Urheberrechts.[155] Aber auch wenn den Erben eine solche Befugnis zugestanden wird, heisst das nicht, dass ihre Macht ausschliesslich oder absolut ist. Ganz im Gegenteil: Wie schon hervorgehoben wurde, verfügen die Inhaber von Urheberrechten (und ganz besonders von Urheberpersönlichkeitsrechten) nicht über das ausschliessliche Recht, sich zur Frage der Echtheit von Werken eines Künstlers zu äussern. In Wirklichkeit ist es so, wie ein Autor festgestellt hat: «[a]s far as the law is concerned, the holder of the droit moral is just another legal expert whose opinion is only as good as his qualifications and the arguments he puts forward».[156] So wird nicht immer die Meinung des Inhabers des Urheberrechts befolgt, sondern bisweilen diejenige von qualifizierteren Experten.[157]

55 Die Macht der Erben, die sich aus dem Urheberrecht und insbesondere aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht ergibt, ist jedoch nicht zu vernachlässigen, denn diese Macht ist das Ergebnis ihres Rechts, jegliche Verletzung der Rechte, deren Inhaber sie sind, verbieten oder einstellen zu lassen.[158] So schützt sich ein Verkäufer, der ein «certificat de l'héritier et ami du peintre accompagnant l'œuvre» hat, vor einem Verfahren wegen Urheberverletzung.[159] Die Erlangung eines solchen Zertifikats gilt daher oft als «Versicherung gegen das Einziehungsrisiko».[160] Damit ein solches Zertifikat diese Schutzfunktion erfüllen kann, ist es unter Umständen notwendig, sich zu vergewissern, dass alle Inhaber der betreffenden Rechte es mitausgestellt oder ihm zugestimmt haben. Die Ausübung der Urheberrechte durch die Erben kann nämlich deren Einstimmigkeit erfordern. Es kommt jedoch vor, dass sich die Erben nicht einig sind. Unter solchen Umständen bietet ein Echtheitszertifikat, das nur von einem einzigen Miterben, ohne Zustimmung der übrigen, ausgestellt wird, nicht unbedingt den gewünschten Schutz.[161] Dieses Rechtsrisiko hängt jedoch vom Urheberrecht des jeweiligen Landes ab, das im konkreten Fall anwendbar ist, und kann sich somit ändern,

153 Als Beispiel s. den Fall Greenwood v. Koven, 880 F. Supp. 186 (S.D.N.Y. 1995).

154 Duret-Robert, Droit, 240.

155 Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 203 f., die feststellt, dass die von den Erben eines Künstlers abgegebenen Urteile über die Echtheit der Werke ihren Ursprung in den Rechten haben, die das Gesetz ihnen zugesteht; eine de-facto-Macht könnte hingegen bestehen, wenn der Markt nur einen einzigen Kunstexperten als Autorität für ein endgültiges Urteil über die Echtheit von Werken eines bestimmten Künstlers anerkennt.

156 Levy, Authentification, 844.

157 Siehe das (nicht publizierte) Urteil des AppGer (Cour d'appel) Paris, 9.11.1988, das von Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 194 f. dargelegt wird.

158 In Frankreich wird diese Macht im – starken – Sanktionsinstrument der Einziehung der Fälschung konkretisiert; vgl. Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 205 f.

159 Nicht publiziertes Urteil des französischen KassGer, 28.2.1991, zitiert von Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 206.

160 «Contrat d'assurance contre le risque de saisie», s. Duret-Robert, Le règne, 123.

161 Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 210, zitiert als Beispiel eine in der Gazette de Drouot (vom 13.2.1976) veröffentlichte Mitteilung der Familie des Malers Renoir, wonach das mit dem Werk Renoirs verbundene Urheberpersönlichkeitsrecht nur gemeinschaftlich ausgeübt werden könne und jegliche Verfügung nur eines Erben, ohne Mitwirkung der übrigen, mit Regelwidrigkeit behaftet sei.

wenn das betreffende Werk von einem Land in ein anderes gebracht wird.[162] Im schweizerischen Urheberrecht gilt der Grundsatz der Einstimmigkeit bei der Ausübung von Urheberrechten durch die Mitinhaber der Rechte (insb. durch Miterben). Miterben, die nach dem Tod des Künstlers Inhaber der Urheberrechte werden, können somit nicht einzeln rechtliche Schritte ergreifen, um eine Verletzung ihrer Rechte geltend zu machen, sondern sind für die notwendige Aktivlegitimation im Gegenteil gehalten, gemeinsam zu handeln.[163] Infolgedessen können aus Sicht des schweizerischen Rechts die übrigen Erben mangels Einstimmigkeit vor Gericht keine Verletzung der Urheberrechte geltend machen, wenn nur ein einziger Erbe ein Echtheitszertifikat für ein bestimmtes Gemälde ausgestellt hat und damit der Meinung ist, dieses Bild verletze das Urheberrecht (dessen Mitinhaber er ist) nicht.

Die Situation kann sich noch komplizieren, wenn die Urheberrechte verschiedenen Inhabern zugeteilt worden sind (insb. im Rahmen letztwilliger Verfügungen). Es kann in der Tat vorkommen, dass der Urheber seine Vermögensrechte bestimmten Personen (z.B. seinen Erben) überträgt, seine Urheberpersönlichkeitsrechte (insb. das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft) aber einer Vertrauensperson, die nicht zum Kreis der Erben gehört. In einem solchen Fall muss die Zustimmung der jeweiligen Inhaber beider Kategorien von Rechten eingeholt werden, um das Risiko einer Klage der einen oder anderen Inhabergruppe zu vermeiden. Jede der beiden Gruppen könnte nämlich versuchen, die Verletzung ihrer eigenen Rechte geltend zu machen. Selbst angenommen, die Inhaber der Verwertungsrechte für die Werke eines Künstlers erachten das Werk als echt (sodass es die ausschliesslichen Verwertungsrechte, insbesondere das Vervielfältigungsrecht, nicht verletzt),[164] können die Inhaber des Urheberpersönlichkeitsrechts (insb. des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft) den Standpunkt einnehmen, dass der Name des Künstlers aufgrund des Rechts auf Anerkennung der (Nicht-)Urheberschaft dennoch nicht auf dem Werk angebracht werden dürfe. 56

Eine Frage stellt sich in den Rechtssystemen, in denen die Schutzdauer für die Vermögensrechte und für die Urheberpersönlichkeitsrechte nicht identisch ist (was im schweizerischen Recht nicht der Fall ist) und in denen der Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte als ewig gilt, wie z.B. im französischen Urheberrecht.[165] In solchen Systemen ist eine gewisse Tendenz festzustellen, den Schutz auf jegliche Verwendung des Namens eines Künstlers auf einem Werk auszudehnen, selbst wenn das betreffende Werk weder eine Kopie noch ein Werk zweiter Hand darstellt.[166] Ein solcher Schutz des Namens des Urhebers, unabhängig vom Schutz des Werks, kann sich dabei bisweilen auf einen weiter gefassten Rechtstext stützen. So bestimmt Art. L.121-1 des Code 57

162 Es ist leider nicht möglich, die – komplexen – Fragen des internationalen Privatrechts über das geistige Eigentum im Rahmen dieses Kapitels zu erörtern; es sei lediglich das allgemein anerkannte «Schutzland»-Prinzip erwähnt, gemäss welchem das Recht desjenigen Staates anwendbar ist, für das der Schutz beansprucht wird (vgl. z.B. Art. 110 Abs. 1 IPRG).

163 Gemäss den Regeln des Erbrechts (Art. 602 ZGB), vgl. BGE 121 III 118; zur Frage der Verwertung der Urheberrechte nach dem Tod des Urhebers s. weiter unten Kap. 7 Rz 108 ff.

164 Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG.

165 Vgl. Art. L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, gemäss welchem das Urheberpersönlichkeitsrecht «perpétuel, inaliénable et imprescriptible» (ewig, unveräusserlich und unverjährbar) ist.

166 Vgl. Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 572 ff.

de la propriété intellectuelle, dass der Urheber «jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre», was diesen extensiven Schutzansatz erklären mag.

58 Auf dieser Grundlage haben einige Gerichte die Befugnis des Inhabers der Urheberpersönlichkeitsrechte bejaht, den Vertrieb von Werken zu verbieten, die Kopien der Originalgemälde mit der Signatur eines Künstlers sind, auch wenn die Vermögensrechte auf das betreffende Werk schon abgelaufen sind.[167] Die Gerichte kamen allerdings zu dem Schluss, dass eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts nur dann vorliege, wenn das Anbringen der Signatur des Künstlers auf einem Werk, das Gemeingut geworden ist, eine Verwechslung von Original und Kopie befürchten lässt.[168] Somit ist die Möglichkeit einer Verwechslung durch die Öffentlichkeit zum massgebenden Kriterium für ein Urteil darüber geworden, ob das Urheberpersönlichkeitsrecht verletzt worden ist.[169] Kritik gegenüber diesem Ansatz ist nicht ausgeblieben, da das Urheberpersönlichkeitsrecht, und insbesondere das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, offenbar ohne Rücksicht darauf geschützt werden soll, ob eine Verwechslungsgefahr besteht oder nicht.[170] Auf jeden Fall stellt sich diese Art Fragen im schweizerischen Recht nicht, da alle Urheberrechte (Vermögens- und Urheberpersönlichkeitsrechte) dieselbe Schutzdauer haben.

c. Recht auf Werkintegrität

59 Art. 11 URG verankert den Grundsatz des Schutzes der Werkintegrität und hält insbesondere fest, dass der Urheber das ausschliessliche Recht hat, zu bestimmen, «ob, wann und wie das Werk geändert werden darf» (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG), und dass der Urheber «sich jeder Entstellung des Werks widersetzen [kann], die ihn [...] in seiner Persönlichkeit verletzt», und dies selbst dann, wenn «eine Drittperson vertraglich oder gesetzlich befugt ist, das Werk zu ändern oder es zur Schaffung eines Werkes zweiter Hand zu verwenden» (Art. 11 Abs. 2 URG).[171]

60 Der Schutz der Werkintegrität spielt im Bereich der bildenden Kunst eine wesentliche Rolle, da die konkrete Form, die der Künstler seinem Werk gegeben hat, den einzigartigen und ungreifbaren Ausdruck der Kreativität des Künstlers darstellt. Somit ist das Werk so zu achten, wie es der Urheber gewollt hat («le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit»).[172] Insofern kann jeglicher Eingriff eines Dritten an einem Kunstwerk die Integrität dieses Werks beeinträchtigen und damit das Recht des Urhebers auf Werkintegrität verletzen. Ungeachtet des Gesetzestextes,

---

167 «Le fait que les droits patrimoniaux soient arrivés à expiration n'autorise pas les tiers à en disposer sans restrictions: il appartient à celui qui l'exploite de veiller au respect du nom de l'auteur et à l'intégrité de l'œuvre», «l'imitation de la signature de l'auteur constituant une ‹atteinte à l'identité artistique de l'auteur› dit droit moral qui persiste après l'expiration des droits patrimoniaux», TGI Paris, RIDA 167 (1996) 282; s. zu dieser Frage Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 570 f.

168 Urteil des franz. KassGer, Recueil Dalloz II, Informations Rapides, 1997, 200; s. auch Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 572.

169 Der Verweis auf den Begriff der Verwechslungsgefahr ist im Rahmen dieses Kapitels interessant, denn dieser Begriff bildet ein zentrales Element der Analyse im Markenrecht (s. unten § 2) und im Lauterkeitsrecht (s. unten § 4).

170 Bernault/Lucas/Lucas-Schloetter, Rz 610, S. 516.

171 Zu dieser Frage allgemein s. de Werra, L'intégrité.

172 TGI Paris, RIDA 155 (1993) 225.

der anzuzeigen scheint, dass das Recht auf Werkintegrität absolut und unbeschränkt ist, ist doch zu beachten, dass der entsprechende Schutz das Ergebnis einer Interessenabwägung ist, die in jedem einzelnen Fall, insbesondere auch mit Blick auf die Art des betreffenden Werks, vorzunehmen ist.[173]

Eine Verletzung der Werkintegrität kann direkt oder indirekt sein; eine direkte Verletzung äussert sich in einer Entstellung der eigentlichen Werksubstanz.[174] Eine direkte Verletzung kann z.B. gegeben sein, wenn ein Kunstwerk, das aus verschiedenen Elementen besteht, zerteilt und die Teile einzeln verkauft werden,[175] oder wenn es inadäquat restauriert wird. Die Restaurierung von Kunstwerken kann somit manchmal problematisch sein, wobei man allerdings grundsätzlich den Eigentümer eines Werks, das schadhaft wird, nicht dazu zwingen kann, Massnahmen zu seiner Erhaltung zu ergreifen.[176] Es ist nämlich durchaus möglich, dass der Künstler sein Werk dem Zahn der Zeit aussetzen wollte und es so geschaffen hat, dass sein Verfall dem natürlichen Lauf der Dinge entspricht. In einem solchen Fall würde jeder Eingriff eines Dritten, mit dem das Werk in seinem ursprünglichen Zustand erhalten werden soll, gegen den Willen des Künstlers erfolgen und könnte die Werkintegrität verletzen.[177] 61

Ein Werk kann auch indirekt beeinträchtigt werden, u.a. dadurch, dass es in einem unangemessenen Kontext verwendet wird, ohne dass das Werk an sich dabei verändert wird.[178] Dies gilt z.B. für die Verwendung eines Werkes (der bildenden Kunst) zu Werbezwecken[179] oder bei der Hinzufügung eines Rahmens zu einem Bild, wenn dabei der Eindruck entsteht, der Rahmen sei vom Urheber des gerahmten Werks gestaltet worden.[180] Der Schutz vor indirekten Beeinträchtigungen ist jedoch nicht unbegrenzt. 62

Zitiert sei hier ein deutscher Gerichtsfall (Gericht Erfurt), bei dem sich ein Künstler der Ausstellung mehrerer seiner Gemälde im Rahmen einer Gesamtausstellung zur Kunst in der ehemaligen DDR widersetzen wollte. Der Künstler warf den Ausstellern eine Verletzung seines Urheberpersönlichkeitsrechts (Recht auf Werkintegrität) vor, 63

173 Zu dieser Frage s. DE WERRA, L'intégrité, 87 ff.

174 DE WERRA, L'intégrité, 68.

175 Siehe dazu den berühmten Fall des Kühlschranks und der sechs Paneele von Bernard Buffet, die von ihrem Erwerber einzeln weiterverkauft wurden, Urteil AppGer Paris, Dalloz 1962 570.

176 Siehe dazu RENOLD, sic! 2003 204 ff.; s. auch § 22 des österreichischen Urheberrechtsgesetzes, der festhält: «Der Besitzer eines Werkstückes hat es dem Urheber auf Verlangen zugänglich zu machen, soweit es notwendig ist, um das Werk vervielfältigen zu können; hiebei hat der Urheber die Interessen des Besitzers entsprechend zu berücksichtigen. Der Besitzer ist nicht verpflichtet, dem Urheber das Werkstück zu dem angeführten Zwecke herauszugeben, auch ist er dem Urheber gegenüber nicht verpflichtet, für die Erhaltung des Werkstückes zu sorgen.»

177 Zu einer Erörterung der Fragen des Urheberpersönlichkeitsrechts im Zusammenhang mit Restaurierungen, s. die Beiträge von DREIER und COHEN im Sammelwerk von BYRNE-SUTTON/RENOLD/RÖTHELI-MARIOTTI, La restauration; s. auch DREIER, Urheberpersönlichkeitsrecht, 365 ff.

178 DE WERRA, L'intégrité, 72, solche Beeinträchtigungen werden bei Werken der Baukunst geltend gemacht; s. dazu Kap. 9 § 3 des vorliegenden Werks.

179 Siehe zur nicht bewilligten Verwendung einer Kopie eines Werks von Niki de Saint-Phalle in einer Werbekampagne WALRAVENS, RIDA 197 (2003) 51.

180 Siehe den Fall «Unikatrahmen», der vom deutschen Bundesgerichtshof beurteilt wurde (Fall I ZE 304/99, BGHZ 150, 32 ff.): Dabei ging es um Bildreproduktionen, die in Rahmen angeboten wurden, deren Bemalung sich als Fortsetzung der Werke darstellte, sodass Bild und Rahmen vom unbefangenen Betrachter als Gesamtkunstwerk angesehen werden konnten.

die durch die unvorteilhafte Hängung seiner Werke an einer überladenen Wand erfolgt sei.[181] Das Erfurter Gericht entschied zugunsten der Organisatoren und verneinte jegliche Verletzung des Rechts auf Werkintegrität, wobei es auch die Wichtigkeit des Verfassungsgrundsatzes der Freiheit der Kunst hervorhob, der von den Ausstellungsorganisatoren mit Erfolg geltend gemacht wurde.[182]

64 Zu erwähnen ist auch die Situation, dass ein Urheber versucht, eine indirekte Beeinträchtigung der Werkintegrität geltend zu machen, wenn eines seiner Werke zusammen mit Werken ausgestellt wird, die einer Kunstströmung angehören, die er nicht billigt.[183] So hatte der Maler De Chirico versucht, die Ausstellung seiner Werke im Rahmen der Biennale von Venedig, die eine Retrospektive seines Werks organisiert hatte, zu verbieten mit der Begründung, die Ausstellung sei nicht repräsentativ, da der Schwerpunkt auf seinen frühen Werken liege und sein neueres Schaffen zu kurz komme.[184] Der Künstler gewann zwar in erster Instanz,[185] wurde dann aber vom Appellationsgericht von Venedig abgewiesen, das den Standpunkt vertrat, das Urheberrecht dürfe es dem Künstler nicht ermöglichen, sich einer Ausstellung von Werkexemplaren zu widersetzen, die ihm nicht mehr gehörten.[186]

65 Schliesslich wäre noch die Situation zu nennen, in welcher ein Dritter Reproduktionen eines Werks herstellt, für das er die Vervielfältigungsrechte hat (oder das zwar gemeinfrei geworden ist, aber in einer Rechtsordnung, die ein unverjährbares Urheberpersönlichkeitsrecht anerkennt, wie Frankreich).[187] Die Inhaber des Persönlichkeitsrechts (oft die Erben) könnten sich der Herstellung von Exemplaren des Originalwerks mit der Begründung widersetzen, dass die Reproduktionstechnik nicht die genaue und getreue Nachbildung des Originalwerks ermöglicht (z.B. mit Abformungstechnik, ohne Originalgussform, nachgebildete Skulptur). So kam im französischen Fall Rodin das Kassationsgericht zum Schluss, dass die Kopien der Skulptur von Rodin (die 1982 gemeinfrei geworden war) das Persönlichkeitsrecht des Bildhauers verletzten, da sie auf der Abformungstechnik beruhten, die keine getreue Nachbildung der genauen Merkmale des Originalwerks gestattet, und auf anderen Sockeln montiert waren.[188]

---

181 Urteil zusammengefasst in Art-Law Centre News (Centre du droit de l'art) Nr. 3, März 2000; zu diesem Fall s. auch Hegemann, FS Hertin, 87 ff.

182 Ausdrücklich in Art. 5 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes verankert.

183 Beispiel genannt von Perret, Droits, 306; ob in einem solchen Fall eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts vorliegt, lässt sich diskutieren, s. die Verweise in de Werra, L'intégrité, 100, FN 189.

184 Eine Analyse dieses Falls findet sich in Richard/Junker, GRUR 1988 25.

185 Gericht von Venedig, Rivista Diritto Commerciale 1952 II 128.

186 AppGer Venedig, Ente Autonomo «La Biennale» di Venezia/De Chirico, Foro Italiano 1955 I 717; s. ferner Fabiani, La présentation, 143 ff.

187 Benhamou, Replications, weist darauf hin, dass der Umfang des Rechts auf Werkintegrität von einer Rechtsordnung zur andern variiert; einige Rechtsordnungen wenden dieses Recht nur dann an, wenn die Veränderungen am Werk der Ehre oder dem Ruf des Urhebers schaden, andere anerkennen ein solches Recht gar nicht.

188 KassGer, 25.10.2016, pourvoi 15-8462. Vgl. Benhamou, Replications, wonach ebenfalls eine wichtige Rolle gespielt hat, dass die Kopien nicht als «Reproduktionen» bezeichnet waren, was als irreführend angesehen wurde; dieser Entscheid Rodin wird verglichen mit dem Entscheid Camille Claudel, wonach die Reproduktion der Skulptur «La Vague» (durch die Nichte der Künstlerin, Inhaberin der Vervielfältigungsrechte) das Urheberpersönlichkeitsrecht respektierte, da sie auf der ursprünglichen Gussform beruhte (KassGer, 4.5.2012, 11-10763).

Die Frage, wie weit der Schutz der Werkintegrität geht, stellt sich bei Beeinträchtigungen, die in der Privatsphäre des Eigentümers des Werks erfolgen. In der Lehre ist diese Frage zwar umstritten, doch dürfte wohl gelten, dass diese Art von Verletzung der Werkintegrität widerrechtlich ist, wenn der Eingriff am Werk schwerwiegend und unumkehrbar ist (z.B. im Falle des einzigen Originalexemplars eines Bildes oder Freskos, das ohne Genehmigung übermalt wird).[189] In einem solchen Fall sollte es dem Eigentümer verwehrt sein, die Ausnahme des privaten Gebrauchs geltend zu machen, um den Schutz des Urheberrechts zu vermeiden.[190] 66

Der Eigentümer eines Werkexemplars oder der Abtretungsempfänger bestimmter Urheberrechte kann im Übrigen vertraglich die Möglichkeit vorsehen, das Werk zu ändern oder es für die Schaffung von Werken zweiter Hand zu verwenden. Selbst in diesem Fall kann sich der Urheber «jeder Entstellung des Werks widersetzen, die ihn in der Persönlichkeit verletzt» (Art. 11 Abs. 2 URG). Um die Persönlichkeitsverletzung zu beurteilen, ist insbesondere zu ermitteln, wie stark die Beziehung zwischen der Persönlichkeit des Urhebers und dem Werk ist. Wenn das Werk einen hohen Grad an Individualität aufweist, gilt die Beziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk als eng, und ein Gericht dürfte eher geneigt sein, im Falle einer Veränderung des Werks eine Rufschädigung zu bejahen. Umgekehrt sind Veränderungen eher zu gestatten, wenn die Individualität weniger ausgeprägt (beispielsweise nur an Einzelheiten zu erkennen) ist.[191] 67

Besonderen Schutz sieht das Gesetz gegen die Zerstörung einmaliger Werkexemplare vor.[192] So bestimmt Art. 15 Abs. 1 URG: «Müssen Eigentümer und Eigentümerinnen von Originalwerken, zu denen keine weiteren Werkexemplare bestehen, ein berechtigtes Interesse des Urhebers oder der Urheberin an der Werkerhaltung annehmen, so dürfen sie solche Werke nicht zerstören, ohne dem Urheber oder der Urheberin vorher die Rücknahme anzubieten. Sie dürfen dafür nicht mehr als den Materialwert verlangen.» Wenn der Urheber dieses Originalexemplar nicht zurücknehmen kann 68

189 Siehe dazu das berühmte Beispiel des Freskos mit Sirenen, die im Originalzustand nackt waren und dann übermalt wurden, deutsches Reichsgericht, RGZ 79, 397, erörtert von Dessemontet, Le droit d'auteur, Rz 206.

190 Im Unterschied zum deutschen Recht (§ 23 des deutschen Urheberrechtsgesetzes) räumt das schweizerische Recht dem Urheber das ausschliessliche Recht ein, über Änderungen oder Anpassungen seines Werks zu bestimmen, und nicht nur über die Veröffentlichung und Nutzung solcher geänderter oder angepasster Werke, vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a und b URG; daraus lässt sich ein umfassenderes Kontrollrecht im schweizerischen Recht als im deutschen ableiten. Zum deutschen Recht s. Schack, Kunst, Rz 259; gleiche Meinung im französischen Recht, s. Bernault/Lucas/Lucas-Schloetter, Rz 529, S. 473.

191 BGE 142 III 387 E. 3.2 = Pra 2017 Nr. 66 (sic! 2016 446) – «Abschluss einer Terrasse»: Bei einem Werk der Baukunst (Villa in zeitgenössischem Stil, aus Sichtbeton, mit einer besonderen Dachkonstruktion) entschied das BGer, dass Änderungen eher zu gestatten sind, wenn sie Bauten mit funktioneller Zweckbestimmung (z.B. ein Einfamilienhaus) betreffen, als wenn es um Bauten mit ästhetischer oder religiöser Bestimmung (z.B. ein Museum oder eine Kirche) geht. Im konkreten Fall liess es die strittigen Änderungen zu mit der Feststellung, das Werk und die Änderung seien funktionell und nicht rein ästhetisch, denn sie entsprächen einem funktionellen Bedürfnis des Eigentümers. Dazu sei angemerkt, dass man sich gemäss dem BGer einzig auf den Standpunkt des Architekten, ohne Rücksicht auf die Interessen des Eigentümers, stellen müsse, um zu beurteilen, ob die Änderung persönlichkeitsverletzend ist. Dennoch nimmt das BGer dann eine Interessenabwägung vor, unter Berücksichtigung des funktionellen Zwecks der gewünschten Änderung.

192 Zu einer Darstellung des deutschen Rechts s. Schmelz, UFITA 2005 705 ff.

(insb. aus finanziellen Gründen), so muss der Eigentümer ihm die Nachbildung in angemessener Weise ermöglichen (Art. 15 Abs. 2 URG). Das Gesetz sieht überdies einen eingeschränkten Schutz bei Werken der Baukunst vor. In einem solchen Fall hat der Urheber lediglich das Recht, das Werk zu fotografieren und auf eigene Kosten Kopien der Pläne herauszuverlangen (Art. 15 Abs. 3 URG). Diese Bestimmung ist interessant, denn sie errichtet einen Schutzmechanismus für den Urheber gegenüber der radikalsten Form der Verletzung der Werkintegrität.

69 Sie wirft jedoch auch einige Interpretationsfragen auf, zu denen eine gerichtliche Klärung willkommen wäre, insbesondere was den Begriff des «berechtigten Interesses» des Künstlers an der Werkerhaltung betrifft (Art. 15 Abs. 1 URG). Wünschenswert wäre hier, dass davon ausgegangen wird, dass ein Künstler ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung sämtlicher Originalexemplare seiner Werke hat. Eine weitere Interpretationsfrage stellt sich beim Begriff des Werks der Baukunst, für welches das Gesetz einen stark eingeschränkten Schutz vorsieht. Da sich zahlreiche Urheberrechtsprozesse um Werke der Bildhauerkunst drehen, die in (öffentliche[193] oder private[194]) Bauwerke integriert sind, oder allgemeiner um Werke, deren künstlerischer Zweck es ist, sich in eine bestimmte gebaute oder natürliche Landschaft[195] einzufügen, stellt sich die Frage, ob diese Kunstwerke Werke der Baukunst i.S.v. Art. 15 Abs. 3 URG (sowie von Art. 2 Abs. 2 lit. e URG) sind – in diesem Falle wäre ihr Schutz vor Zerstörung stark eingeschränkt. Auf Werke dieser Art dürfte die Anwendung von Art. 15 Abs. 3 URG wohl kaum zulässig sein; als Werke der Baukunst sollten nur zweckbestimmte Bauten gelten und nicht Kunstwerke.

IV. Die Grenzen des Schutzes

1. Einleitung

70 Das Urheberrecht kennt, wie die anderen Immaterialgüterrechte auch, gewisse Grenzen. Mit diesen Grenzen soll eine Abwägung getroffen werden zwischen dem Schutz der Interessen der Inhaber der Urheberrechte (und der verwandten Schutzrechte) und der Interessen der Dritten, die die Werke nutzen.[196] Die wichtigste Begrenzung des Schutzes ist durch die befristete Dauer des Urheberrechts gegeben: Computerprogramme[197] ausgenommen, erlischt der Schutz 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (Art. 29 Abs. 2 lit. b URG). Einige Staaten sehen allerdings einen unbefristeten Schutz bestimmter Urheberrechte (insb. des Urheberpersönlichkeitsrechts)

193 Zur Frage der Kunstwerke im öffentlichen Raum s. RENOLD, sic! 2003 204 ff.

194 Siehe beispielsweise den berühmten Fall der Skulptur von Richard Serra, die für einen Platz (Federal Plaza) in New York bestimmt war und deren Zerstörung von den Behörden nach einem Gerichtsverfahren angeordnet wurde, Serra v. U.S. General Services Adm., 847 F2d 1045 (2nd Cir. 1988); s. dazu auch WEYERGRAF-SERRA, Destruction und MERRYMAN, Refrigerator.

195 Situationsspezifische Kunst oder «Land Art», s. SCHACK, Kunst, Rz 194, und das Werk von LAILACH, Land Art.

196 Zu diesen Fragen s. die Dissertation von PAHUD, Sozialbindung.

197 Art. 29 Abs. 2 lit. a URG.

vor.[198] Nach Ablauf der Schutzdauer werden die Werke zu Gemeingut und können von jedermann frei und ohne Einschränkung genutzt werden.

Was die eigentlichen Ausnahmen vom Urheberrecht betrifft, d.h. die Einschränkungen des ausschliesslichen Rechts während der Schutzdauer des Urheberrechts, können die Gesetzgeber in ihren Regelungen Ausnahmen festlegen, wobei internationale Vereinbarungen und insbesondere der Drei-Stufen-Test *(three step test)*[199] sowie allfällige regionale Abkommen zu beachten sind.[200] In grundsätzlicher Hinsicht stehen sich im Grossen und Ganzen zwei Methoden gegenüber. Mit der einen, die insbesondere im amerikanischen Recht gilt, wird ein offener Ansatz verfolgt, der auf einer allgemeinen Ausnahme vom Urheberrecht beruht (der Ausnahme des «fair use»[201]) und es den Gerichten überlässt, den Umfang des Urheberrechts und seiner Ausnahmen in jedem einzelnen Fall zu bestimmen. Die andere, die in das kontinentaleuropäische Recht eingeflossen ist, besteht hingegen darin, verschiedene spezifische Ausnahmen vom Urheberrecht im Gesetz aufzuzählen (z.B. Zitate, privater Gebrauch usw.).[202] Dieser zweite Ansatz hat im schweizerischen Recht Eingang gefunden, in den Art. 19–28 URG. Um die Kohärenz des Systems und die Ausgewogenheit des Urheberrechts zu wahren, wird im Allgemeinen davon ausgegangen, dass die Aufzählung der rechtlichen Ausnahmen erschöpfend ist. Allerdings ist festzustellen, dass aus anderen Bereichen stammende Einschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes nicht immer vermieden werden können, insbesondere durch Anwendung des Wettbewerbsrechts (Bekämpfung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung).[203] 71

Wie dem auch sei, die Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes und insbesondere diejenigen über die Ausnahmen sind verfassungskonform zu interpretieren.[204] In diesem Zusammenhang kann der Verfassungsgrundsatz der Freiheit der Kunst eine wesentliche Rolle spielen und potenziell in Konflikt mit dem Schutz des Urheberrechts treten. Diese Frage ist daher näher zu untersuchen. 72

198 Dies ist in Frankreich der Fall (Art. 121-1 CPI); s. dazu auch BERNAULT/LUCAS/LUCAS-SCHLOETTER, Rz 546, S. 483.

199 Art. 9 Abs. 1 der Berner Übereinkunft (SR 0.231.15) und Art. 13 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (SR 0.632.20 Anhang 1C); vgl. FICSOR, RIDA 192 (2002) 111 ff.

200 Was die Europäische Union betrifft, s. Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft; diese Bestimmung enthält allerdings einen sehr langen Katalog möglicher Ausnahmen, die die Mitgliedstaaten erlassen können, und harmonisiert damit das Recht der Mitgliedstaaten nicht wirklich.

201 Verankert in § 107 des amerikanischen Urheberrechtsgesetzes (1976 Copyright Act).

202 Zu diesen unterschiedlichen Ansätzen, s. SCHACK, Kunst, Rz 273; zu den Divergenzen und Konvergenzen zwischen Urheberrecht- und Copyright-Systemen s. generell die Dissertation von STROWEL, Droit.

203 Bestätigt durch die Fälle «Magill» (EuGH, C-241/91 P und C-242/91 [1991], verbundene Rechtssachen, RTE et al.c. Kommission) sowie «IMS Health» (EuGH, C-418/01 [2004], IMS Health c. NDC Health), die vom EuGH beurteilt wurden (s. dazu Nr. 4).

204 Für das deutsche Recht s. SCHACK, Kunst, Rz 273.

2. Konflikt zwischen Urheberrecht und Freiheit der Kunst

73 Das Urheberrecht, gedacht als das ausschliessliche Recht des Schöpfers auf sein Werk, das Produkt seiner geistigen Arbeit, gilt für alle, die ein bestehendes Werk auf kreative oder andere Weise benutzen wollen.[205] Insofern kann das Urheberrecht in Konflikt mit dem Verfassungsgrundsatz der Freiheit der Kunst treten.[206] Art. 21 der Bundesverfassung hält denn auch fest: «Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet.»[207] Die Freiheit der Kunst wird damit in der schweizerischen Rechtsordnung formell zu einem Grundrecht erhoben.[208] Es sei hier daran erinnert, dass auf internationaler Ebene[209] die Freiheit der Kunst ihre Grundlage in Art. 15 § 3 des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte[210] und, als Bestandteil der Meinungsäusserungsfreiheit, in Art. 19 § 2 des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte[211] sowie in Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention hat. Die Freiheit der Kunst ist auch in einigen Kantonsverfassungen verankert.[212]

74 Bevor die Freiheit der Kunst formell in der Bundesverfassung festgehalten wurde, war sie nicht als eigenständiges, ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anerkannt,[213] sondern wurde vom Bundesgericht vielmehr als eine Facette der Meinungsfreiheit angesehen.[214]

75 Dieser Konflikt zwischen der Freiheit der Kunst und dem Schutz des Urheberrechts stellt somit (mindestens)[215] zwei Grundrechte gegeneinander: die Freiheit der Kunst einerseits

---

205 Sofern diese Nutzung im Bereich des Urheberrechtsschutzes liegt.

206 Siehe DE WERRA, Medialex 2001 143 ff.; SCHMIEDER, UFITA 92 (1982) 63 ff.; DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 117 ff.; PAHUD, Sozialbindung, 94.

207 Die Freiheit der Kunst ist Gegenstand verschiedener Studien im schweizerischen Recht, vgl. die Dissertationen von HEMPEL, Freiheit und VOGT, Freiheit; s. auch Kap. 2 des vorliegenden Bandes.

208 Die Grundrechte sind im 1. Kap. des 2. Titels (Grundrechte, Bürgerrechte und Sozialziele) der Verfassung verankert (Art. 7–34 BV).

209 Zu erwähnen ist, dass die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948, obwohl sie nicht zwingende Rechtskraft hat, in ihrem Art. 27 Abs. 1 festhält: «Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben.»; Art. 27 Abs. 2 verankert den Schutz des Urheberrechts («Jeder hat das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen»), womit das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit der Kunst und Urheberrecht vorweggenommen wird.

210 SR 0.103.1. Art. 15 Ziff. 3 hält fest: «Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die zu wissenschaftlicher Forschung und schöpferischer Tätigkeit unerlässliche Freiheit zu achten.»

211 SR 0.103.2. Art. 19 Ziff. 2 lautet: «Jedermann hat das Recht auf freie Meinungsäusserung; dieses Recht schliesst die Freiheit ein, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.»

212 Siehe die Verweise in AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel, Rz 601.

213 Botschaft BV, 163 f.

214 BGE 120 II 225, 227; 117 Ia 472, 478 und die dort zitierte Rechtsprechung. Die Meinungsfreiheit wird durch Art. 16 der Bundesverfassung mit dem Titel «Meinungs- und Informationsfreiheit» gewährleistet, der in Abs. 2 festhält: «Jede Person hat das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.» Die ausdrückliche Verankerung der Freiheit der Kunst wirft im Übrigen die heikle Frage nach der genauen Abgrenzung dieser beiden Freiheiten auf – dies wäre eine eigene Untersuchung wert, sprengt aber den Rahmen dieses Beitrags.

215 Die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) schützt auch immaterielle Elemente (Persönlichkeitsrecht) des Urheberrechts, BARRELET/EGLOFF, Titel und Ingress N 9; eine Erörterung dieser Frage findet sich bei MACCIACCHINI, Urheberrecht, 65 ff.

und die Eigentumsgarantie,[216] die auch das Urheberrecht schützt, andererseits.[217] Da die Grundrechte ja im Rahmen der Gesetzgebung, die die Verfassung umsetzt, konkretisiert werden, sind die gesetzlichen Bestimmungen über das Urheberrecht verfassungskonform zu interpretieren, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Freiheit der Kunst. Über die Freiheit der Kunst hinaus kann auch der verfassungsmässige Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit in Konflikt mit dem Schutz des Urheberrechts treten.[218]

Die Freiheit der Kunst dürfte daher im Zusammenhang mit den gesetzlichen Ausnahmen[219] der Parodie, des Zitats sowie der Museums-, Messe- und Auktionskataloge geltend gemacht werden.[220] 76

Es obliegt dann den Gerichten, die schwierige Balance zwischen Förderung der Schöpfung *zukünftiger* Werke (geschützt durch die Freiheit der Kunst) und Schutz *bestehender* Werke (gemäss dem Urheberrecht) zu wahren[221] und dabei nicht zu vergessen, dass ein übermässiger Schutz des Urheberrechts auch den Künstlern zum Nachteil gereichen würde, da sie sich (bewusst oder unbewusst)[222] bei ihren Schöpfungen von den Werken anderer inspirieren lassen. 77

So fällen europäische Gerichte und der EuGH zunehmend Entscheide, die Ausnahmen aufgrund der Grundrechte (insb. der Freiheit der Kunst und der Meinungsäusserungsfreiheit) betreffen, sodass man sich fragen kann, ob die Gerichte nicht neue, nicht im Katalog enthaltene Ausnahmen auf der Basis der Grundrechte einführen. Als Beispiel auf europäischer Ebene sei der Sampling-Fall «Metall auf Metall» genannt, bei dem es um die Übernahme eines Auszugs von zwei Sekunden des Stücks «Metall auf Metall» der Gruppe Kraftwerk durch den Produzenten Moses Pelham ging; In diesem Entscheid rief der Gerichtshof die Notwendigkeit in Erinnerung, bei der Auslegung der ausschliesslichen Rechte des geistigen Eigentums und der Ausnahmen und Beschränkungen dieser Rechte einen Ausgleich zwischen den in der Charta verankerten Grundrechten, nämlich dem Recht am geistigen Eigentum einerseits und der Freiheit der Kunst andererseits, zu finden. Mit Blick auf diese Grundrechte urteilte der Gerichtshof, da es sich um die in § 24 Abs. 1 UrhG vorgesehene Ausnahme 78

216 Art. 26 BV.

217 BGE 131 III 480 E. 3.1; 120 Ia 120, 121.

218 Zu dieser Frage allgemein s. MACCIACCHINI, Urheberrecht; zu einem Rechtsvergleich HUGENHOLTZ, Copyright, 343 ff.; COHEN, GRUR Int. 1983 385 ff.; diese Frage war in den USA Gegenstand einer intensiven Diskussion in der Lehre, die durch die Befürchtung neu belebt wurde, das US-Urheberrecht (Digital Millennium Copyright Act von 1998) dehnte den Urheberrechtsschutz im digitalen Zeitalter übermässig weit aus, unter Missachtung des «fair use», und schützte womöglich gar Werke, die Gemeingut geworden seien, s. insb. BENKLER, Free as the Air, 354 ff.

219 Zur Verfassungsgrundlage der Ausnahmen vom Urheberrecht s. PAHUD, Sozialbindung, 123 ff.

220 Zur Anwendung des Grundsatzes der Freiheit der Kunst im Bereich der freien Benutzung s. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 117 ff.; für deutsches Recht s. SCHMIEDER, UFITA 92 (1982) 63 ff.

221 Zu diesem Spannungsverhältnis sei auf eine Erwägung in einem Urteil des deutschen Verfassungsgerichts verwiesen, GRUR 2001 150: «Diese gesellschaftliche Einbindung der Kunst ist damit gleichzeitig Wirkungsvoraussetzungen für sie und Ursache dafür, dass die Künstler in gewissem Mass Eingriffe in ihre Urheberrechte durch andere Künstler als Teil der sich mit dem Kunstwerk auseinander setzenden Gesellschaft hinzunehmen haben».

222 Siehe den Fall Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd., 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976), bestätigt in ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd., 722 F. 2d 988 (2nd Cir. 1983); George Harrison wurde wegen Plagiats verurteilt, da er unbewusst das Werk eines anderen Komponisten kopiert hatte.

des Zitats handle, müsse der Schutz durch das Urheberrecht Vorrang haben, denn «die […] Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden». Zu der Frage, ob von dem ausschließlichen Recht der Tonträgerhersteller zur Vervielfältigung ihrer Tonträger abgewichen werden kann, hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht keine Ausnahme oder Beschränkung dieses Rechts vorsehen darf, die nicht in der Richtlinie 2001/29 vorgesehen ist. Die Ausnahmen und Beschränkungen sind insoweit in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt.[223] Man kann auch Entscheide zu Hyperlinks erwähnen, in denen es zwar wohl um den Umfang des ausschliesslichen Vermittlungsrechts (nicht die Ausnahmen) ging, deren auf die Grundrechte gestützten Erwägungen (insb. die Meinungsäusserungsfreiheit) aber offenbar für das Ergebnis wegleitend waren.[224]

3. Die Ausnahme des Zitats

79 Gemäss Art. 25 Abs. 1 URG dürfen «veröffentlichte Werke […] zitiert werden, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist.» Dank der neuen Ausnahme des sogenannten Verzeichnisprivilegs, die in Art. 24e URG vorgesehen ist, dürfen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Sammlungen und Archive überdies kurze Auszüge aus den sich in ihren Beständen befindlichen Werken oder Werkexemplaren zugänglich machen.[225]

80 Obwohl diese Ausnahme für Zitate a priori im Wesentlichen in einem wissenschaftlichen Zusammenhang anwendbar scheint, lehren die Gesetzgebungsarbeiten sowie die ausländische Rechtsprechung, dass eine Anwendung dieser Ausnahme auch im Bereich der Kunst denkbar ist. So hat das deutsche Bundesverfassungsgericht in einem Leiturteil[226] diese Ausnahme (festgehalten in § 51 des deutschen Urheber-

223 EuGH, 29.7.2019, C-476/17 – «Pelham», Rz 59 ff. Für eine Analyse des Entscheids vgl. Schulze G., 504 ff. S. auch unten Rz 84.

224 Gemäss der Rechtsprechung sind anklickbare Internetlinks (Hyperlinks) Handlungen, die nicht durch das Urheberrecht gedeckt sind, wenn sie auf Inhalte verweisen, die frei zugänglich sind (EuGH, 13.2.2014, C-466/12 – «Svensson»; 21.10.2014, C-348/13 – «BestWater»), hingegen sehr wohl, wenn der Inhalt, auf den sie verweisen, ursprünglich ohne Genehmigung des Rechteinhabers platziert wurde und die Person, die den Hyperlink zu diesem Inhalt setzte, über dessen rechtswidrigen Charakter Bescheid wusste (EuGH, 8.9.2016, C-160/15 – «GS Media BV»). Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, rief der EuGH die Bedeutung der Meinungsäusserungsfreiheit in Erinnerung: *«Insoweit ist festzustellen, dass das Internet für die durch Art. 11 der Charta gewährleistete Freiheit der Meinungsäusserung und Informationsfreiheit tatsächlich von besonderer Bedeutung ist und dass Hyperlinks zu seinem guten Funktionieren und zum Meinungs- und Informationsaustausch in diesem Netz beitragen» [und] «muss daher […] berücksichtigt werden, dass der Betreffende [die Person, die den Link gesetzt hat] nicht weiss und vernünftigerweise nicht wissen kann, dass dieses Werk im Internet ohne Erlaubnis des Urheberrechtsinhabers veröffentlicht wurde»* (EuGH C-160/15, 8.9.2016, C-160/15 – «GS Media BV», Rz 45 und 47).

225 Siehe unten Rz 88 und Fn 250.

226 Botschaft URG 2017, 610; BVGer, 29.6.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001 149 ff. (das Gericht untersuchte dabei zum ersten Mal die Frage des Verhältnisses zwischen Urheberrecht und Freiheit der Kunst).

rechtsgesetzes) relativ grosszügig interpretiert und dies mit Verweis auf die Achtung des Verfassungsgrundsatzes der Freiheit der Kunst begründet. In dieser Rechtssache widersetzten sich die Rechtsnachfolger von Bertolt Brecht der Verwendung von Auszügen aus zwei seiner Theaterstücke im Rahmen eines neuen Stücks von Heiner Müller.[227] Das Bundesverfassungsgericht stiess den Entscheid der Vorinstanz um (die den Standpunkt vertreten hatte, diese Zitate verletzten das Urheberrecht, da sie nicht den strengen Kriterien der gesetzlichen Ausnahme für Zitate entsprächen) und wies den Fall an sie zurück; dabei betonte es, dass es nötig sei, die Freiheit der Kunst ganz besonders zu berücksichtigen, da die strittigen Zitate im Rahmen einer künstlerischen Schöpfung gemacht worden seien.

Dieser Entscheid könnte somit ein Argument bilden, das die Freiheit der Kunst bei Zitaten auch im schweizerischen Recht geltend gemacht werden könnte.[228] Abgesehen vom Argument der Freiheit der Kunst, das für eine grosszügige Auffassung der Ausnahme des Zitierens sprechen könnte, kann man sich im Übrigen auch wundern, dass gemäss der Auslegung von Art. 25 URG durch einen Teil der Lehre[229] für Werke der bildenden Kunst und Fotografien nicht auch diese Ausnahme geltend gemacht werden kann, weil solche Werke angeblich ihrer Natur nach nur vollständig zitiert werden können, sodass das Recht auf Zitieren praktisch einer freien Verwendung gleichkäme.[230] Man kann sich in der Tat fragen, wie triftig dieses Argument ist, da ja von einem Werk der bildenden Kunst oder von einer Fotografie ohne weiteres nur ein kleiner Teil verwendet werden kann, und zudem die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht kategorisch auszuschliessen scheint, dass ein ganzes Werk zitiert werden kann.[231] Vor allem wenn man an Collagen[232] oder andere Kunstwerke denkt, die sich optisch auf bestimmte bestehende Werke beziehen, ist es durchaus vorstellbar, dass diese älteren Werke nur teilweise reproduziert und ganz einfach kreativ als Quelle neuer Inspiration benutzt werden. In einem solchen Fall und sofern die anderen Voraussetzungen für das Zitatrecht erfüllt sind,[233] sollten der Urheber des 81

227 Zu einer Analyse dieses Urteils s. METZGER, ZUM 2000 924 ff.

228 Zu verweisen ist auch auf das Urteil des TGI Paris, 23.2.1999, RIDA 2000 (184) 374 (mit einer Anmerkung von KÉRÉVER). In jenem Fall hatte das TGI geurteilt, dass das Urheberrecht für die Werke von Maurice Utrillo der Ausstrahlung einer Fernsehreportage über eine Ausstellung der Bilder des Künstlers nicht im Wege stehe (trotz der sehr eng umschriebenen Ausnahme der Zitate im französischen Urheberrecht), und hatte damit entschieden, dass die Verletzung von Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (Freiheit der Meinungsäusserung und Recht der Öffentlichkeit auf Information) Vorrang vor dem Schutz von Exklusivrechten des Urhebers haben müsse. Gegen dieses Urteil wurde appelliert, und das AppGer Paris hob es auf, RIDA 2002 (191) 294. Das KassGer bestätigte dieses Urteil, RIDA 2004 (200) 291. Zu einer Analyse dieser Urteile s. GEIGER, Droit d'auteur, 391 ff.

229 BARRELET/EGLOFF, Art. 25 N 2; DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 356 ff.; s. auch die zahlreichen weiteren bibliografischen Verweise in MACCIACCHINI, Urheberrecht, 184 FN 256.

230 BARRELET/EGLOFF, Art. 25 N 8, mit Bezug auf KETTMEIR HUG, UFITA 1998 151 ff.

231 BGE 131 III 480 E. 3.2.

232 Als Beispiel s. die Wiederverwendung eines Bruchteils einer Modefotografie in einem Werk von Jeff Koons im Fall Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006); s. auch DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 118.

233 Insbesondere, dass das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient (was im Kontext der bildenden Kunst allerdings schwierig zu erfüllen sein könnte), dass der Zweck des Zitats seinen Umfang rechtfertigt, dass das Zitat als solches bezeichnet wird (häufig werden in der bildenden Kunst berühmte Werke zitiert, sodass das Zitat automatisch als solches erkennbar ist, BARRELET/EGLOFF, Art. 25 N 11) und dass die Quelle und die Urheberschaft genannt werden (oft

neuen Werkes wie auch alle Personen und Institutionen, die am Prozess des Vertriebs dieses Werks beteiligt sind,[234] die Ausnahme des Zitats und eine der Freiheit der Kunst entsprechende Interpretation von Art. 25 URG geltend machen können.[235] In der neueren Doktrin wird im Übrigen betont, dass das Zitieren visueller Werke durch Art. 25 URG gestattet sein sollte, unter Berücksichtigung der Anforderungen der Meinungsfreiheit, insbesondere hinsichtlich der Bedürfnisse der Medien.[236] Anlässlich der Revision des URG ist der Schweizer Gesetzgeber im Übrigen diesem Ansatz gefolgt, wonach Werke der bildenden Kunst und Fotografien ebenfalls in den Anwendungsbereich der Ausnahme des Zitats fallen.[237]

82 Im Bereich der bildenden Kunst besteht die Schwierigkeit eher darin, die Bedingungen des Zitats einzuhalten: Insbesondere soll das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dienen (Konnexität), sein Zweck soll seinen Umfang rechtfertigen (Verhältnismässigkeit), und die Quelle und der Urheber müssen genannt werden (Quellenangabe). Die Bedingung der Quellenangabe ist nicht unbedingt problematisch, oder jedenfalls leicht zu erfüllen, wenn der Künstler die Quelle auf die eine oder andere Weise nennt[238] oder wenn das Zitat sich auf ein berühmtes Werk bezieht, das vom Zielpublikum automatisch als solches erkannt wird (z.B. erkennt ein Musikliebhaber das Zitat eines musikalischen Werks).[239]

83 Die Bedingung der Verhältnismässigkeit kann hingegen schwieriger zu erfüllen sein, da die Werke der bildenden Kunst oft als Ganzes zitiert werden. Man könnte dann versucht sein, nur einen kleinen Teil des zitierten Werks zu verwenden. Dabei entsteht aber das nächste Problem, dass die teilweise Reproduktion das Persönlichkeitsrecht des Künstlers verletzen könnte, da sie in einer Veränderung des vorbestehenden Werks und möglicherweise in einer Verletzung der Werkintegrität bestünde. Eine mögliche Lösung wäre, darauf zu achten, das vorbestehende Werk hinsichtlich der Wahl des übernommenen Elements nicht zu verunstalten, oder daran zu denken, dass in bestimmten Fällen die Verwendung eines ganzen Werks zulässig scheint.[240]

84 Die Bedingung der Konnexität kann im Zusammenhang mit Kunst ebenfalls heikel sein, da sie voraussetzt, dass das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient. Es ist nachrangig, im Dienst des zitierten Werks, und nicht um-

---

nennt der Urheber einer Collage/eines Bildes das Werk eben gerade «Hommage an […]» und erfüllt damit diese Bedingung des Zitatrechts).

234 Da sie sich alle auf die Kunstfreiheit berufen können.

235 Siehe Schmieder, UFITA 92 (1982) 65, der (im deutschen Recht) die Ansicht vertritt, das Zitatrecht sei ein Ausdruck der Freiheit der Kunst und der Wissenschaft; für die Schweiz s. Studer, Kunstwerk, 43 ff.

236 Macciacchini, Urheberrecht, 184 ff.

237 Botschaft URG 2017, 610; in Bezug auf die Mehrheitsmeinung der jüngeren Doktrin s. Macciacchini/Oertli, Handkommentar URG, Art. 25 N 5 ff.

238 Oft benennt der Urheber einer Collage/eines Bildes sein Werk eben gerade «Hommage an […]» und erfüllt so diese Bedingung des Zitatrechts.

239 CR PI-Renold/Contel, Art. 25 LDA N 33; Barrelet/Egloff, Art. 25 N 11, wo festgehalten wird, dass sich künstlerische Zitate visueller Werke oft auf berühmte Werke beziehen, sodass das Zitat ohne weiteres als solches erkennbar ist; daher müsse das Zitat nicht als solches bezeichnet werden, wenn es leicht erkennbar sei.

240 BGE 131 III 480 E. 3.2. – Schweizerzeit, JdT 2005 I 391.

gekehrt.[241] Es muss somit eine Nebensache bleiben und darf keine eigene oder grössere Bedeutung gegenüber dem zitierten Werk erhalten.[242] Im Kunstbereich greifen neue Werke aber oft vorbestehende Werke auf, nicht um sie zu zitieren, sondern um neue, eigenständige Werke zu werden. In der Musik beispielsweise wird häufig zu Sampling-Techniken gegriffen. Ein neuerer deutscher Gerichtsfall veranschaulicht diese Problematik. Es ging um das Stück «Nur mir» von Moses Pelham aus dem Jahr 1997; darin wurde ein Auszug von zwei Sekunden einer rhythmischen Tonfolge des Stücks «Metall auf Metall» der Musikgruppe Kraftwerk von 1977 übernommen. Der deutsche Bundesgerichtshof ersuchte den EuGH um eine Vorabentscheidung zur Frage, ob dieser Auszug von zwei Sekunden in den Schutzbereich des Vervielfältigungsrechts gemäss Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG falle und ob gegebenenfalls das Zitatrecht anwendbar sei. Die EuGH äusserte sich zur Ausnahme des Zitats und verfügte dies: «das ausschließliche Recht des Tonträgerherstellers aus dieser Bestimmung, die Vervielfältigung seines Tonträgers zu erlauben oder zu verbieten, ihm gestattet, sich dagegen zu wehren, dass ein Dritter ein – auch nur sehr kurzes *[wie ein Sample]* – Audiofragment seines Tonträgers nutzt, um es in einen anderen Tonträger einzufügen, es sei denn, dass dieses Fragment in den anderen Tonträger in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form eingefügt wird» und «es sich bei einem Tonträger, der von einem anderen Tonträger übertragene Musikfragmente enthält, nicht um eine «Kopie» dieses anderen Tonträgers im Sinne dieser Vorschrift handelt, da er nicht den gesamten Tonträger oder einen wesentlichen Teil davon übernimmt».[243]

4. Die Ausnahme der Parodie

Art. 11 Abs. 3 URG hält fest: «Zulässig ist die Verwendung bestehender Werke zur Schaffung von Parodien oder mit ihnen vergleichbaren Abwandlungen des Werks.» Im Gegensatz zu dem, was angesichts des Platzes dieser Ausnahme in der Gesetzessystematik angenommen werden könnte (diese Ausnahme ist im Artikel über die Werkintegrität aufgeführt und könnte somit als Ausnahme nur von diesem Exklusivrecht des Urhebers gedeutet werden), ist allgemein anerkannt, dass die Ausnahme der Parodie für alle Rechte des Urhebers gilt. Wer sie geltend machen will, kann – sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind – die Exklusivrechte des Urhebers vollständig umgehen. 85

Obwohl die Parodie häufig eher ein politisches und kritisches Ziel verfolgt als ein eigentlich künstlerisches[244] und insofern eher als eine Manifestation der Meinungsäusserungsfreiheit als der Freiheit der Kunst zu behandeln wäre, kann die Freiheit der Kunst durchaus auch bei Parodien und ähnlichen Abwandlungen gelten.[245] Gleichermassen wie der Autor einer Satire (die sehr wohl die Persönlichkeit ihres Opfers verletzen kann)[246] sollte auch der Schöpfer einer Parodie in der Lage sein, die Freiheit 86

241 CR PI-Renold/Contel, Art. 25 LDA N 20 f.; Ruedin, La citation, 158 *«[…] il n'est logiquement pas imaginable qu'une oeuvre citée puisse commenter le cadre nouveau dans laquelle elle est insérée»*.
242 BGE 131 III 480 E. 2.1, JdT 2005 I 390: «[…] dass das Zitat im Vergleich zum zitierenden Text keine selbständige Bedeutung oder sogar die Hauptbedeutung beanspruchen darf».
243 EuGH, 29. 7. 2019, C-476/17 – «Pelham».
244 Siehe Salvadé, Droit d'auteur, 92 ff.; de Werra, L'intégrité, 156 ff.
245 Pahud, Sozialbindung, 128.
246 Zur Satire allgemein s. Senn, Satire.

der Kunst geltend zu machen, um seine schöpferische Tätigkeit gegenüber der Person zu legitimieren, die sich in ihren Urheberrechten (und speziell im Recht auf Werkintegrität) verletzt fühlt.

87 Obwohl die Ausnahme der Parodie – natürlich – im Zusammenhang mit *Appropriation Art* häufig geltend gemacht worden ist, ist sie im Allgemeinen von den Gerichten abgewiesen worden; diese bestätigten damit, dass diese Ausnahme nicht einen leichten (und kostenlosen) Ausweg bilden darf, der die Schöpfer der angeblich parodierten Werke allzu sehr benachteiligen würde.[247] Damit eine solche Ausnahme zugelassen wird, ist in der Tat nachzuweisen, dass die Parodie eine künstlerische oder gesellschaftliche Kritik des parodierten Werks selbst und nicht nur der Gesellschaft im Allgemeinen darstellt.[248]

5. Die Ausnahme für Museums-, Messe- und Auktionskataloge

88 Art. 26 URG legt eine Ausnahme vom ausschliesslichen Recht des Urhebers fest, um die Herausgabe von Museums-, Messe- und Auktionskatalogen zu fördern.[249] «Ein Werk, das sich in einer öffentlich zugänglichen Sammlung befindet, darf in einem von der Verwaltung der Sammlung herausgegebenen Katalog abgebildet werden; die gleiche Regelung gilt für die Herausgabe von Messe- und Auktionskatalogen.» Gemäss der Rechtsprechung (die sich stärker auf eine Auslegung der französischen und der italienischen Fassung des Gesetzestexts stützt),[250] gilt die Ausnahme von Art. 26 URG auch für die Kataloge temporärer Ausstellungen und nicht nur für die Kataloge von Dauerausstellungen. Diese Bestimmung gilt auch für Auktionskataloge.
Das Urheberrechtsgesetz präzisiert nicht, welches Format (Papier oder digital) durch das Katalogprivileg gedeckt ist, sodass es auch erlaubt scheint, den Katalog online zu verbreiten, z.B. in einer mit der gedruckten Version identischen Form (PDF).[251] Diesbezüglich ist anzumerken, dass der Gesetzgeber mit dem N-URG die Ausnahme offenbar auf Online-Kataloge ausdehnen will, ohne jedoch Art. 26 URG zu ändern.[252] Eine solche Ausdehnung auf Online-Kataloge scheint zwar wünschenswert (insb. um

247 Wie es der Supreme Court der USA im berühmten Fall der Rap-Parodie des Songs «Pretty Woman» ausgedrückt hat: «this is of course not to say that anyone who calls himself a parodist can skim the cream and get away scot free», Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), 589.

248 Dies wurde zu Recht im Fall der Barbie-Puppen festgehalten, s. Mattel v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003); s. ferner Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).

249 Für eine ausführliche Untersuchung von Fragen des Urheberrechts im Zusammenhang mit Museen, vgl. den kürzlich auf der Basis von Interviews mit 37 Museen aus aller Welt erstellten Bericht: Benhamou, WIPO Report, verfügbar auf https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449290 / https://archive-ouverte.unige.ch/unige:111295.

250 In diesem Entscheid (BGE 127 III 26, 32) hat das Bundesgericht im Übrigen festgehalten, dass mit dem Urheberrechtsgesetz nicht nur die Rechte der Urheber geschützt, sondern auch der öffentliche Zugang zur Kultur nicht übermässig eingeschränkt werden sollte.

251 Der Museumskatalog ist jedoch nicht zu verwechseln mit einer Datenbank der Sammlungen. Für letztere ist eine Bewilligung erforderlich, vgl. § 4.I.

252 Botschaft URG 2017, 610: «Schliesslich bleibt auch die Forderung nach einer ausdrücklichen Ausdehnung des Katalogprivilegs in Artikel 26 URG auf Online-Kataloge und auf heute in der Form noch nicht bekannte neue Medien unberücksichtigt. Das URG ist technologieneutral. Es versteht sich deshalb von selbst, dass auch neue Formen von Katalogen von Artikel 26 URG erfasst sind.»

den Museen zu ermöglichen, ihre Aufgabe auch mit digitalen Mitteln zu erfüllen), sie ist jedoch ohne Gesetzesänderung heikel. Der Text scheint nämlich klar und beschränkt auf das Vervielfältigungsrecht *(«darf in einem von der Verwaltung der Sammlung herausgegebenen Katalog abgebildet werden»)*, sodass die wörtliche Auslegung vor jeder anderen Auslegung (historisch, teleologisch oder systematisch) Vorrang haben sollte.[253]

Anders als ein Teil der Lehre[254] behauptet, können die Kataloge, die unter dieser Ausnahmeregelung hergestellt wurden, auch nach dem Ende der Ausstellung weiterverkauft werden. Andernfalls wäre die betreffende Institution der Möglichkeit beraubt, einen Lagerbestand bestellter (und bezahlter) Werkexemplare abzusetzen. Hingegen darf sie nach dem Ende der Ausstellung und nach Erschöpfung des (ursprünglich vorgesehenen) Lagerbestands diese Ausnahmeregelung nicht mehr nutzen, um Kataloge nachdrucken lassen. 89

6. Die Ausnahme der Panoramafreiheit

Art. 27 URG bestimmt: «Ein Werk, das sich bleibend an oder auf allgemein zugänglichem Grund befindet, darf abgebildet werden; die Abbildung darf angeboten, veräussert, gesendet oder sonstwie verbreitet werden.» Eine Bedingung für die Anwendung dieser Ausnahme vom Urheberrecht ist, dass die betreffenden Werke sich «bleibend» an oder auf allgemein zugänglichem Grund befinden. Die Interpretation dieser Bedingung kann heikel sein, wenn es sich um Werke handelt, deren Bestehen (und damit Zugänglichkeit für die Öffentlichkeit) von ihrem Urheber absichtlich begrenzt wird. 90

Als Beispiel sei die Verpackung des deutschen Reichstags durch das Künstlerpaar Christo und Jeanne-Claude für die Dauer von zwei Wochen im Jahr 1995 genannt.[255] Die Künstler leiteten rechtliche Schritte gegen den Vertrieb von Postkarten mit Fotografien ihres Werks ein; dieser Vertrieb erfolgte durch eine Gesellschaft, die zu ihrer Verteidigung die Ausnahme der «Panoramafreiheit» geltend machte, die in § 59 des deutschen Urheberrechtsgesetzes festgehalten ist. Ähnlich wie Art. 27 URG enthält auch diese Bestimmung die Bedingung, dass sich das Werk bleibend an dem betreffenden (öffentlichen) Ort befinden muss. In seinem Entscheid urteilte der Bundesgerichtshof, dass diese Ausnahme nicht für nur vorübergehend auf öffentlichem 91

253 Betreffend Online-Kataloge, und um dieser Unsicherheit bezüglich der Auslegung der Bestimmung Rechnung zu tragen, gestattet es die neue Ausnahme des Verzeichnisprivileg (Art. 24e URG; vgl. Rz 79) jetzt den Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Sammlungen und Archiven, spezifische Auszüge der sich in ihren Beständen befindlichen Werke oder Werkexemplare wiederzugeben; damit können diese Institutionen diese Ausnahme nutzen, um eventuelle (spezifische) Auszüge aus ihren Katalogen online zu stellen. Hier, auch wenn Art. 24e URG sich ebenfalls auf das Vervielfältigungsrecht zu beschränken scheint (die Institutionen *«dürfen in den […] Verzeichnissen»* Auszüge aus Werken wiedergeben), wird präzisiert, dass die Ausnahme *«der Erschliessung und Vermittlung ihrer Bestände»* dient. Zu Fragen digitaler Museen, vgl. Benhamou, Copyright, 25 ff. (verfügbar auf: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:85259) und das jüngste Policy Paper «Digitization of Museum Collections» (ww.digitizationpolicies.com).

254 Barrelet/Egloff, Art. 26 N 3.

255 BGH, GRUR 2002 605.

Grund ausgestellte Werke gelte und dass das weitere Schicksal der betreffenden Werke nach der Ausstellung (d.h. ob sie zerstört werden oder nicht) dabei unerheblich sei. Auf dieser Grundlage wäre sinngemäss davon auszugehen, dass die Ausnahmeregelung von Art. 27 URG nicht für temporäre Ausstellungen von Werken an oder auf allgemein zugänglichem Grund gilt.

V. Verfügungen über das Urheberrecht

1. Abtretung des Urheberrechts

92 Gemäss Art. 16 Abs. 1 URG ist das Urheberrecht übertragbar. Nach diesem Grundsatz können alle Verwertungsrechte, die sich aus dem Urheberrecht ergeben, vom Urheber – dem ursprünglichen Inhaber der Rechte aufgrund des Schöpferprinzips (Art. 6 URG) – auf Dritte übertragen werden. Die Übertragung der mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht zusammenhängenden Rechte (insb. des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft und des Rechts auf Werkintegrität) ist heikler.[256] Grundsätzlich kann man diese Rechte als nicht übertragbar ansehen, da sie ja untrennbar mit dem Urheber verbunden sind, aber dieser kann dennoch im Voraus vertraglich auf ihre Ausübung verzichten, sofern eine solche Verpflichtung nicht als übermässig beurteilt wird.[257] So kann ein Künstler sich beispielsweise damit einverstanden erklären, dass jemand anders Änderungen an seinem Werk vornimmt, soweit die geplanten Änderungen bekannt oder zumindest bestimmbar sind. Dagegen kann er sich nicht rechtsgültig verpflichten, einem Dritten vertraglich jegliche Änderung seines Werks zu gestatten; dies wird präzisiert in Art. 11 Abs. 2 URG, wo es heisst, dass sich der Urheber «jeder Entstellung des Werks widersetzen» kann, die ihn «in der Persönlichkeit verletzt», insbesondere auch dann, «wenn eine Drittperson vertraglich […] befugt ist, das Werk zu ändern oder es zur Schaffung eines Werkes zweiter Hand zu verwenden».

93 Die Verwertungsrechte, die sich aus dem Urheberrecht ergeben, insbesondere die in Art. 10 Abs. 2 URG aufgezählten Rechte, können gesamthaft oder einzeln abgetreten werden; eine Globalübertragung dieser Rechte gegen eine Pauschalabgeltung ist nach schweizerischem Recht gültig.[258] Gemäss dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können Verträge über Urheberrechte verschiedene Formen annehmen. Urheberrechte können insbesondere im Rahmen eines Schenkungs-, Tausch-, Verkaufs-, Arbeits- oder Werkvertrags übertragen werden.[259]

256 Für eine Erörterung s. DE WERRA, *in*: Müller/Oertli (Hrsg.), Art. 16 URG N 16 ff.

257 Die Frage der Übertragbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte ist jedoch in der Lehre umstritten, s. stellvertretend für alle DE WERRA, *in*: Müller/Oertli (Hrsg.), Art. 16 URG N 16 ff.; s. auch die Dissertation von SEEMANN, Übertragbarkeit.

258 CHERPILLOD, Titularité, 88, 102; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 18; UHL, Verfügung, 101.

259 VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, 250; zu einer Übertragung aufgrund eines Werkvertrags, s. BGer, sic! 1999 119, 122; Verträge über Urheberrechte in den Bereichen der Baukunst, des Theaters, der Musik, des Films und der Literatur werden jeweils in den Kap. 9–13 behandelt.

Die Übertragung von Urheberrechten hat eine absolute Wirkung *(erga omnes)* und ist somit gegenüber jedermann wirksam.[260] Die Übertragung unterscheidet sich somit von der Lizenz, die lediglich relative Wirkung hat.[261] Die Übertragung wie auch die Lizenzvergabe von Urheberrechten bedürfen grundsätzlich nicht unbedingt der Schriftform.[262] Sie können somit stillschweigend und konkludent zwischen den Parteien eintreten. Die Abgrenzung zwischen Lizenz und Übertragung ebenso wie ihr Umfang hängen vom Willen der Parteien ab, wofür die üblichen Auslegungsregeln gelten, das heisst die subjektive (wirklicher Wille der Parteien)[263] und subsidiär die objektive Auslegung (mutmasslicher Wille der Parteien nach dem Vertrauensprinzip)[264]. Massgebend ist überdies die besondere Auslegungsregel des Urheberrechts, gemäss welcher der Urheber nur so viel seiner Rechte abtritt, wie es der Zweck des Vertrages erfordert (Zweckübertragungstheorie). Bestehen daher Zweifel hinsichtlich der Natur des Geschäfts (Übertragung oder Lizenz), ist die Gewährung einer Lizenz zu vermuten und nicht die Übertragung von Rechten *(in dubio pro auctore)*.[265] Für Werke, die von Arbeitnehmern geschaffen werden (z.B. von einem Museum angestellter Kurator, Szenograf oder Fotograf oder von einem Verband angestellter Künstler) besteht die Vermutung, dass die Urheberrechte an den Werken, die der Urheber im Rahmen seiner Tätigkeit für den Arbeitgeber geschaffen hat, diesem abgetreten werden. Wenn jedoch mehrere Künstler zu einem Werk beitragen (Miturheber), wie das im künstlerischen Bereich oft der Fall ist (z.B. musikalische Werke oder Multimedia), kann diese Vermutung umgekehrt werden, insbesondere wenn der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, jeden Miturheber und dessen Rolle bei der Schöpfung zu bezeichnen.[266] 94

Obschon es im Kontext der bildenden Künste nicht von erheblicher praktischer Bedeutung ist (selbst wenn es nicht ausgeschlossen ist, dass Urheberrechte von Künstlern von Gesellschaften gehalten werden), ist hervorzuheben, dass sich eine Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit aus den neuen Rechtsinstituten der Spaltung (Art. 29 ff. FusG) und der Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) ergibt. Die Ver- 95

260 Barrelet/Egloff, Art. 16 N 2, 2a; Streuli-Youssef, Grundlagen, 18.

261 Barrelet/Egloff, Art. 16 N 2, 2a; Streuli-Youssef, Grundlagen, 18; a.M. Rehbinder, Urheberrecht, 164, der der Meinung ist, dass eine Lizenz reale Wirkung hat; s. dazu auch die Dissertation von Weinmann, Rechtsnatur.

262 BGer, sic! 1997 382; zum alten Recht – unter dem Regime von Art. 9 des Urheberrechts von 1922 – s. BGer, sic! 1999 119.

263 Zur Veranschaulichung s. KGer FR, sic! 2003 694. Vgl. ferner BGer, 23.4.2013, 4A_643/2012, E. 3.1; BGE 125 III 305 E. 2b m.H.

264 BGE 132 III 268 E. 2.3.2; 126 III 59 E. 5 a)–b), JdT 2001 I 144; 125 III 305 E. 2b m.H. Siehe ausserdem BGer, 8.5.2008, 4A_104/2008, E. 4.2.

265 BGer, 23.4.2013, 4A_643/2012, E. 3.1 m.H. Diese Auslegungsregel *(in dubio pro auctore)*, die von der Rechtsprechung aufgrund von Art. 16 Abs. 2 URG und auch wegen der Position des Urhebers als oft schwächere Vertragspartei entwickelt wurde, ist zu nuancieren: Erstens tendiert die Rechtsprechung seit einigen Jahren dazu, sie autonom eher zum Nachteil der Urheber und zu Gunsten der Arbeitgeber anzuwenden (vgl. BGer, 8.5.2008, 4A_104/2008 vom 08.05.2008, E. 4.2; Obergericht Zürich, Urteil vom 29.01.2009, E. 3.1, sic! 2011, 228; Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil vom 20.01.2004, sic! 2004, 491, E. 2b; Bezirksgericht Unterrheintal, Urteil vom 14.02.2002, sic! 2002, 591, E. II.4.). Zweitens ist diese Regel nur als Ergänzung zur objektiven Interpretation und wenn die Umstände es erfordern anzuwenden.

266 HGer BE, 17.6.2015, HG 15 39 CAA, E. 17.4, sic! 2016 56 («Theorieprüfung für Motorfahrzeugfahrer»).

mögensteile, die Gegenstand der Spaltung oder der Übertragung sein sollen und zu denen Urheberrechte gehören können, müssen nämlich ausdrücklich im Spaltungs- oder Übertragungsvertrag aufgeführt werden, und diese Verträge bedürfen der schriftlichen Form (Art. 36 Abs. 3 und Art. 70 Abs. 2 FusG). Gemäss Art. 37 lit. b (bzw. Art. 71 Abs. 1 lit. b) FusG muss der Vertrag im Anhang «ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung, der Aufteilung und der Zuordnung der Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens sowie der Zuordnung der Betriebsteile» enthalten, wobei «Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte» einzeln aufzuführen sind. Zu den «immateriellen Werten» i.S.v. Art. 37 lit. b und Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG gehören auch Urheberrechte.[267]

96 Grundsätzlich können nur die Inhaber der Urheberrechte eine Verletzung ihrer Rechte gerichtlich geltend machen.[268] Gemäss der Rechtsprechung[269] kann jedoch der Inhaber einer ausschliesslichen Lizenz die Verletzung der in Lizenz vergebenen Urheberrechte geltend machen, wenn eine Verletzung durch Dritte erfolgt; allerdings muss ihm diese Befugnis im Lizenzvertrag erteilt worden sein. Art. 62 Abs. 3 URG hält fest: «Wer über eine ausschliessliche Lizenz verfügt, ist selbständig zur Klage berechtigt, sofern dies im Lizenzvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.»[270] Die gesetzliche Regelung enthält somit die Klagebefugnis des ausschliesslichen Lizenznehmers, ausser diese ist im Lizenzvertrag ausdrücklich ausgeschlossen worden. Nach Art. 81a URG ist diese Regelung allerdings nur «auf Lizenzverträge anwendbar, die nach Inkrafttreten der Änderung vom 22. Juni 2007 dieses Gesetzes abgeschlossen oder bestätigt worden sind» (d.h. nach dem 1.7.2008).[271]

2. Persönliche Verwertung von Urheberrechten oder Verwertung durch Verwertungsgesellschaften

97 Unter Vorbehalt bestimmter gesetzlicher Ausnahmen (Art. 22, 22a–22c und 24b URG, die für bestimmte Rechte obligatorisch die kollektive Verwertung durch Verwertungsgesellschaften vorsehen, sowie Art. 13, 20, 24c und 35 URG, die bestimmte Rechte auf einen Anspruch auf eine Vergütung beschränken), steht es dem Urheber frei, zu entscheiden, ob er seine Urheberrechte selbst verwerten oder kollektiv durch eine Verwertungsgesellschaft verwerten lassen will. Tritt der Urheber die Rechte einer Verwertungsgesellschaft ab, so erwirbt diese die Rechte ausschliesslich und treuhänderisch.[272] Die der Verwertungsgesellschaft so abgetretenen Rechte müssen danach von dieser ausgeübt werden; der Urheber selbst kann es nicht mehr.[273] Personen, die mit dem Urheber einen Vertrag über die Nutzung eines Werks abschliessen, sind

267 Streuli-Youssef, sic! 2004 612.
268 Gemäss dem Sprichwort «nul ne plaide par procureur».
269 BGE 113 II 190, JdT 1988 I 306; s. auch KGer FR, sic! 2003 694; OGer LU, sic! 1997 458.
270 Änderung des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente vom 22.6.2007, BBl 2007 4593, 4610.
271 BBl 2007 4593, 4614.
272 BGer, sic! 2002 599; BGE 117 II 463, 465; zum Vertrag über die Verwertung der Rechte durch eine Verwertungsgesellschaft s. allgemein die Dissertation von Hiestand, Wahrnehmungsvertrag und Wittweiler, Vertragsrecht, 269 ff.
273 BGer, sic! 2002 599.

nicht geschützt, selbst wenn sie gutgläubig sind.[274] Wer mit einem Urheber oder einer Verwertungsgesellschaft über die Verwendung von Werken verhandelt, muss sich daher unbedingt vergewissern, wer Inhaber der Rechte ist.

Bestimmte Verwertungsbereiche sind der Bundesaufsicht unterstellt (so die Verwertung der ausschliesslichen Rechte zur Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik und zur Herstellung von Tonträgern oder Tonbildträgern solcher Werke, i.S.v. Art. 40 Abs. 1 lit. a URG, sowie die Rechte, die zwingend von einer Verwertungsgesellschaft ausgeübt werden müssen, Art. 40 Abs. 1 lit. b URG). 98

Betreffend alle Rechte, deren Verwertung durch eine Verwertungsgesellschaft nicht zwingend vorgeschrieben ist, präzisiert das Gesetz, dass der Urheber oder seine Erben sie frei ausüben können, d.h. dass die Verwertung dieser Urheberrechte nicht der Bundesaufsicht untersteht (Art. 40 Abs. 3 URG). Dieses Privileg der persönlichen Verwertung ist dem Urheber und seinen Erben vorbehalten und gilt nicht für Dritte, denen Urheberrechte übertragen wurden.[275] 99

Bei der Verwertung durch Verwertungsgesellschaften kommt es zu einer wichtigen Neuerung: der Einführung einer erweiterten Kollektivlizenz *(extended collective licence)* zu Art. 43a URG. Mit der erweiterten Kollektivlizenz können die Verwertungsgesellschaften auch für Rechteinhaber, die nicht von ihnen vertreten werden, Lizenzen erteilen. Rechteinhaber, die durch einen solchen Lizenzvertrag nicht gebunden sein wollen, können von der lizenzierenden Verwertungsgesellschaft verlangen, dass ihre Rechte von einer bestimmten Kollektivlizenz ausgenommen werden (sog. Opt-out). Die erweiterte Kollektivlizenz bietet sich vor allem in denjenigen Fällen an, in denen es um die Nutzung grösserer Rechtebestände geht und die Kosten für den Erwerb individueller Lizenzen für alle betroffenen Werke in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Einnahmen aus der beabsichtigten Verwertung stehen würden (z.B. Nutzung von Fotografien aus einem Archivbestand).[276] 100

3. Abhängige Schöpfung (insbesondere Schöpfung im Arbeitsverhältnis) und Urheberrecht

Ein grosser Teil des künstlerischen Schaffens ist derzeit das Ergebnis einer schöpferischen Arbeit, die von einem Dritten bestellt wird. Das ist insbesondere der Fall von angestellten Urhebern, die kollektiv Werke zum Nutzen ihrer Arbeitgeber schaffen (insb. in der Filmindustrie). Insofern ist das Bild des einsamen Poeten, der in seiner Mansarde dichtet,[277] nicht typisch für die heutigen Werkschöpfungsprozesse, selbst wenn die persönliche und selbständige Schöpfung im Bereich der bildenden Kunst 101

274 Streuli-Youssef, Grundlagen, 22. Die umgekehrte Situation kann ebenfalls eintreten und hat die gleichen Folgen, d.h. die Verwertungsgesellschaft ist nicht Inhaberin der Rechte, weil der Urheber darüber verfügt hat, s. KGer SG, sic! 1999 630 mit einer Anmerkung von Hilty.

275 Govoni/Stebler, Bundesaufsicht, 436.

276 Botschaft URG 2017, 604.

277 Wie es Carl Spitzweg (1808–1885) so wunderbar in seinem Bild «Der arme Poet» (1839) gemalt hat.

nach wie vor die Norm ist.[278] Damit stellt sich die Frage der Inhaberschaft der Rechte in Bezug auf die Arbeitgeber.

102 Das Gesetz verankert das «Schöpferprinzip» (Art. 6 URG). Gemäss diesem Prinzip kann nur die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat, ursprünglicher Inhaber der Urheberrechte am Werk sein. Als Ausnahme sieht Art. 17 URG eine Sonderregelung für Computerprogramme vor, die von Angestellten im Rahmen ihrer dienstlichen Tätigkeit geschaffen werden; diese Regelung soll es den Arbeitgebern ermöglichen, die Urheberrechte an einem solchen Programm auszuüben. Abgesehen von diesem besonderen Fall[279] gibt es keine gesetzliche Übertragung von Urheberrechten an Dritte (insb. den Arbeitgeber). Daher ist eine vertragliche Übertragung erforderlich, wenn eine Drittperson ausschliessliche Rechte am Werk haben will, wobei die Übertragung der Urheberrechte in konkludenter Weise erfolgen kann.

103 Im Falle eines Streits über den Bestand und den Umfang einer vertraglichen Abtretung von Urheberrechten, insbesondere in einem Arbeitsvertrag, muss der Wille der Parteien interpretiert werden. Hier spielt die sog. Zweckübertragungstheorie eine wesentliche Rolle.[280] Es versteht sich jedoch von selbst, dass die Zweckübertragungstheorie nicht als Interpretationsregel anwendbar ist, wenn der tatsächliche und übereinstimmende Wille der Parteien ermittelt werden kann.[281]

104 Die Zweckübertragungstheorie bildet in der Schweiz die erste Interpretationsregel für Urheberrechtsverträge.[282] Gemäss dieser Theorie bestimmt sich der Umfang einer Abtretung von Urheberrechten im Zweifelsfall nach dem Zweck des betreffenden Vertrags. Obschon die Zweckübertragungstheorie, die aus dem deutschen Recht stammt, in der Lehre seit langem anerkannt ist, hat sie erst in jüngster Zeit in die Rechtsprechung Eingang gefunden.[283] Ausdrücklich festgelegt wird sie in den Bestimmungen zum Verlagsvertrag.[284] So hält Art. 381 Abs. 1 OR fest, die Rechte des Urhebers würden «insoweit und auf so lange dem Verleger übertragen, als es für die Ausführung des Vertrages erforderlich ist». Die Zweckübertragungstheorie bedeutet somit, dass im Falle von Zweifeln über den Umfang einer Übertragung anzunehmen ist, dass der Urheber nicht mehr Rechte überträgt, als für das Erreichen des Vertragszwecks erforderlich ist.[285]

105 Die Anwendung der Zweckübertragungstheorie beschränkt sich nicht auf die Bestimmung des Umfangs einer Übertragung von Urheberrechten. Vielmehr hat diese Theorie einen grösseren Anwendungsbereich als die Interpretationsregel von Art. 16 Abs. 2 URG, der festhält: «Die Übertragung eines im Urheberrecht enthaltenen

278 Siehe jedoch die Gemeinschaftswerke gewisser Künstlerduos wie Gilbert & Georges, Christo und Jeanne-Claude oder auch Pierre und Gilles.
279 Der im Bereich der Kunst nicht relevant ist.
280 Siehe VON BÜREN/MEER, Urheber, 165 ff.
281 BARRELET/EGLOFF, Art. 16 N 21; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 11.
282 DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 598.
283 BGer, sic! 1997 382; wie von der Lehre betont, s. VON BÜREN/MEER, Urheber, 171; die Zweckübertragungstheorie wurde schon in BGE 101 II 102 angewandt, auch wenn sie dort noch nicht ausdrücklich genannt wurde.
284 VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, 255.
285 BGer, sic! 1999 119, 122; VON BÜREN/MEER, Urheber, 169; CHERPILLOD, Titularité, 95; PIAGET, La théorie, 3.

Rechtes schliesst die Übertragung anderer Teilrechte nur mit ein, wenn dies vereinbart ist.»[286] Diese Theorie kann denn auch angewandt werden, um die Natur (Rechtsübertragung oder Lizenzerteilung) und die Dauer der Übertragung zu bestimmen (zur Dauer s. Art. 381 Abs. 1 OR).[287] Die Zweckübertragungstheorie ist auch bei der Interpretation von Lizenzverträgen über Urheberrechte anwendbar,[288] da sich mit ihrer Hilfe erkennen lässt, ob man es mit einer Übertragung von Urheberrechten oder einer Lizenzerteilung zu tun hat.[289] Im Zweifelsfall ist das Bestehen einer Lizenz und nicht einer Übertragung des Urheberrechts anzunehmen.[290]

Bei Arbeitsverträgen kann in Anwendung der Zweckübertragungstheorie eingeräumt werden, dass die Urheberrechte an den Werken, die vom Angestellten im Rahmen seiner vertraglichen Pflichten geschaffen werden, angesichts des Zwecks des Arbeitsvertrags stillschweigend auf den Arbeitgeber übertragen werden können.[291] Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist die Annahme zulässig, dass der Angestellte dem Arbeitgeber alle Rechte am Werk abgetreten hat, die zur Erfüllung des Zwecks des Arbeitsvertrags erforderlich sind.[292] Wenn jedoch mehrere Künstler zu einem Werk beitragen (Miturheber), wie das im künstlerischen Bereich oft der Fall ist (z.B. musikalische Werke oder Multimedia), kann dieser Grundsatz gegen den Arbeitgeber angewendet werden, insbesondere wenn der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, jeden Miturheber und dessen Rolle bei der Schöpfung zu bezeichnen.[293] 106

Was Auftragswerke[294] betrifft, bleibt das Schöpfungsprinzip (Art. 6 URG) anwendbar, sodass der Kunde, der bei einem Künstler ein Werk bestellt,[295] sich vom Künstler die Urheberrechte abtreten lassen muss, wenn er das Werk verwerten will. Hier findet die Regel von Art. 16 Abs. 3 URG Anwendung, wonach die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar urheberrechtliche Verwendungsbefugnisse nicht einschliesst (anderslautende Abmachungen der Parteien vorbehalten). Der Rechtsübergang ist besonders problematisch, wenn der Bestellvertrag vor Vollendung des Werks gekündigt wird.[296] In einem solchen Fall muss der Besteller grundsätzlich das Erstveröffent- 107

286 Cherpillod, Titularité, 95, der Art. 16 Abs. 2 und 3 URG als besondere Ausdrucksform der Zweckübertragungstheorie ansieht.
287 Cherpillod, Titularité, 96.
288 Barrelet/Egloff, Art. 16 N 20; Cherpillod, Titularité, 46; s. jedoch Hilty, Urhebervertragsrecht, 96 FN 28.
289 Cherpillod, Titularité, 95 f.; zu praktischen Beispielen s. KGer FR, sic! 2003 694 sowie den Entscheid eines Zürcher Schiedsgerichts, publiziert in SMI 1990, 339; zu einer Erörterung dieses Entscheids s. Piaget, La théorie, 8; gegenteilige Meinung: Streuli-Youssef, Grundlagen, 11.
290 Cherpillod, Titularité, 97 f.
291 BezGer Unterrheintal, sic! 2002 589.
292 Laux, Vertragsauslegung, 174 mit Verweisen.
293 HGer BE, 17.6.2015, HG 15 39 CAA, E. 17.4, sic! 2016 56 – «Theorieprüfung für Motorfahrzeugfahrer».
294 Zur Frage der Auftragswerke s. Schack, Kunst, Rz 445 ff.
295 Ein solcher Bestellvertrag ist ein Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR, s. BGE 115 II 50; für das deutsche Recht, s. BGHZ 19, 382.
296 Wie die Streitigkeit zwischen dem schweizerischen Künstler Christoph Büchel und dem Massachusetts Museum of Contemporary Art gezeigt hat, s. Entscheidung des US District Court of Massachusetts, 11.7.2008, 565 F. Supp. 2d 245; s. dazu Smith, New York Times 16.9.2007; Lufkin, The Art Newspaper 27.9.2007.

lichungsrecht des Künstlers beachten, so dass der Künstler sich gegen eine öffentliche Vorstellung seines unvollendeten Werks widersetzen könnte.[297]

4. Übertragung des Urheberrechts durch Erbgang

108 Gemäss Art. 16 Abs. 1 URG ist das Urheberrecht vererblich. Dies gilt für das gesamte Urheberrecht, also die Vermögensrechte und die Urheberpersönlichkeitsrechte.[298]

109 Unter Vorbehalt von Verfügungen, die der Urheber zu Lebzeiten getroffen hat, geniessen seine Erben bei der Ausübung (oder Nichtausübung) der geerbten Urheberrechte völlige Freiheit.[299] Gemäss den allgemeinen Regeln zum Erbgang (Art. 602 Abs. 2 ZGB) müssen die Erben gemeinsam, einmütig handeln; die Bestimmungen über die Miturheberschaft (Art. 7 URG) gelten nicht für Erbengemeinschaften.[300]

110 Um auch nach seinem Tod noch eine Kontrolle über sein künstlerisches Erbe auszuüben, kann der Urheber entsprechende erbrechtliche Massnahmen ergreifen. So kann er einen Testamentsvollstrecker ernennen (Art. 517 ZGB), der bestimmte Urheberrechte (z.B. die Urheberpersönlichkeitsrechte) ausübt (oder deren Ausübung kontrolliert).[301] Der Urheber kann ferner Auflagen (Art. 482 ZGB) hinsichtlich der Ausübung von Urheberrechten erlassen, insbesondere mit dem Ziel, die Veröffentlichung von unvollendeten Werken durch die Erben zu verhindern.[302] Wegen der relativ langen Schutzdauer für Urheberrechte[303] empfiehlt es sich, eine juristische Per-

297 Siehe das Affidavit von Prof. Robert Storr, Dean of Yale University School of Art, das von Christoph Büchel im gerichtlichen Verfahren vor dem US District Court for the District of Massachusetts eingereicht wurde: «In my view, under no circumstance should a work of art be shown to the public until the artist has determined that it is finished. Speaking as someone who has commissioned or sponsored many comparable artistic projects, I strongly maintain that public institutions that act as sponsors for art projects should only do so with the full knowledge that those projects may not meet their expectations, and, in the end, may even prove unfeasible. No matter how much money may be spent on the creating of a work by an institution on behalf of their public, such sponsorship belongs to the category of patronage and does not buy that institution or its public any degree of ownership of or any proprietary right over the project much less any decision-making authority with respect its readiness for public presentation.» (Rechtsschrift von Christoph Büchel – motion for summary judgment – vom 31.8.2007, ‹www.scribd.com/doc/270678/Buchel-Summary-Judgment-Brief› [21.4.2020]).

298 Barrelet/Egloff, Art. 16 N 12; Vouilloz, La transmission, 95 ff., 103; de Werra, sic! 2000 686.

299 Bestimmte ausländische Regelungen ermöglichen es allerdings, Missbräuche nach dem Tod des Urhebers zu bekämpfen, vgl. z.B. Art. 121-3 des französischen Code de la propriété intellectuelle: «En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée.»; ein anschauliches Beispiel ist der Fall Foujita, KassGer, RIDA 141 (1989) 257.

300 BGE 121 III 118, 121.

301 Schack, Kunst, Rz 327.

302 Baumgartner, Nachlassplanung, 103; für die Allgemeinheit wäre es aber manchmal besser, wenn solche Auflagen nicht berücksichtigt werden, wie das berühmte Beispiel von Max Brod und Franz Kafka zeigen kann; eine solche Motivation hat auch den Sohn von Vladimir Nabokov letztlich bewegt, auf die Zerstörung des letzten unvollendeten Werkes seines Vaters (The Original of Laura) zugunsten der Allgemeinheit und der Kultur zu verzichten, s. Connolly, Nabokov's last work will not be burned, *The Guardian*, 22.4.2008, ‹https://www.theguardian.com/books/booksblog/2008/apr/22/nabokovoriginaloflaura› (21.4.2020).

303 Gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. a und b URG 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers, ausser bei Computerprogrammen.

son zum Testamentsvollstrecker zu ernennen. Der Urheber kann im Übrigen zu Lebzeiten eine Stiftung gründen, an die er seine Urheberrechte zu Lebzeiten oder mittels letztwilliger Verfügung[304] abtritt, wobei diesbezüglich die Einschränkungen des Erbrechts zu beachten sind (d.h. insbesondere die Pflichtteilsbestimmungen, Art. 471 ff. ZGB).

VI. Verhältnis zwischen dem Urheberrecht am Werk und dem Eigentumsrecht am Werkexemplar

111 Das Gesetz enthält gewisse Bestimmungen, die den Zweck haben, in der Beziehung zwischen dem Künstler als Inhaber des Urheberrechts am Werk (oder seinen Rechtsnachfolgern) und dem Eigentümer eines Werkexemplars, der Eigentumsrechte an diesem Werkexemplar hat, zu vermitteln; letzterem gestatten es diese Eigentumsrechte, über seine Sache «in den Schranken der Rechtsordnung» (Art. 641 Abs. 1 ZGB) zu verfügen. Eine dieser gesetzlichen Schranken ergibt sich aus dem Urheberrecht.

112 Gemäss Art. 14 Abs. 1 URG hat der Künstler das Recht, soweit Zugang zu Exemplaren seines Werks zu erhalten, «als dies zur Ausübung des Urheberrechts erforderlich ist und kein berechtigtes eigenes Interesse [des Eigentümers] entgegensteht». Diese Bestimmung schafft ein Zugangsrecht, das es dem Künstler beispielsweise gestattet, ein Werk, das nur in einem einzigen Exemplar vorhanden und im Eigentum eines Sammlers ist, zu reproduzieren und zu kopieren (und so sein Vervielfältigungsrecht auszuüben),[305] oder nachzuprüfen, ob die Werkintegrität verletzt worden ist (und gegebenenfalls dagegen zu klagen). Hingegen kann sich ein Ersuchen um Zugang zu einem Werk, das lediglich auf dem Wunsch des Künstlers beruht, ein Inventar seiner Werke zu erstellen, nicht auf Art. 14 Abs. 1 URG stützen, da in diesem Fall die Zugänglichkeit des Werks nicht «zur Ausübung des Urheberrechts erforderlich» ist. Man kann daher Künstlern nicht eindringlich genug empfehlen, eine detaillierte und genaue Liste ihrer Werke und der Eigentümer der Werke zu führen, da sie die Eigentümer nicht zwingen können, ihnen Zugang zu den Werken zu geben.[306]

113 Die Ausübung des Zugangsrechts gemäss Art. 14 URG setzt ausserdem voraus, dass «kein berechtigtes eigenes Interesse» des Eigentümers oder Besitzers dem entgegensteht; ein solches berechtigtes Interesse kann insbesondere durch die Empfindlichkeit des Werks gegeben sein. Die Frage nach dem berechtigten Interesse des Eigentümers oder Besitzers kann sich insbesondere dann stellen, wenn der Künstler das einzige Exemplar des Werks, das im Besitz eines Sammlers ist, kopieren will (z.B. durch Abguss). Falls nicht eine Vertragsklausel dem Sammler und Eigentümer des einzigen

304 Siehe Baumgartner, Nachlassplanung, 79 f., 115 ff.; de Werra, sic! 2000 694 ff.

305 Zur Veranschaulichung (aus Sicht des deutschen Rechts) s. KGH, GRUR 1983 507 – Totenmaske; vgl. Kap. 1 § 4.

306 Allerdings wird der Künstler, abgesehen von öffentlichen Auktionen (bei denen er unter Umständen eine Vergütung im Rahmen des Folgerechts erhalten kann), weder die spätere Weitergabe seiner Werke kontrollieren noch die Namen und Adressen der neuen Eigentümer in Erfahrung bringen können.

Werkexemplars eine gewisse Exklusivität garantiert, kann dieser dem Begehren des Künstlers nach Zugang zu seinem Werk kein berechtigtes Interesse entgegenhalten, selbst wenn die Kopien des einzigen Werkexemplars, die in der Folge vom Künstler verkauft werden, den Handelswert des (bisher einzigen) Exemplars im Besitz des Sammlers schmälern können.[307]

114 Art. 14 Abs. 2 URG wiederum hält das Recht des Urhebers fest, vom Eigentümer oder Besitzer die Überlassung eines Werkexemplars zur Ausstellung im Inland zu verlangen, sofern «ein überwiegendes Interesse nachgewiesen wird». Ein solches überwiegendes Interesse ist insbesondere dann zu anerkennen, wenn es sich um eine Retrospektive des betreffenden Künstlers oder eine sonstige bedeutende Ausstellung handelt (selbst wenn es eine Kollektivausstellung ist).

115 Dabei gestattet es Art. 14 Abs. 3 URG dem Eigentümer oder Besitzer, die Herausgabe des Werks von der Leistung einer Sicherheit für die unversehrte Rückgabe des Werkexemplars abhängig zu machen. Diese Sicherheit kann insbesondere im Nachweis des Abschlusses einer ausreichenden Versicherung für das Werk während der Ausstellung bestehen. Das Gesetz sieht des Weiteren vor, dass der Künstler im Falle eines Schadens auch ohne Verschulden haftet (Art. 14 Abs. 3 *in fine* URG), und schafft damit eine Kausalhaftung zulasten des Künstlers.

116 Art. 16 Abs. 3 URG verankert die wesentliche Unterscheidung, die zwischen den Rechten des Urhebers am immateriellen Werk und den zivilen Eigentumsrechten am materiellen Träger dieses Werks (z.B. ein Gemälde oder eine Skulptur) zu treffen ist. Er hält fest: «Die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar schliesst urheberrechtliche Verwendungsbefugnisse selbst dann nicht ein, wenn es sich um das Originalwerk handelt.»[308] Diese Bestimmung bestätigt somit den Grundsatz, dass das Urheberrecht am immateriellen Werk und das Eigentumsrecht am Werkexemplar *(corpus mechanicum)* voneinander unabhängig sind.[309] Art. 16 Abs. 3 URG führt die widerlegbare Vermutung[310] ein, dass der Eigentümer eines Werkexemplars keinerlei Urheberrecht an dem in diesem Exemplar verkörperten Werk erwirbt.[311] So verfügt der Käufer eines Gemäldes, ausser bei gegenteiliger Vereinbarung mit dem Künstler, über keinerlei Urheberrecht an dem Werk, das im gekauften Bild verkörpert ist. Jedoch muss jemand, der auf Bestellung eine Zeichnung für einen bestimmten Zweck ausführt, in guten Treuen akzeptieren, dass die Übergabe der Zeichnung gegen Bezahlung einer Übertragung des Nutzungsrechts am Werk für den beabsichtigten Zweck gleichkommt.[312] Manchmal lässt sich daher aus der Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums am materiellen Werkexemplar eine stillschweigende Übertragung

307 In diesem Sinne SCHACK, Kunst, Rz 167, mit Bezug auf GRUR 1983 567; vgl. Kap. 1 § 5.
308 Die französische Fassung dieser Bestimmung ist etwas irreführend, da von «transfert de la propriété de l'oeuvre» («Übertragung des Eigentums am Werk») die Rede ist, während die deutsche Fassung korrekt von der «Übertragung des Eigentums am Werkexemplar» spricht.
309 Diese Unabhängigkeit wird seit langem von der Rechtsprechung bestätigt, vgl. BGE 68 III 65.
310 BGer, sic! 1999 122.
311 Zu Beispielen, die noch nach altem Recht entschieden wurden, s. CJ GE, SJ 1964 191; OGer ZH, SMI 1971 237.
312 BGer, sic! 1999 122.

der Urheberrechte ableiten.[313] Letztlich handelt es sich um eine Frage der Interpretation des Willens der Vertragsparteien im jeweiligen Fall.

VII. Urheberrecht und Nutzung digitaler Werke

Im digitalen Zeitalter stellen sich beim Zusammenhang Kunst und Urheberrecht zahlreiche rechtliche Herausforderungen. Einige Beispiele: die Schwierigkeiten des gewöhnlichen Rechts, digitale Güter zu erfassen, und das Aufkommen neuer Eigentumsbegriffe, so z.B. die Vorstellung, dass jedes digitale Gut einem Objekt dinglicher Rechte ähnelt und daher Gegenstand einer Aneignung sein kann, oder im Gegenteil die von der Theorie der Gemeingüter *(commons)* inspirierte Vorstellung, dass jedes digitale Gut allen gehört, wie Luft und Wasser.[314] Hologramme, die tote Künstler wieder zum Leben erwecken, werfen wiederum Fragen der Kohärenz der Domänen auf, insbesondere zwischen dem Urheberrecht, dessen Schutz über den Tod des Künstlers hinaus gilt, und dem Persönlichkeitsrecht, dessen Schutz mit dem Tod des Künstlers erlischt.[315] Neue Lizenzmodelle, die ein besseres Teilen digitaler Inhalte erlauben, wie die *Creative Commons*, werfen heikle Fragen bezüglich der Auslegung von Verträgen, des anwendbaren Rechts und der Verknüpfung mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht auf.[316] Angesichts der vielfältigen Produktionsmöglichkeiten im Internet und den sozialen Netzwerken («social media») konzentrieren wir uns hier auf die beiden Herausforderungen der Schöpfungen von Künstlicher Intelligenz (KI) und von den Nutzern sozialer Netzwerke. 117

1. Schöpfungen von künstlicher Intelligenz

Die KI[317] schafft heutzutage allerlei Werke der Literatur und Kunst (z.B. Gedichte, Gemälde, Presseartikel, Musikstücke und Videoclips)[318], was Grundbegriffe des Ur- 118

313 Siehe Streuli-Youssef, Grundlagen, 12 und FN 32 mit Verweis auf BGE 54 II 52 (der Besitz des Negativs eines Fotofilms schafft die Vermutung, dass das Vervielfältigungsrecht an den Besitzer des Negativs abgetreten wurde).

314 Zu den verschiedenen Begriffen von Eigentum und den auf digitale Güter anwendbaren Regelungen: Benhamou, Bien et immatériel, 311.

315 Vgl. Favreau, Droit de l'immatériel, 36.

316 Z.B. könnte eine Lizenz, die von vornherein jegliche Änderung des Werks gestattet, von bestimmten Gerichten/Rechtsordnungen als nichtig angesehen werden. Vgl. Dulong de Rosnay, Creative Commons. Betreffend die rechtlichen Herausforderungen der *Creative Commons* im Allgemeinen vgl. Jaccard/Cellina, SJ 2017 II 229.

317 Für KI gibt es verschiedene Definitionen. Es handelt sich vor allem um intelligente Maschinen, die mit *«processus cognitifs comparables à ceux de l'être humain»* begabt sind, Villani, Intelligence artificielle, 9. Sie lässt sich jedoch in zwei Kategorien einteilen: Systeme, die auf Wissen beruhen *(knowledge-based systems)*, und maschinelles Lernen *(Machine Learning)*, BKC, AI & Human rights, 10.

318 2018 komponierte eine künstliche Intelligenz namens Amper ein Stück mit dem Titel «Break Free», das die Künstlerin Taryn Southern vertrieb (nachdem sie es mit Worten unterlegt hatte). 2016 schuf ein Computer ein Porträt mit dem Titel «The Next Rembrandt»; er hatte zuvor Tausende von Werken des niederländischen Künstlers Rembrandt Harmenszoon van Rijn aus dem 17. Jahrhundert analysiert. 2016 gelangte ein japanisches Computerprogramm in die erste Auswahlrunde eines nationalen Literaturpreises. 2016 schuf die KI-Gesellschaft Deep Mind, die von

heberrechts in Frage stellt: Diese Schöpfungen von KI beruhen im Allgemeinen auf vorbestehenden Inhalten (vom Roboter verwendeter Input, oft als Trainingsdaten oder *training data* bezeichnet). Diese Inputs werden in der Regel vom Entwickler oder Nutzer der KI sorgfältig ausgewählt und bilden einen Pool von spezifischen Trainingsdaten *(training dataset)*, der eine ganz bestimmte KI-Schöpfung ermöglicht (z.B. das Album «Hello World» von Stromae, das Stück «Daddy's car», das mithilfe von Beatles-Stücken realisiert wurde, oder auch «Next Rembrandt», das auf Bildern des Malers beruht). Die Inputs können auch dem Internet oder anderen frei zugänglichen Datenbanken entnommen werden (z.B. die Traumbilder *[dreams]* von Google, die oft aus im Internet frei zugänglichen Bildern schöpfen, eine Art weltweites Repertoire). Damit stellt sich die Frage der Rechtmässigkeit der Weiterverwendung dieser vorbestehenden Inhalte, wenn sie urheberrechtlich geschützt sind. Das erzielte Ergebnis (vom Roboter realisierter Output) wirft sodann die Frage nach dem Schutz des Ergebnisses als «geistige Schöpfung» und der Zuordnung der Urheberrechte auf.[319]

a. Inputs

119 Das Problem bei der Verwendung von vorbestehenden Inputs durch KI besteht darin, dass diese urheberrechtlich geschützte Werke oder Werkteile sein können.[320] Dann stellt sich die Frage, ob eine solche Wiederverwendung in den Schutzbereich der ausschliesslichen Rechte fällt und somit der Zustimmung der Rechteinhaber bedarf und ob gegebenenfalls Ausnahmen bestehen.

120 Zu den ausschliesslichen Rechten gehört das allgemeine Recht des Urhebers, darüber zu entscheiden, ob, wann und wie sein Werk genutzt wird, und sie decken sowohl die vollständige Verwendung (Kopie 1:1) als auch die teilweise Verwendung ab. Im Fall einer teilweisen Verwendung ist zu ermitteln, welche Elemente des ursprünglichen Werks von der KI übernommen worden sind, und zu prüfen, ob die übernommenen Elemente (für sich allein oder in Kombination) geschützt sind.[321] Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die KI manchmal nur einen Teil des ursprünglichen Inhalts (Teilnutzung) verwendet und/oder dass der ursprüngliche Inhalt im Endresultat (Output) nicht erkennbar ist. Ein neueres Beispiel ist das Porträt von Edmond de Belamy, das erste von einer KI gemalte Bild, das an einer Auktion für USD 432 000 verkauft wurde.[322] Zu erwähnen ist ausserdem, dass man sich bei der Prüfung, ob übernommene Elemente geschützt sind, auf die Kriterien der statistischen und vergleichenden Individualität stützen kann (das Werk scheint in den Augen des Publikums bzw. verglichen mit anderen Werken der gleichen Gattung einmalig).[323] Ein Ansatz könnte

---

Google übernommen wurde, eine Software, die nach Anhören von Tonaufzeichnungen Musik komponieren konnte. Für weitere Beispiele vgl. GUADAMUZ, L'Intelligence.

319 Vgl. den Beitrag von SCHÖNBERGER, Up- and down-stream, 145 ff.

320 Technisch gesehen und je nach Typ der KI können diese technischen und Trainingsdaten *(technical and training data)* durch andere Rechte oder Ansprüche geschützt sein, z.B. das Geschäftsgeheimnis, den Schutz vor unlauterem Wettbewerb oder ein Datenbankrecht *sui generis.*

321 CR PI-CHERPILLOD, Art. 10 LDA N 5.

322 Vgl. ‹http://obvious-art.com/edmond-de-belamy.html› (21.4.2020).

323 Zur statistischen und vergleichenden Individualität, vgl. CR PI-DESSEMONTET, Art. 2 LDA N 14 ff und 20. Betreffend Zielpublikum s. SENN, sic! 2017 532 *(«das relevante Zielpublikum, d.h. der massgebende Personenkreis»)*; THOUVENIN, Irrtum, 64 *(«intime Kenntnisse der jeweiligen Werkgattung»)*.

sein, zu prüfen, ob der Input aus Sicht des Zielpublikums erkennbar ist (Kriterium der Wahrnehmbarkeit durch das Zielpublikum). Die Antwort hängt vom Typ der KI ab: Wenn eine KI Werke (Output) schafft, bei denen das Zielpublikum die Nachahmung oder Nachbildung eines ganzen oder eines Teils eines ursprünglichen Werks (Input; z.B. in Form einer Hommage oder eines Hinweises) erkennen kann, dann handelt es sich um die Ausübung der Nutzungsrechte am ursprünglichen Werk. Wenn hingegen eine KI die ursprünglichen Werke (Input) ausschliesslich zu Trainingszwecken nutzt, ohne dass sie vom Zielpublikum im Endergebnis (Output) erkennbar sind, besteht keine Ausübung von Nutzungsrechten.[324] Der Verweis auf das Zielpublikum scheint umso berechtigter, als umgekehrt der Verweis auf führende Fachleute oder gar auf Menschen mit «erweiterten Fähigkeiten» (z.B. mit einer Datenbrille) oder auf KI, die auf das Entdecken von Ähnlichkeiten geschult sind, dazu führen könnte, dass systematisch und genau Ähnlichkeiten mit jedem Input einzuräumen sind, selbst wenn sie von blossem Auge nicht sichtbar sind. Ein aussagekräftiges Beispiel: Es genügt, mit blossem Auge die beiden Bilder «Your World Without Paper» des Künstlers Amel Chamandy und «85.81 %_match: Amel Chamandy ‹Your World Without Paper›» des Künstlers Adam Basanta zu vergleichen, um festzustellen, dass die Ähnlichkeiten nicht offensichtlich oder sogar von blossem Auge nicht wahrnehmbar sind, während eine KI die Ähnlichkeiten mit den verwendeten Inputs genau beziffern kann.[325]

Betreffend die Ausnahmen (angenommen, die Verwendung der Inputs durch die KI fällt in den Schutzbereich der ausschliesslichen Rechte des Urhebers des Inputs) kann man sich fragen, ob die KI nicht von einer Ausnahme vom Urheberrecht profitiert, insbesondere derjenigen der vorübergehenden Vervielfältigung i.S.v. Art. 24a URG. Es ist jedoch unsicher, ob diese Ausnahme auf KI-Systeme anwendbar ist: Die Ausnahme zielt nämlich im Wesentlichen auf vorübergehende Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher bei der Verwendung einer Software in einem Computer ab (z.B. Lancierung einer Software, Nachschauen im Internet *[browsing]* oder Versand von E-Mails, die das Erstellen mindestens einer, oft aber mehrerer Kopien im Arbeitsspei- 121

324 Ohne uns auf eine rechtsvergleichende Analyse einzulassen, sei hier lediglich erwähnt, dass dieses Kriterium der Wahrnehmbarkeit durch das Publikum in anderen Rechtsordnungen belanglos scheint und dass die KI systematisch die Vervielfältigungsrechte ausübt, unabhängig davon, ob die Inputs wahrnehmbar sind oder nicht. Im französischen Recht L-122-3 CPI: *«La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte»*. Im europäischen Recht Art. 2 der Richtlinie 2001/29/EG: *«Die Mitgliedstaaten sehen […] das ausschliessliche Recht vor, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten»*. Vgl. ferner EuGH, 16.7.2009, C-5/08, «Infopaq», § 51: *«[…] eine Handlung, die im Laufe eines Datenerfassungsverfahrens vorgenommen wird, das darin besteht, einen aus elf Wörtern bestehenden Auszug eines geschützten Werkes zu speichern und auszudrucken, unter den Begriff der teilweisen Vervielfältigung im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 2001/29 fallen kann, wenn die so wiedergegebenen Bestandteile – was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist – die eigene geistige Schöpfung durch den Urheber zum Ausdruck bringen»*. Mazziotti, Copyright law; a.M. Dusollier, L'exploitation, 266 ff., mit der Begründung, es bestehe keine wirtschaftliche Nutzung der Kopie selbst.

325 Vgl. den Artikel von Hannay, «Artist faces lawsuit over computer system that creates randomly generated images» vom 4.10.2018, ‹https://www.theglobeandmail.com/arts/art-and-architecture/article-artist-faces-lawsuit-over-computer-system-that-creates-randomly/› (21.4.2020). Siehe ferner die anderen Werke von Adam Basanta, die durch eine KI geschaffen wurden, welche den Prozentsatz der Ähnlichkeiten mit den Werken anderer Künstler angibt (94.46 %_match: Richard Serra «Double Rift #4», 2011), ‹http://allwedeverneed.com/20180525.html› (21.4.2020).

cher des Computers auslösen), während es mit der KI nicht unbedingt Kopien gibt (zu Trainingszwecken), oder wenn die Kopien nicht im Arbeitsspeicher aufbewahrt werden müssen, sobald sie durch das neuronale System gegangen sind.[326]

122 Diese Unsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit von Schöpfungen der KI (d.h., ob das Erstellen von Kopien von Werken, die von der KI verwendet werden, in den Bereich des Vervielfältigungsrechts i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG und/oder in den Bereich der Ausnahme der vorübergehenden Vervielfältigung i.S.v. Art. 24a URG fällt) sollte mit der neuen Ausnahme des «Text- und Data-Mining» gemildert werden, die die N-URG schlagt vor. Mit dieser Ausnahme wird jede zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung vorgenommene Vervielfältigungshandlung zulässig, wenn die Vervielfältigung durch die Anwendung eines technischen Verfahrens bedingt ist und zu den zu vervielfältigenden Werken ein rechtmässiger Zugang besteht (Art. 24d URG). Diese Ausnahme ist zwar ausreichend offen, was die Bedingung der Forschung betrifft (und ist unterschiedslos auf kommerzielle und nicht-kommerzielle Forschung anwendbar), sie deckt jedoch nur die Vervielfältigungshandlung zu Forschungszwecken ab und erstreckt sich insbesondere nicht auf das Zur-Verfügung-Stellen und die Veröffentlichung der benutzten Werke.[327]

b. Outputs

123 Die durch KI erzeugte Schöpfung (Output) wirft die Frage auf, ob ihr ein urheberrechtlicher Schutz einzuräumen sei, und damit auch die Frage der Schutzbedingungen und der Zuweisung der Urheberrechte. Das schweizerische Recht scheint noch nicht bereit, Werke, die nicht von einem Menschen geschaffen wurden, urheberrechtlich zu schützen.[328]

124 Dies geht schon aus dem Werkbegriff hervor: Werke werden definiert als *«geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben»* (Art. 2 Abs. 1 URG). Wenn auch die Kriterien des Bereichs der Literatur oder Kunst sowie

326 CR PI-Gilliéron, Art. 24a LDA N 3 f. Vgl. ferner die europäische Ausnahme der vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen (Art. 5.1 Richtlinie 2001/29/EG); sie ist mit der schweizerischen Ausnahme vergleichbar, und zahlreiche europäische Autoren empfehlen ihre Anwendung für die Zulassung von durch KI erstellten Kopien. Vgl. Schönberger, Kunst, 19, mit den zahlreichen Hinweisen.

327 Botschaft URG 2017, 627 ff.

328 Auch im Ausland scheinen die meisten Gesetzgeber nicht bereit, Werke, die nicht von einem Menschen geschaffen wurden, urheberrechtlich zu schützen. In den Vereinigten Staaten, s. den Fall Feist Publications v. Rural Telephone Service Company, Inc., 499 U.S. 340 (1991), wonach das Urheberrecht ausschliesslich die Frucht einer geistigen Arbeit schützt, die auf der Schöpfungsmacht des Geistes beruht. In Australien, s. den Fall Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd., [2012] FCAFC 16, wo das Gericht erklärte, ein mit einem Computer geschaffenes Werk könne nicht den Schutz des Urheberrechts geniessen, denn es sei nicht von einem Menschen geschaffen worden. In Europa setzt der Schutz durch das Urheberrecht eine «eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers» voraus, was so ausgelegt wird, dass die Beteiligung einer natürlichen Person erforderlich ist. Vgl. EuGH, 16.7.2009, C-5/08, ECR I-06569, Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening [2009]; C-145/10, ECDR (13) 297, 423, Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH und andere, [2011]: «das Urheberrecht kann nur in Bezug auf ein Schutzobjekt – wie eine Fotografie – angewendet werden, bei dem es sich um ein Original in dem Sinne handelt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt […] Der Urheber einer Porträtfotografie kann […] dem geschaffenen Werk somit seine ‹persönliche Note› verleihen».

des individuellen Charakters einem urheberrechtlichen Schutz von KI-Schöpfungen nicht unbedingt im Weg stehen,[329] ist das Kriterium der «geistigen Schöpfung» problematischer, da es einen Prozess erfordert, der auf einem menschlichen Willen beruht und Ausdruck eines menschlichen Gedankens ist.[330] Der Urheber als natürliche Person muss somit eine gewisse Kontrolle über die Ausführung des Werks haben.[331] Das würde Werke von KI ausschliessen, da diese nicht auf dem Ausdruck eines menschlichen Gedankens beruhen und die Ausführung nicht unter der Kontrolle des Künstlers erfolgt. Zudem wird der Urheber definiert als *«die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat»* (Art. 6 URG). Die KI kann somit nicht als Urheber und erst recht nicht als Miturheber eingestuft werden (Art. 7 URG). Noch vor Kurzem, hat der Schweizer Gesetzgeber dieses Erfordernis der natürlichen Person hinter dem Werk in Erinnerung gerufen, im Zusammenhang mit dem Schutz von Fotografien ohne individuellen Charakter: *«Geistig ist eine Schöpfung nur dann, wenn ihr ein menschliches Handeln zugrunde liegt. Im Sinne der vorliegenden Norm können also nur Menschen Urheberinnen und Urheber sein.»*[332] Paradoxerweise schliesst der Gesetzgeber allerdings damit *«automatisiert hergestellte Fotografien, wie beispielsweise Radarfotos, Fotos von Überwachungskameras oder von Kamerafallen»* vom Schutzbereich aus, bejaht aber gleichzeitig die Schutzfähigkeit von Fotografien und von *«ähnlich wie Fotografien hergestellten Erzeugnissen […] bei denen ein Bild unter Benutzung strahlender Energie erzeugt wird (z.B. Bilder, die durch Infrarot- oder Röntgenstrahlen entstehen) und auf Mikro- und Makrokopien sowie Abzüge eines Negativfilms»*.[333]

Die Schöpfung der KI könnte jedoch als das Ergebnis von Entscheidungen des Pro- 125
grammierers der KI und/oder der Person angesehen werden, die sorgfältig die Trainingsdaten ausgewählt hat, und die Urheberrechte könnten ihm/ihnen zugesprochen werden. Gegebenenfalls, wenn beide (Programmierer und Person, die die Trainingsdaten ausgewählt hat) einen ausreichend grossen Beitrag zur Schöpfung der KI geleistet haben, können sie als Miturheber betrachtet werden. Wenn im Übrigen die Inputs im Output erkennbar bleiben, müsste dieser als Werk zweiter Hand der Inputs angesehen werden (Art. 3 Abs. 1 URG). Als solches wäre es geschützt (und der Programmierer und/oder die Person, die die Trainingsdaten ausgewählt hat, hätten die Urheberrechte daran), aber grundsätzlich bedürfte es der Einwilligung der Rechteinhaber des Inputs (Art. 3 Abs. 4 URG). Die grosse Schwierigkeit wäre dann, den

329 Zum Kriterium des Bereichs der Literatur und Kunst, vgl. I.2. Zum Kriterium des individuellen Charakters, vgl. I.3. Es sei daran erinnert, dass die Individualität im Werk selbst zum Ausdruck kommen und sich von der Banalität oder routinemässiger Arbeit abgrenzen muss; sie ergibt sich aus der Vielzahl persönlicher Entscheidungen des Urhebers, aus überraschenden und ungewöhnlichen Kombinationen, sodass es als ausgeschlossen erscheint, dass bei gleicher Aufgabenstellung von einem Dritten das gleiche Werk geschaffen würde (BGer, 19.4.2016, ATF 142 III 387, E. 3.1). Diese Definition würde das Einschliessen der KI gestatten, da die Schöpfungen das Ergebnis einer Entscheidungsfindung (das ist ihre Funktion) ist; man kann daher darin eine «geistige» Arbeit sehen, obwohl man vielleicht auch vorbringen könnte, dass eine andere künstliche Intelligenz ein identisches Musikstück hätte schaffen können. Vgl. Charlet, Post 8.10.2018.

330 BGE 130 III 168; EuGH idem s. FN 326.

331 Im gleichen Sinne vgl. Jane C. Ginsburg, The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law, in: DePaul Law Review, vol. 52, 2003, 1066: «[…] an author is a human being who exercises subjective judgment in composing the work and who controls its execution».

332 Botschaft URG 2017, 620.

333 Botschaft URG 2017, 619 f.

kausalen Zusammenhang zwischen Output und den ausgewählten Inputs, der allgemeinen Logik und der Konzeption der KI durch ihren Programmierer zu bestimmen. Und je mehr die KI autonome Entscheidungen trifft, desto schwieriger ist es, einen kausalen Zusammenhang mit dem Programmierer zu sehen. Ein anderer Ansatz wäre, den Programmierer oder den Eigentümer der KI als Arbeitgeber anzusehen, dem die KI automatisch sämtliche Urheberrechte an den Outputs abtritt (im Sinne der gesetzlichen Übertragung gemäss Art. 17 URG oder der Vermutung der Abtretung zu Gunsten des Arbeitgebers). Hier stellt sich allerdings das Problem, dass es keine Abtretung von Urheberrechten geben kann, die – aus den vorerwähnten Gründen – nie bestanden haben.[334] Diesbezüglich sei schliesslich noch angemerkt, dass das Schweizer Recht, wie auch zahlreiche Rechtsordnungen, anerkennt, dass juristische Personen durch gesetzliche Abtretung Inhaberinnen von Urheberrechten werden können (insb. die Arbeitgeber in Bezug auf die Urheberrechte ihrer Angestellten oder die Auftraggeber von Werken auf Bestellung, sog. *works made for hire*). Tatsächlich handelt es sich um eine rechtliche Fiktion, mittels welcher Urheberrechte an eine juristische Person (Arbeitgeber oder Besteller) übertragen werden, wegen der Kontrolle, die sie über die Produktion ausübt, und aus praktischen Gründen mit dem Ziel, der juristischen Person die Nutzung der Produktion bzw. eine Investitionsrendite zu ermöglichen.[335]

2. Schöpfungen von Nutzern sozialer Netzwerke («Social Media»)

126 Internet-Nutzer verwenden oft andere Inhalte, die urheberrechtlich geschützt sind (z.B. Text, Foto, Video, Musik, Illustration, die oft von anderen Websites oder Social Media übernommen werden),[336] um sie in ihre eigenen Schöpfungen zu integrieren und sie über die sozialen Netzwerke (Facebook, Twitter, Flickr, persönliche Blogs)

334 Grossbritannien ist das erste Land, das die Urheberrechte an einem von einem Computer geschaffenen Werk präzisiert hat, das wie folgt definiert wird: «‹computer-generated›, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work» (Art. 178 des Copyright, Designs and Patents Act). Das Gesetz spricht die Urheberrechte dem Programmierer zu und präzisiert: «In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken» (Art. 9.3); der Schutz endet «50 years from the end of the calendar year in which the work was made» (Art. 12.7). Mit dieser Bestimmung soll eine Ausnahme von der Anforderung der menschlichen Urheberschaft am Werk geschaffen werden, in Anerkennung der grossen Arbeit, die in die Entwicklung eines Programms gesteckt wird, das fähig ist, ein Werk zu schaffen, selbst wenn der schöpferische Funke von der Maschine selbst stammt; vgl. Guadamuz, L'intelligence.

335 Ana Ramalho, Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems, 2017, in: ‹https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2987757› (21.4.2020), 12, gibt allerdings an, dass diese Analogie mit Werken auf Bestellung an Grenzen stösse, da die Schöpfungen der KI nicht in eine der Kategorien der Werke auf Bestellung fallen (typischerweise Werke, die von Angestellten im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses geschaffen werden) und da die KI keine Rechte oder Pflichten habe (im Gegensatz zu den Angestellten oder Beauftragten, die Rechte und Pflichten aufgrund ihres Vertragsverhältnisses mit dem Arbeitgeber/Auftraggeber hätten).

336 Es kann sich aber auch um Inhalte handeln, die durch andere Rechte oder Ansprüche geschützt sind, wie die Persönlichkeitsrechte (ZGB) oder den Schutz von Personendaten (DSG). Ihre Verwendung kann auch Gegenstand von Rechtfertigungsgründen sein (Art. 28 ZGB; Art. 13 DSG).

oder andere Host-Plattformen (YouTube, Dailymotion, SoundCloud) zu teilen.[337] Unter den häufigsten Praktiken auf den Netzwerken wäre vor allem das Bereitstellen von Hyperlinks oder das sog. Framing oder Embedding von Bildern zu nennen, aber auch Remix oder Mashup (z.B. *mem* oder *giff*). Damit stellt sich die Frage, ob diese Handlungen durch das Urheberrecht erfasst werden und somit die Zustimmung des Rechteinhabers erforderlich ist oder ob sie im Gegenteil ausserhalb des Schutzbereichs liegen und die Genehmigung der Rechteinhaber nicht erforderlich ist.

Hyperlinks, Framing und Embedding sind Verknüpfungen, die auf Inhalte verweisen, die anderswo angesiedelt und über die Kommunikationsnetze (z.B. Internet) zugänglich sind.[338] Die Kontrolle über den Inhalt der Zielseite bleibt in den Händen von deren Webmaster, die Website mit der Verknüpfung verweist lediglich auf diese Seite. Rechtlich gesehen gibt es bis heute keine klare Lösung. Die Schweizer Gerichte hatten noch keine Gelegenheit, sich klar zu dieser Frage zu äussern,[339] im Gegensatz zum EuGH[340]. Die Lehre tendiert zur Ansicht, dass Hyperlinks nicht unter das Urheberrecht fallen, da es sich um einen blossen Zugangsweg zu einem Zielinhalt handelt, während Framing und Embedding durch das ausschliessliche Recht, ein Werk zugänglich zu machen (Art. 10 Abs. 2 lit. d URG), gedeckt würden, da der Inhalt über die verbindende Website direkt zugänglich wird und der Besuch der Ziel-Website nicht mehr erforderlich ist.[341] Remixes und Mashups übernehmen ganz oder teilweise vorbestehende Werke. Sie stellen somit Werke zweiter Hand dar und benötigen die Zustimmung der Rechteinhaber des ursprünglichen Inhalts, ausser sie schaffen ein bloss davon inspiriertes Werk.[342] Remixes und Mashups, die als Werke zweiter Hand ein- 127

337 Hier geht es nur um die «aktiven» Nutzer, die auf den Netzen kreative Inhalte schaffen und teilen, im Gegensatz zu den «passiven» Nutzern, die auf diese Inhalte nur zugreifen, ohne kreativen Beitrag. Zur Unterscheidung zwischen diesen beiden Nutzerkategorien, vgl. Schmidt-Gabain, Social Media, 52.

338 Im Allgemeinen unterscheidet man den *Surface Link* («oberflächlicher Link», über den man von einer Website auf die Startseite einer anderen Website gelangt) und den *Deep Link* (wenn die Verknüpfung nicht zur Startseite, sondern einer «tieferen» Seite der anderen Website führt) von den Framing- und Embedding-Techniken (bei denen es sich nicht um Links handelt, sondern vielmehr um eine Technik, mit welcher der Webmaster in einem seiner Fenster den Inhalt einer Seite der Website eines Dritten integrieren kann, ohne dem Nutzer den wahren Ursprung dieses Inhalts offenzulegen); Salvadé, Droit d'auteur, 52.

339 BGer, 6.5.2015, 5A_658/2014, E. 4.2 – «Carl Hirschmann», wonach keine Mitwirkung an einer Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wenn lediglich ein allgemeiner Link von der Internetseite eines Mediums auf diejenige eines anderen aufgeschaltet wird; BGer, 7.2.2011, 6B_757/2010, E. 4.2 – «Internet-Piraterie», wonach eine Internetseite mit eD2K-Links (mit denen direkt das Herunterladen und das damit verbundene Hochladen urheberrechtlich geschützter Werke möglich ist) einen Fall von Beihilfe zur Verletzung von Urheberrechten darstellt.

340 EuGH, 13.2.2014, C-466/12 – «Svensson»; 21.10.2014, C-348/13 – «BestWater», wonach keine Handlung der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Urheberrechts vorliegt, wenn *«anklickbare Links zu Werken bereitgestellt werden, die auf einer anderen Internetseite frei zugänglich sind»*; EuGH, 8.9.2016, C-160/15 – «GS Media BV»; 15.6.2017, C-610/15 – «The Pirate Bay», wonach das Bereitstellen anklickbarer Links zu Werken, die ohne Zustimmung des Urhebers ins Netz gestellt wurden, *«in voller Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung»*, eine Handlung der Wiedergabe darstellt.

341 Unter den verschiedenen Autoren, die allerdings unterschiedliche Ansätze verfolgen, vgl. CR PI-Cherpillod, Art. 10 LDA N 24; Salvadé, Droit d'auteur, 51 ff.; Handle/Wigger, sic! 2016 615 ff.

342 Betreffend die Dichotomie zwischen Werk zweiter Hand und inspiriertem Werk, vgl. oben III.1 (Umfang und Grenzen des Urheberrechts).

gestuft werden, sowie die durch das ausschliessliche Recht des Zugänglichmachens erfassten Hyperlinks, bedürfen für ihre Nutzung grundsätzlich der Zustimmung des Rechteinhabers (Art. 10 Abs. 1 URG), ausser es besteht eine Ausnahme (Art. 19 ff. URG).[343]

128 Als Ausnahmen in Betracht kommen vor allem die Ausnahmen der Parodie (Art. 11 Abs. 3 URG) und des Zitats (Art. 25 URG), wobei zu beachten ist, dass für diese eigene Anwendungsbedingungen gelten, die nicht immer erfüllt sind. Bei der Ausnahme des Zitats z.B. besteht die Schwierigkeit darin, die Bedingungen der Konnexität und der Verhältnismässigkeit (d.h., das Zitat im Remix oder im Mashup bleibt nebensächlich und erlangt nicht eine eigene oder grössere Bedeutung gegenüber dem zitierten Werk) einzuhalten.[344] Zu denken ist auch an die Ausnahme der Verwendung zum Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG); dabei ist aber zu präzisieren, dass das Teilen in den Netzen grundsätzlich systematisch über den Eigengebrauch hinausgeht (unter Vorbehalt des Ausnahmefalls von geschlossenen sozialen Netzwerken, die einem eng mit dem Internet-Nutzer verbundenen Personenkreis vorbehalten sind).[345] Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass die Praktiken des Remix oder des Mashups auf europäischer Ebene (im Rahmen der Revision der Richtlinie 2001/29/EG, mit dem Vorschlag, eine neue Ausnahme für Adaptationen *(oeuvres transformatives)* einzuführen, was aber schliesslich verworfen wurde) diskutiert worden sind und im kanadischen Recht Gegenstand einer spezifischen Ausnahme, des sog. *User-Generated-Content* sind (begrenzt insbesondere auf nicht-kommerzielle Nutzungen und auf Fälle, in denen die Quelle genannt wird und der Nutzer glaubt, die Übernahme des vorbestehenden Werks sei erlaubt).[346]

3. Haftung der Provider

129 Die Entwicklung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien war von Anfang an und ist noch heute eine besondere Herausforderung für die Inhaber von Urheberrechten und von verwandten Schutzrechten, wie die grosse Zahl von Gerichtsverfahren zeigt, die weltweit in dieser Sache geführt worden sind, insbesondere betreffend das widerrechtliche Angebot von Musikstücken im Internet.[347]

130 Die weltweite und unbegrenzte Nutzung digitaler Inhalte, einschliesslich urheberrechtlich geschützter Werke (und Leistungen, die durch die verwandten Schutzrechte geschützt sind), steht heutzutage jedem Internet-Surfer offen, die Kosten weltweiter

343 Es kann sich aber auch um Inhalte handeln, die durch andere Rechte oder Ansprüche geschützt sind, wie die Persönlichkeitsrechte (ZGB) oder den Schutz von Personendaten (DSG). Ihre Verwendung kann auch Gegenstand von Rechtfertigungsgründen sein (Art. 28 ZGB; Art. 13 DSG).

344 Betreffend die Ausnahmen, vgl. oben IV (Die Grenzen des Schutzes).

345 Für eine vertiefte und kritische Analyse der Bedingung des «eng verbundenen Personenkreises», der für die sozialen Netzwerke gilt (insb. die Anzahl Freunde/Follower und die Natur der Beziehungen), vgl. SCHMIDT-GABAIN, Social Media, 75; GASSER, Handkommentar URG, Art. 19 N 10 ff.; BAUMGARTNER, Privatvervielfältigung, 74 ff.

346 Betreffend die kanadische Ausnahme des User-generated Content, vgl. GENDREAU, Content, 99 ff; NABHAN, RIDA 248 (2016) 1 ff.

347 Siehe insb. die berühmte Affäre Grokster, die durch ein Urteil des Supreme Court der USA entschieden wurde (MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 [2005]).

Reproduktion und Sendung sind auf praktisch null gesunken. Dies bedeutet natürlich eine Gefahr für einen wirksamen Schutz der Rechteinhaber und hat gewisse Weiterentwicklungen des Urheberrechts ausgelöst.[348]

131 Bei einer Verletzung von Urheberrechten (wenn z.B. ein Internet-Surfer in den Social Media ohne Erlaubnis urheberrechtlich geschützte Werke verwendet und teilt) stehen die Rechteinhaber, die Gerichte und die Praktiker vor einer weiteren grossen Herausforderung: Welche Mittel stehen ihnen zur Verfügung, um eine solche Verletzung zu verhindern?

132 Solche Mittel können sich direkt gegen den Urheber des rechtswidrigen Inhalts (z.B. den Internet-Nutzer, der das rechtswidrige Werk geschaffen hat) oder indirekt gegen den Provider[349] richten, mittels einer Zivilklage (auf Beseitigung oder Unterlassung und/oder auf Schadenersatz), einer Strafklage oder eines Verwaltungsverfahrens. Da strafrechtliche Massnahmen grundsätzlich auf vorsätzliche Verstösse (des Nutzers oder des Providers) und verwaltungsrechtliche Massnahmen auf ganz bestimmte Websites beschränkt sind, soll der Schwerpunkt hier auf Zivilklagen gelegt werden, die gegen den Provider (indirekte Haftung) eingereicht werden; darin wird vom Provider gefordert, eine bestimmte Website oder einen bestimmten Inhalt zu sperren (z.B. wird Facebook oder der Swisscom befohlen, den Zugang zu bestimmten widerrechtlichen Websites oder Inhalten zu blockieren).[350]

133 Im Urheberrecht gibt es heute keine besondere Regel und auch keine klare Rechtsprechung. Die Haftung der gewöhnlichen Provider wird daher derzeit auf der Basis allgemeiner Regelungen bestimmt. Art. 39d N-URG verpflichtet Internet-Hosting-Dienste, die eine besondere Gefahr für Verletzungen von Urheberrechten schaffen, zu verhindern, dass widerrechtliche Inhalte erneut zugänglich gemacht werden (*Stay-down*-Pflicht). Damit wird es zwei Arten von Internet-Providern geben, mit unterschiedlichen Pflichten: die gewöhnlichen Provider, die den allgemeinen Regeln des gemeinen Rechts unterstehen, und die qualifizierten Provider, die einer *Stay-down*-Pflicht unterliegen.[351]

---

348 Siehe DE WERRA, L'évolution, 3.

349 Unter «Provider» versteht man jeden Internet-Vermittler, der seinen Nutzern eine (oft automatisierte) Leistung anbietet, ohne redaktionelle Kontrolle der Informationen, und umfasst sowohl die Hosts (d.h. Anbieter, die einen Platz zur Verfügung stellen, auf dem der Nutzer seinen Inhalt verbreiten kann) als auch die Anbieter von Internet-Zugang (d.h. die den Nutzern Internet-Zugang über das Telefon oder ein Breitbandnetz ermöglichen). Vgl. Bericht des Bundesrates, 11.12.2015, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, 20, wo betont wird, dass die Übergänge zwischen den Funktionen oft fliessend sind, denn es gibt zahlreiche Misch- oder Sonderformen von Providern.

350 Für eine vertiefte Analyse der verschiedenen Blockierungsmassnahmen (sowohl aus zivil- als auch aus straf- und verwaltungsrechtlicher Sicht) vgl. BENHAMOU, Expert Focus 2017.

351 Interessanterweise sah der VE-URG (Entwurf einer Änderung des Urheberrechtsgesetzes [URG] vom 11.12.2015) eine Sperrungspflicht für Anbieter von Internet-Zugang vor, die aber in der Botschaft fallengelassen wurde. Vgl. AGUR 12 II, Medienmitteilung vom 2.3.2017, Modernisierung des Urheberrechts: Kompromiss in der AGUR12 II: *«Nicht im Kompromisspaket enthalten sind Blocking-Massnahmen durch Access Provider (sog. Netzsperren) sowie der Versand aufklärender Hinweise bei schwerwiegenden Urheberrechtsverletzungen über Peer-to-Peer-Netzwerke»*. Interessant ist auch, dass diese Stay-down-Pflicht auf das Urheberrecht beschränkt ist, während es auf den Portalen zu Verstössen aller Art kommt (z.B. gegen das Persönlichkeitsrecht, den Datenschutz, das Urheberrecht, das Markenrecht).

134 Abwehr- und Schadenersatzklagen können gegen den Urheber der Verletzung (direkte Haftung) oder den Mitwirkenden bei der Verletzung (indirekte Haftung) eingereicht werden. Dabei ist es sehr schwierig, zu bestimmen, was eine Mitwirkung ist, da jeder Dienstleistungsanbieter als Beteiligter angesehen werden kann, einschliesslich des Stromlieferanten (mit anderen Worten: es ist äussert schwierig, die Passivlegitimation des Anbieters zu ermitteln). Zur Beantwortung dieser Frage (Passivlegitimation des Anbieters) bieten sich folgende Ansätze an: Im Falle einer Persönlichkeitsverletzung (z.B. Verletzung der Privatsphäre oder der Ehre) kann der Kläger gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 ZGB) und Unterlassung oder Beseitigung beantragen.[352] Eine geringfügige Mitwirkung reicht aus. Das BGer bejaht die Verantwortlichkeit des Anbieters, sobald er eine objektive kausale Rolle, auch eine untergeordnete, bei der Verletzung spielt, und zwar unabhängig von Kontrolle und Verschulden. Es handelt sich um den berühmten Entscheid *Tribune de Genève*, in welchem die *Tribune* für das blosse Hosting eines Blogs verurteilt wurde, der diffamierende Aussagen enthielt. Für das Bundesgericht reicht ein geringfügiger Beitrag aus.[353] Im Fall einer Verletzung eines Immaterialgüterrechts (Urheberrecht, Marke, Patent, Design) kann der Kläger ebenfalls auf Unterlassung oder Beseitigung gegen einen an der Verletzung Mitwirkenden klagen (Art. 66 lit. d PatG; Art. 9 Abs. 2 DesG; Art. 62 Abs. 1 URG; Art. 55 MSchG). Rechtsprechung und Lehre tendieren dazu, die Passivlegitimation auf qualifizierte Mitwirkungshandlungen gemäss den Regeln des Patentrechts und des Designrechts (Art. 66 lit. d PatG; Art. 9 Abs. 2 DesG) zu beschränken, welche die Passivlegitimation jeder Person vorsehen, die zu den Verletzungshandlungen anstiftet, bei ihnen mitwirkt, ihre Begehung begünstigt oder erleichtert;[354] oder es wird mit Verweis auf Art. 50 OR entschieden, dass jeder passivlegitimiert ist, der weiss oder wissen muss, dass seine Dienstleistungen geeignet sind, Recht zu verletzen, und dass die Kunden tatsächlich das Recht verletzen.[355]

135 Wird die Passivlegitimation bei einer Verletzung von Immaterialgüterrechten auf die Provider angewandt, heisst das, dass die Verantwortung der Anbieter von Internet-Zugang wegen mangelnder Anstiftung oder Kenntnis des Inhalts verneint und diejenige des Hosters nur dann bejaht wird, wenn er Kenntnis von konkreten Verletzun-

352 Vorstellbar ist auch eine Verletzung des URG (z.B. veröffentlichen die Nutzer eines sozialen Netzwerks, die Teilnehmer eines Blogs oder ganz allgemein die Begünstigten eines Hosting-Vertrages persönliche Daten einer Person. Die Passivlegitimation bei einer Persönlichkeitsverletzung gilt auch in diesem Fall aufgrund des Verweises von Art. 15 Abs. 1 auf Art. 28 ZGB, vgl. Bericht des Bundesrates, 11.12.2015, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, 35.

353 BGer, 14.1.2013, 5A_792/2011, E. 6.2–6.3; die Lehre kritisierte dieses Urteil mit der Begründung, dies führe zu einer unbegrenzten Passivlegitimation, Schoch/Schüepp, Jusletter 13.5.2012, Rz 36. Vgl. jedoch BGer, 6.5.2015, 5A_658/2014, E. 4.1 – Carl Hirschmann, sic! 2015, wo die Mitwirkungseigenschaft desjenigen, der auf seine Website einen allgemeinen Link auf die Internetseite einer Zeitung oder einer Radiostation setzt, verneint wird, denn der Link sei *«zu unspezifisch»*.

354 Hess-Blumer, sic! 2003 100 f.; Schoch/Schüepp, Jusletter 13.5.2012, Rz 27 ff., die die Anwendung der Regeln des Patent- und des Designrechts auf Urheberrechtsverletzungen mit der Begründung rechtfertigen, dass der Gesetzgeber eine möglichst einheitliche Regelung im gesamten Immaterialgüterrecht wollte. Sie sprechen sich im Übrigen gegen die Anwendung der Legitimation in Bezug auf Art. 28 ZGB aus, mit der Begründung, das geistige Eigentum betreffe wirtschaftliche Güter, während Art. 28 ZGB Persönlichkeitsrechte betreffe, deren Verletzung eine Interessenabwägung bedinge.

355 BGE 129 III 588 – Schiffchen-Stickmaschine, wo ebenfalls unterstrichen wird, dass die in Art. 66 lit. d PatG enthaltene Regelung der Teilnahme inhaltlich der Regelung von Art. 50 OR entspricht.

gen hat (bei vorheriger Mahnung oder bei vorsätzlich zum Zweck der Rechtsverletzung erbrachten Dienstleistungen).
Dieser Ansatz wurde in jüngster Zeit im Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Februar 2019 («Swisscom») gutgeheissen: Das Bundesgericht bestätigt darin, dass die Swisscom nicht gezwungen werden könne, den Zugang zu Internetseiten zu sperren, welche Filme in Verletzung von Urheberrechten zugänglich machten.[356] Der Fall reicht bis ins Jahr 2015 zurück. Damals verlangte Praesens-Film (Rechtsinhaberin der Filme) von der Swisscom, durch technische Massnahmen (z.B. IP-Sperre, DNS-Sperre oder URL-Sperre) den Zugang ihrer Abonnenten zu ausländischen Internetseiten, u.a. cineblog, zu sperren, über die unrechtmässig zugänglich gemachte Filme heruntergeladen (Download) oder direkt abgespielt (Streaming) werden können. Das Bundesgericht argumentiert in drei Schritten:[357] Erstens könne den Swisscom-Abonnenten keine Urheberrechtsverletzung vorgeworfen werden, da sie lediglich die Filme auf den Plattformen konsumierten und dies einen Eigengebrauch darstelle (unabhängig davon, ob die Quelle rechtmässig oder widerrechtlich zugänglich gemacht wurde). Zweitens bestehe keinerlei Beziehung zwischen der Swisscom und den Internet-Nutzern, die die Werke unrechtmässig auf die Plattformen hochladen. Drittens, und dies ist der wichtigste Punkt, ist die Passivlegitimation der Swisscom auf der Grundlage von Art. 50 OR zu beurteilen: Dieser setzt eine Mitwirkung bei der Rechtsverletzung voraus. Die Swisscom liefert nun aber lediglich eine technische Infrastruktur, die den Zugang zum weltweiten Internet ermöglicht. Dies reicht nicht aus, um sie als Beteiligte an den Urheberrechtsverletzungen einzustufen. Andernfalls würde dies eine Verantwortlichkeit sämtlicher Access Provider für alle auf dem weltweiten Internet urheberrechtswidrig zur Verfügung gestellten Inhalte begründen. Auf dieser Grundlage dürfte die Passivlegitimation nunmehr wegen der Rolle, welche die Provider spielen, und wegen ihrer Distanz zum Inhalt ausgeschlossen sein: Es wird nicht mehr möglich sein, von Access Providern wie Swisscom die Sperrung von Internetseiten zu verlangen. Gegen Hoster kann dagegen sehr wohl vorgegangen werden, wenn das Bundesgericht bei der Rechtsprechung «Tribune de Genève» von 2011 bleibt, wo es um Persönlichkeitsverletzung ging und wo die «Tribune» für das blosse Hosting eines Blogs, der diffamierende Aussagen enthielt, zur Verantwortung gezogen wurde.
Dabei ist zu beachten, dass dieser Ansatz (und die fehlende Klarstellung im N-URG) zu fragmentierten Lösungen führt, die unterschiedlich sind, je nachdem, ob es sich um eine Persönlichkeitsverletzung, oder eine Verletzung von Immaterialgüterrechten handelt. Unserer Ansicht nach müsste vielmehr eine einheitliche Lösung betreffend die Provider gefunden werden, da diese Rechte aller Art verletzen können; zudem würden Lösungen, die je nach dem geschützten Recht aufgesplittert werden, nur zu Konfusion und Unsicherheit führen. Ein anderer Ansatz wäre gewesen, das Gesetz so auszulegen, dass die Provider eine Rolle, auch wenn es eine rein sachliche und untergeordnete ist, im Informationsfluss spielen und damit auch beim Zustandekommen des Verstosses, sodass ihre Passivlegitimation systematisch zu bejahen wäre. Erst spä-

356 BGer, 8. Februar 2019, 4A_433/2018, «Swisscom».
357 A.a.O.

ter, in einem zweiten Schritt, soll die Massnahme aus dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit gewürdigt werden.[358]

136 So scheint es bei Abwehrklagen (auf Unterlassung oder Beseitigung der Verletzung) verhältnismässig, dass ein Hoster die Pflicht hat, einen bestimmten, offensichtlich widerrechtlichen Inhalt zu entfernen (z.B. eD2K-Datei, mit der Werke in Verletzung des Urheberrechts gleichzeitig herunter- und hochgeladen werden können).[359] Ebenso scheint es verhältnismässig, dass ein Anbieter von Internet-Zugang verpflichtet ist, eine offensichtlich widerrechtliche Website (z.B. Plattform zum Austausch von eD2K-Dateien, die mehrheitlich Urheberrechte verletzen) zu sperren, aber unverhältnismässig, dass er eine Website sperrt, die sowohl erlaubte als auch unerlaubte Inhalte hat, oder einen bestimmten Inhalt, der eindeutig nicht widerrechtlich ist (der z.B. im Genuss von Ausnahmen des Urheberrechts ist, wie kreative Remixes oder Mashups). Bei Schadenersatzklagen wird das Verschulden je nach dem Grad der vom Provider geübten Sorgfalt angenommen; dieser hängt von der Kontrolle und der Nähe des Providers betreffend den Inhalt ab.

137 Den qualifizierten Providern können nach dem N-URG eine spezifische Pflicht auferlegen werden. Art. 39d URG sieht vor, dass ein Betreiber eines Internet-Hosting-Dienstes, der von Benützern eingegebene Informationen speichert, verpflichtet ist, die Massnahmen zu ergreifen, die ihm technisch und wirtschaftlich zuzumuten sind, um zu verhindern, dass bereits vorher durch denselben Dienst widerrechtlich zugänglich gemachte Inhalte erneut aufgeschaltet werden, nachdem der Betreiber auf die Widerrechtlichkeit aufmerksam gemacht worden war und wenn sein Dienst Rechtsverletzungen begünstigt. Diese Stay-down-Pflicht ist somit auf die Hoster beschränkt, die Urheberrechtsverletzungen zu einem Geschäftsmodell machen, mit anderen Worten auf die Fälle, in denen eine besondere Gefahr eine erhöhte Pflicht zur Verhütung von Urheberrechtsverletzungen rechtfertigt (insb. die Piraterieplattformen in der Schweiz wie diejenigen, die den Austausch von eD2K-Links begünstigen, die das Herunter- und Hochladen von Werken in Verletzung des Urheberrechts ermöglichen).[360] Das Ziel des Gesetzgebers ist denn auch, die Piraterieplattformen in der Schweiz zu bekämpfen, ohne das geltende System (einschliesslich der Selbstregulierung, wie der «Code of Conduct Hosting» der Simsa) in Frage zu stellen.[361]

4. Technische Schutzvorkehrungen

138 In diesem neuen digitalen Zeitalter werden technische Schutzlösungen *(«technological protection measures»)* als geeignetes Mittel angesehen, die Werke zu schützen. Als solche (d.h. als rein technisches Mittel, digitale Inhalte zu schützen) bedürfen die

358 Für eine vertiefte Analyse des Verhältnismässigkeitsprinzips bei Blockierungsmassnahmen, vgl. Benhamou, Expert Focus 2017.

359 Wobei daran zu erinnern ist, dass technisch gesehen die Hoster im Allgemeinen bestimmte Inhalte, die auf ihr Portal gestellt werden, zurückziehen können, während die Anbieter von Internet-Zugang ausschliesslich einen ganzen Domain-Namen durch Blockierung der IP- oder DNS-Adressen blockieren können, vgl. Benhamou, Expert Focus 2017.

360 Botschaft URG 2017, 635 f.

361 Botschaft URG 2017, 635 f.

technischen Massnahmen weder einer Regelung noch eines gesetzlichen Schutzes. Da jedoch jegliche technische Massnahmen letztlich umgangen werden können,[362] entstand das Bedürfnis, diesen Massnahmen gesetzlichen Schutz zu geben.[363]

Ein gesetzlicher Schutz vor der Umgehung technischer Massnahmen wurde daher im WIPO-Urheberrechtsvertrag (World Copyright Treaty, hiernach: WCT) sowie im WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (World Performances and Phonograms Treaty, hiernach: WPPT) verankert; beide wurden im Dezember 1996 in Genf unterzeichnet.[364] 139

Im Ergebnis geniessen die Inhaber von Urheberrechten Schutz auf drei kumulierbaren Ebenen: Die erste ist der gesetzliche Schutz durch das Urheberrecht. Die zweite ist der *technische* Schutz der Werke mittels technischer Schutzvorkehrungen. Die dritte und neue Ebene ist der *gesetzliche* Schutz gegen die Umgehung der technischen Schutzvorkehrungen, der durch die Internet-Abkommen der WIPO eingeführt wurde.[365] 140

Art. 11 WCT (mit dem Titel «Pflichten in Bezug auf technische Vorkehrungen») führt einen minimalen Rechtsschutz gegen die Umgehung technischer Massnahmen ein und hält fest: «Die Vertragsparteien sehen einen hinreichenden Rechtsschutz und wirksame Rechtsbehelfe gegen die Umgehung technischer Vorkehrungen vor, von denen Urheber im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Rechte nach diesem Vertrag oder der Berner Übereinkunft Gebrauch machen und die Handlungen in Bezug auf ihre Werke einschränken, die die betreffenden Urheber nicht erlaubt haben oder die gesetzlich nicht zulässig sind.»[366] Art. 18 WPPT enthält eine ähnliche Formulierung zu den Rechten von ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern.[367] 141

Diese internationalen Übereinkünfte sind danach von nationalen (oder regionalen in der EU) Gesetzgebern in ihr Landesrecht übernommen worden. Sehr schnell geschah dies in den Vereinigten Staaten mit dem Digital Millennium Copyright Act (DMCA), der im Oktober 1998 verabschiedet wurde und der äusserst detailliert,[368] um nicht zu sagen «teuflisch kompliziert» ist.[369] Es überrascht daher nicht, dass diese Reglementierung zahlreiche Kommentare und Analysen auslöste.[370] Auch wenn eine ausführliche Darstellung des DMCA (sowie der an ihm geübten Kritik) den Rahmen dieses Beitrags sprengt, ist diese gesetzliche Regelung auf internationaler Ebene und im 142

362 Samuelson, Digital Agenda, 410: «What one technology can do, another can generally undo».
363 Siehe de Werra, RIDA 189 (2005) 66 ff.
364 WCT und WPPT werden auch die «Internet-Abkommen der WIPO» genannt; sie sind am 6.3.2002 (WCT) bzw. am 20.5.2002 (WPPT) in Kraft getreten.
365 Diese Schutzebene hat somit zur Folge, «den Schutzzaun zu elektrifizieren», s. Dusollier, L'exploitation, 285 ff. sowie die Dissertation dieser Autorin (Dusollier, Droit d'auteur).
366 Art. 11 WCT (SR 0.231.151).
367 Angesichts der Ähnlichkeit von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT wird hier nur noch auf Art. 11 WCT Bezug genommen.
368 17 U.S.C. § 1201.
369 Siehe z.B. Nimmer, Riff, 675; die Reglementierung konzentriert sich zwar auf eine einzige Sektion des Gesetzes (§ 1201), sie legt jedoch zwei verschiedene Arten technischer Vorkehrungen (Zugang und Gebrauch) fest und führt zwei Regulierungsverfahren (von denen eines alle drei Jahre revidiert werden soll) sowie sieben spezifische Ausnahmen vom Umgehungsverbot ein.
370 Siehe z.B. Nimmer, Riff sowie Samuelson, Intellectual Property, 563, wo festgestellt wird, dass die Bestimmungen des DMCA gegen Umgehungen unberechenbar, zu weit gefasst, inkonsequent und komplex seien.

Rechtsvergleich von grosser Bedeutung, da es sich um die erste umfassende Regelung handelt, die die Internet-Abkommen der WIPO umsetzt und gegen die sich eine Widerstandsbewegung gebildet hat.

143 Generell wird der DMCA kritisiert, weil er angeblich eine Gesellschaft des *«pay per use»* schafft.[371] Indirekt[372] hat der DMCA tatsächlich ein neues «Zugriffsrecht» für die Werke geschaffen, von dem die Rechteinhaber profitieren. Gemäss dem DMCA-System unterliegt jeder Zugriff auf das Werk den Bedingungen, welche die Rechteinhaber festlegen (in der Regel Zahlung einer Gebühr), ausser ein Benutzer kann eine spezifische Ausnahme in Anspruch nehmen, die ihm die Umgehung der technischen Schutzmittel gestattet, mit der der Zugriff auf ein digitales Werk kontrolliert wird.[373] Wenn die technischen Massnahmen zudem die Herstellung von Kopien des Werks verbieten, ist der Benutzer gezwungen, online auf das Werk zuzugreifen, wenn er es gebrauchen oder erneut geniessen will. Zum Vergleich: In der heutigen Welt der greifbaren Objekte wird ein Benutzer, der in einer Buchhandlung ein Buch kauft, dessen Eigentümer und entscheidet frei über seinen weiteren Gebrauch; dieser private Gebrauch unterliegt weder einer zusätzlichen Zahlung noch Bedingungen der Rechteinhaber.

144 In der Europäischen Union ist der Rechtsschutz gegen die Umgehung technischer Vorkehrungen, der sich aus den Internet-Abkommen der WIPO ergibt, mit der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft umgesetzt worden, die am 9.4.2001 verabschiedet wurde.[374]

145 Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie definiert die technischen Massnahmen wie folgt: «[…] alle Technologien, Vorrichtungen oder Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, Werke oder sonstige Schutzgegenstände betreffende Handlungen zu verhindern oder einzuschränken, die nicht von der Person genehmigt worden sind, die Inhaber der Urheberrechte oder der dem Urheberrecht verwandten gesetzlich geschützten Schutzrechte oder des in Kapitel III der Richtlinie 96/9/EG verankerten Sui-generis-Rechts ist». Entsprechend der Lösung der technologischen Neutralität im WCT werden die technischen Massnahmen nach ihrem Zweck definiert, der darin besteht, Handlungen zu verhindern, die vom Inhaber des Urheberrechts oder verwandten Schutzrechts nicht genehmigt worden sind.

146 Auf Basis dieser Definition stellt sich die Frage, wie entschieden wird, ob der Inhaber des Urheberrechts die Handlung, für die die technischen Schutzvorkehrungen geschaffen wurden, genehmigt hat oder nicht. Wenn der Rechteinhaber die Handlung

371 Nimmer, Riff, 710.

372 Indem die Umgehung der technischen Vorkehrungen zum Schutz des Zugangs grundsätzlich für widerrechtlich erklärt wird (§ 1201 [a][1]).

373 Insbesondere zum Zweck, die Sicherheit des Informatiksystems zu testen, s. § 1201 (j).

374 Siehe dazu die auf Wunsch der Europäischen Kommission vorgenommene Studie des Institute for Information Law (IViR) der Universität Amsterdam, Study on the implementation and effect in member states' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Februar 2007), ‹https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006358› oder ‹http://web.archive.org/web/20180623163828/http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf› (21.4.2020).

nicht genehmigt hat, fällt jegliche technische Massnahme zum Schutz vor einer solchen nicht genehmigten Handlung in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung, selbst wenn die betreffende Handlung ausserhalb des Schutzbereichs des Urheberrechts liegt. Nehmen wir das Beispiel eines Rechteinhabers (z.B. eine Online-Presseagentur), der ausdrücklich per Vertrag (in einem Online-Vertrag *[«click on agreement»]*[375]) das Zitieren geschützter Inhalte in der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse verbietet: Eine technische Massnahme zum Schutz dieser Inhalte wäre rechtsgültig (und ihre Umgehung rechtswidrig) i.S.v. Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG, da die fragliche Handlung (das Zitieren des Inhalts) vom Rechteinhaber *nicht genehmigt worden ist*, selbst wenn das Zitieren geschützter Werke in der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse vom Urheberrecht nicht verboten werden kann.[376] Dieses Beispiel zeigt, dass diese extensive Definition der technischen Massnahmen zugunsten der Rechteinhaber über die Forderungen des WCT hinausgeht.[377]

Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 2001/29/EG wiederum enthält eine originelle Lösung für das zentrale Problem der Wechselwirkung zwischen Verbot der Umgehung technischer Schutzvorkehrungen und Beachtung der Schranken des Urheberrechts. Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass die Interessen der Benutzer bei der Einführung eines neuen Schutzes vor der Umgehung technischer Massnahmen zugunsten der Rechteinhaber berücksichtigt werden. Die interessierten Parteien – Rechteinhaber, Nutzer und sonstige Betroffene (insb. die Hersteller von Unterhaltungselektronik) – werden aufgefordert, «freiwillige Massnahmen» zu ergreifen, damit die Benutzer von den im nationalen Recht vorgesehenen Ausnahmen vom Urheberrecht profitieren können. Dieser Artikel delegiert so die Aufgabe, die Reichweite des Urheberrechts (und seiner Ausnahmen) zu definieren, an private Gremien. Das kann eine durchaus akzeptable Lösung sein, sofern alle Parteien über ähnliche Verhandlungsmacht verfügen. 147

Andernfalls[378] würde die Ausgewogenheit des Urheberrechts leiden. Wird zwischen den interessierten Parteien keine Vereinbarung abgeschlossen, werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, «geeignete Massnahmen» zu ergreifen, damit den Begünstigten von Ausnahmen oder Beschränkungen des Urheberrechts «die Mittel zur Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung» in dem dafür «erforderlichen Masse» zur Verfügung gestellt werden, «soweit der betreffende Begünstigte rechtmässig Zugang zu dem geschützten Werk oder Schutzgegenstand hat» (Art. 6 Abs. 4 erster Absatz Richtlinie 2001/29/EG). 148

375 Unter der Annahme, dass der Vertrag gültig ist.

376 Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24.7.1971 (SR 0231.15) sieht Ausnahmen sowohl für Zitate als auch für die Berichterstattung über aktuelle Ereignisse vor (Art. 10 Abs. 1 und Art. 10bis Abs. 1), vgl. Art. 28 URG.

377 Es besteht keine Konvergenz mehr zwischen dem Umfang des Urheberrechts und dem Umfang des Umgehungsverbots.

378 D.h. wenn die Rechteinhaber Vertragsbedingungen durchsetzen können, welche die den Nutzern vom nationalen Recht gewährten Ausnahmen vom Urheberrecht nicht respektieren. Um so etwas zu vermeiden, könnten die Vertragsklauseln («die freiwilligen Massnahmen») von einer staatlichen Stelle überprüft werden (auf Unions- oder Landesebene), bevor sie in Kraft treten, z.B. durch den in Art. 12 der Richtlinie 2001/29/EG vorgesehenen «Kontaktausschuss».

149 Trotz seiner scheinbaren Ausgewogenheit wird jedoch das ganze System von Art. 6 durch den vierten Absatz von Art. 6 Abs. 4, in Frage gestellt. Dieser hält fest, dass die freiwilligen Massnahmen, welche den Umfang der Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz definieren, oder andernfalls die von den Mitgliedstaaten ergriffenen entsprechenden Massnahmen nicht gelten «für Werke und sonstige Schutzgegenstände, die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind». Da diese Nutzungsweise urheberrechtlich geschützter Werke derzeit die am meisten verbreitete (wenn nicht sogar die einzige) Nutzungsweise im Internet ist, gefährdet die Richtlinie die wirksame Anwendung der Schranken des Urheberrechts.

150 In der Schweiz enthält das URG in Art. 39a einen gesetzlichen Schutz gegen die Umgehung von technischen Schutzmassnahmen, der die wesentlichen Grundsätze von Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG aufnimmt.[379] Art. 39a Abs. 4 URG sieht jedoch vor: «Das Umgehungsverbot kann gegenüber denjenigen Personen nicht geltend gemacht werden, welche die Umgehung ausschliesslich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen.» Ziel dieser Bestimmung ist, die Inanspruchnahme einer Ausnahme vom Urheberrecht nicht zu behindern. Aufgrund dieser Bestimmung können gegen jemanden, der eine technische Massnahme ausschliesslich zu dem Zweck umgeht, eine Ausnahme vom Urheberrecht in Anspruch zu nehmen, keine zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen ergriffen werden. Der konkrete Nutzen der Bestimmung bleibt jedoch fraglich, da nämlich jemand, der eine solche Ausnahme nutzen und zu diesem Zweck Schutzmassnahmen umgehen will, dies ganz allein, ohne fremde Hilfe, tun müsste. Denn das Anbieten von Vorrichtungen oder Dienstleistungen, deren wesentlicher Zweck die Umgehung wirksamer technischer Schutzmassnahmen ist, ist verboten (Art. 39a Abs. 3 URG).[380]

151 Insofern ist festzustellen, dass die neue gesetzliche Regelung des Schutzes gegen die Umgehung technischer Schutzmassnahmen direkt oder indirekt ein «Zugangsrecht» schafft – ein neuer Begriff im Urheberrecht, der weder in der Berner Übereinkunft noch im WCT verankert ist.[381]

152 Es wird daher befürchtet, dass das System des DMCA und anderer Regelungen, mit denen die Pflichten der Internet-Abkommen der WIPO umgesetzt werden, den Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber und den Interessen der Nutzer der Werke zum Nachteil der letzteren gefährden.[382] So ist die Frage gestellt worden:

379 Siehe Botschaft des Bundesrates zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und über die Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006 3389 ff., 3408.

380 So ist das Anbieten von Stream-Ripping-Diensten (die es den Internet-Nutzern ermöglichen, auf ihrer Festplatte Kopien eines Werks zu speichern, das durch Streaming, z.B. auf Youtube, verbreitet wird) im Schweizer Recht aufgrund von Art. 39a Abs. 3 URG verboten. Zum Stand der Dinge in Frankreich, s. insbesondere TGI Nîmes, 28.6.2013, Blogmusik, Scaem et al. v. Jérôme G.

381 Dusollier, L'exploitation, 291: «This [the right to control access to the work] *de facto* right goes beyond the criteria of *exercise of their rights* which justified the protection of TM enacted by the WIPO Treaties»; Koelman/Helberger, Protection, 10 und 23.

382 Siehe den Artikel von Nimmer, Riff, *passim*.

«Wird der *fair use* überleben?»[383] In allgemeinerer Hinsicht wird befürchtet, dass es praktisch zu einer Privatisierung des Zugangs zur Kultur[384] kommen könnte und zum Entstehen einer Informationsgesellschaft, in der für jeden Zugang zu einem geschützten Inhalt gezahlt werden muss. Diese Besorgnis hat zu einer Sensibilisierung für die Notwendigkeit geführt, den «domaine public» zu schützen. Konkretisiert hat diese sich insbesondere im Entstehen verschiedener Forschungszentren (manchmal in universitärem Rahmen)[385] auf diesen Gebieten.[386]

Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass die befürchteten Risiken im Zusammenhang 153
mit der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über das Verbot der Umgehung technischer Schutzmassnahmen mehr theoretischer als praktischer Natur sind, wie es nämlich ein Experte prophezeit hatte und wie es in der Praxis nun auch tatsächlich einzutreten scheint:[387] «If content providers come to believe that a good business model is the best way to protect intellectual property from market-destructive appropriations, perhaps the current debate over the DMCA's anti-circumvention regulations will seem in time like a tempest in a teapot.»[388]

383 Siehe Cohen, WIPO, 236 ff.

384 Dagegen kämpfen etliche Akademiker, namentlich der amerikanische Rechtsprofessor Lawrence Lessig (derzeit an der Stanford Law School) mit seinen verschiedenen Publikationen zu diesem (weiten) Thema, insb.: Remix, Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy, New York 2008 sowie Free Culture, How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity, New York 2004, ‹www.free-culture.cc/freeculture.pdf› (21.4.2020).

385 Siehe z.B. das Center for the Study of the Public Domain (angeschlossen an die Duke Law School), ‹www.law.duke.edu/cspd/› (21.4.2020).

386 Siehe z.B. die Electronic Frontier Foundation, ‹www.eff.org› (21.4.2020).

387 Siehe die Erklärung von Steve Jobs, Thoughts on Music, vom 6.2.2007, ‹http://web.archive.org/web/20080107121341/http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/› (21.4.2020) sowie den Artikel von Lees, New York Times, 9.7.2007, ‹https://www.nytimes.com/2007/02/09/business/media/09online.html› (21.4.2020).

388 Samuelson, Intellectual Property, 565; s. auch Schlachter, Intellectual Property, 15 ff.

§ 2 Kunst und Markenrecht

I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen Kunst und Markenrecht kann unter zwei gegensätzlichen Blickwinkeln betrachtet werden, je nachdem, ob das Markenrecht zur Behinderung oder zum Schutz des künstlerischen Schaffens eingesetzt wird. 154

Zum erstgenannten Aspekt ist anzumerken, dass Inhaber von Marken schon Verletzungen der Rechte an ihren Marken geltend gemacht haben, um ein Verbot oder eine Unterlassung der Verwendung ihrer Marke in einem künstlerischen Kontext zu erreichen (zu versuchen). Einige Künstlerbewegungen haben ja bekanntlich in erheblichem Masse von Industrieprodukten und Handelsmarken zu künstlerischen Zwecken Gebrauch gemacht und tun dies noch immer, was natürlich zu Konflikten mit den Inhabern der betreffenden Marken führen kann.[389] Bisweilen reagieren die Markeninhaber auch mit rechtlichen Schritten. So hat die Firma, der die Marke «Barbie» gehört, versucht, die Verwendung dieses Begriffs als Titel von fotografischen Werken zu verhindern, die Barbie-Puppen in kuriosen Situationen zeigen. Die amerikanischen Gerichte verneinten jedoch, dass eine solche Verwendung das Markenschutzrecht verletze, da keine Gefahr einer Verwechslung in der Öffentlichkeit bestehe und diese Verwendung im Übrigen mit dem Verfassungsgrundsatz der Meinungsfreiheit gerechtfertigt werden könne, sofern die betreffende Marke über ihre Funktion der Identifikation von Produkten oder Dienstleistungen eines Unternehmens hinausgewachsen und in den allgemeinen Wortschatz eingegangen sei, was bei der Marke «Barbie» der Fall sei.[390] 155

Im entgegengesetzten Sinne kann das Markenschutzrecht auch geltend gemacht werden, um künstlerische Schöpfungen zu schützen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 MSchG ist die 156

389 Man denke nur an die Werke von Andy Warhol, die Konservenbüchsen «Campbell's Soup» abbilden.

390 Mattel v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003), 807: «As we recently recognized in MCA, however, «when marks ‹transcend their identifying purpose› and ‹enter public discourse and become an integral part of our vocabulary,› they ‹assume [...] a role outside the bounds of trademark law.› Where a mark assumes such cultural significance, First Amendment protections come into play. In these situations, ‹the trademark owner does not have the right to control public discourse whenever the public imbues his mark with a meaning beyond its source-identifying function›». Der Fall MCA, auf den in diesem Urteil verwiesen wird, ist der Fall Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc., 296 F.3d 894, 898 (9th Cir. 2002), cert. denied, 123 S. Ct. 993 (2003), in dem es um eine Verwendung des Begriffs «Barbie» in einem parodistischen Song mit dem Titel «Barbie Girl» ging.

Marke «ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden». Es ist somit denkbar, dass ein Künstler seine Werke der bildenden Kunst als solche als Marke hinterlegt (insb. als bildliche oder als dreidimensionale Marke).[391] Ein (Kunst-)Werk kann jedoch nicht gleichzeitig seine eigene Marke sein, denn begrifflich ist die Marke von der Ware zu trennen, die sie von den Waren anderer Unternehmen unterscheiden soll.[392] Eine Skulptur kann somit nicht die (potenziell dreidimensionale) Marke bilden, die eben diese Skulptur identifizieren soll, aber sie kann dazu verwendet werden, andere Güter oder Dienstleistungen zu unterscheiden.[393] Sofern die Beschreibung der Waren oder Dienstleistungen im Antrag auf Eintragung einer Marke diese Einschränkung beachtet (was unproblematisch scheint), wird die Eintragungsbehörde (in der Schweiz das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum) eine solche Marke eintragen. Was im Besonderen die Hinterlegung von dreidimensionalen Marken betrifft, so steht der Ausschliessungsgrund von Art. 2 lit. b MSchG, der den Schutz von Formen, «die das Wesen der Ware ausmachen» (und von technisch notwendigen Formen), ausschliesst, der Registrierung rein ästhetischer Formen nicht im Wege. Denn: «[f]alls Warenformen über die wesensbedingten Formelemente hinaus ästhetisch ausgestaltet sind, machen sie grundsätzlich nicht mehr das Wesen der Ware aus. Warenformen, die nur minimale Abweichungen von rein generischen Formelementen des entsprechenden Produktsegments aufweisen, fallen auch unter den Ausschlussgrund Wesen der Ware.»[394] In diesem Zusammenhang können nach der neuen Praxis des IGE (seit 1.12.2007) zweidimensionale Elemente neu berücksichtigt werden.[395]

157 Das Markenschutzrecht kann überdies dazu dienen, auch andere typische Elemente des Schaffens eines Künstlers zu schützen, beispielsweise die von einem Maler verwendete Farbe (so das berühmte Blau von Yves Klein[396]), was auch die Frage nach der Gültigkeit solcher Marken im Hinblick auf die allgemeinen Grundsätze des Markenschutzrechts aufwirft, insbesondere nach der Unterscheidungskraft der Marke

391 Die Frage der Eintragung des Namens und der Signatur des Künstlers wird weiter unten (Rz 160 ff.) untersucht.

392 Cherpillod, Geltungsbereich, 12.

393 Cherpillod, Geltungsbereich, 12.

394 Richtlinien in Markensachen des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum, Teil 5 Kap. 4.12.4.1, ‹https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken/Richtlinien_Marken_D_2019.pdf› (21.4.2020); zum Vergleich: Das deutsche Recht sieht im Unterschied zum schweizerischen einen Ausschlussgrund in Warenformen, die der Ware einen erheblichen Wert verleihen (vgl. § 3 Abs. 2 Ziff. 3 des deutschen Markenschutzgesetzes: «Dem Schutz als Marke nicht zugänglich sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, […] 3. die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht»), was einen Schutz ästhetischer Formen durch das Markenschutzrecht auszuschliessen scheint; in diesem Sinne Schack, Kunst, Rz 212.

395 Siehe Mitteilung des IGE, ‹https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/nl_archiv/2007/nlm011_d.pdf› (21.4.2020): «Bei der Prüfung der Ausschlussgründe gemäss Art. 2 lit. b MSchG (technische Notwendigkeit, Wesen der Ware) werden zweidimensionale Elemente neu berücksichtigt. Bei banalen Waren- oder Verpackungsformen, die mit unterscheidungskräftigen zweidimensionalen Elementen (z.B. Wortelementen, bildlichen Darstellungen) kombiniert sind, entfällt der Ausschlussgrund des Gemeinguts nur dann, wenn die zweidimensionalen Elemente den Gesamteindruck wesentlich beeinflussen».

396 Yves Klein hat das «International Klein Blue» (IKB) geschaffen und es für seine berühmten monochromatischen, «ultramarinblauen» Bilder verwendet.

und dem «absoluten Freihaltebedürfnis».[397] So kann die Registrierung von Zeichen zunächst wegen mangelnder Unterscheidungskraft verweigert werden. Beispielsweise hat im europäischen Recht die Rechtsprechung anerkannt, dass *Concept Stores* als Marke (zeichnerische Darstellung der Ausstattung einer Verkaufsstätte) registriert werden können, insbesondere wenn die Ausstattung auf die Herkunft der Produkte verweist. In zwei Entscheiden wurde jedoch die Registrierung von zwei Unternehmen (Kiko bzw. Apple für eine 3D-Ladeneinrichtung) als Concept Store verweigert mit der Begründung, sie unterschieden sich nicht ausreichend von anderen bestehenden Gestaltungen in der gleichen Branche.[398]

158 Im Hinblick auf den Schutz vor einer Monopolisierung bestimmter Zeichen durch das Markenrecht im künstlerischen Bereich hat sich eine besondere Frage gestellt, nämlich die nach dem Markenschutz von Werken, die gemäss Urheberrecht gemeinfrei geworden sind.[399] In grundsätzlicher Hinsicht spricht nichts dagegen, dass dasselbe immaterielle Gut potenziell durch verschiedene Schutzrechte für geistiges Eigentum geschützt wird, da die Immaterialgüterrechte untereinander unabhängig sind.[400] Soweit der Markenschutz eine andere Funktion und einen anderen Umfang als der urheberrechtliche Schutz hat, kann der markenrechtliche Schutz von gemeinfrei gewordenen Werken nicht zum Vornherein ausgeschlossen werden, wobei allerdings die Voraussetzungen des Markenschutzes erfüllt sein müssen. Diesbezüglich hat das deutsche Bundespatentgericht in einem Entscheid über die Bildmarke «Mona Lisa» geurteilt, dass die Berühmtheit des Bildes und seine intensive Verwendung zur Folge haben, dass dieses Zeichen keinerlei Unterscheidungskraft mehr besitze und daher seine Funktion als Marke (Mittel zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen) nicht erfüllen könne.[401] Im schweizerischen Recht wäre in einem solchen Fall der Ausschlussgrund von Art. 2 lit. a MSchG betreffend Zeichen, die Gemeingut sind, anwendbar. Der Artikel lässt allerdings die Möglichkeit offen, nachzuweisen, dass sich das Zeichen im Handel durchgesetzt hat – ein Nachweis, der bei berühmten, Gemeingut gewordenen Kunstwerken schwierig zu erbringen sein dürfte, da sie im Allgemeinen vielfältig von verschiedenen Unternehmen verwendet werden.

159 Der markenrechtliche Schutz zugunsten von Künstlern kann sich auch auf die Eintragung des Namens und/oder der Signatur als Marke stützen. Der Name eines Künstlers kann in der Tat als Marke angesehen werden, die seine Werke identifiziert,[402] was im

397 Zu Farbmarken s. die Richtlinien in Markensachen (zit. in Fn 394), Teil 5 Kap. 4.11.

398 EuGH, 29.3.206, C-R 1135/2015-1, Kiko v. EUIPO («none of the shapes, line and colour characteristics highlighted, either individually or in combination with each other, departs significantly from the norm or customs of the cosmetics retail sector»); EuGH, 10.7.2014, C-421/13, Apple Inc. v. Deutsches Patent- und Markenamt.

399 Diese Frage wurde in Deutschland recht ausführlich diskutiert, nachdem versucht worden war, «Mona Lisa» als Bildmarke registrieren zu lassen; der Fall wurde vom Bundespatentgericht entschieden, GRUR 1998 1021, s. Kouker, FS Nordemann, 381 ff.; Liebau, Gemeinfreiheit; Osenberg, GRUR 1996 101 ff.; Schack, Kunst, 345 ff.

400 Schack, Kunst, Rz 210.

401 GRUR 1998 1022.

402 Diesbezüglich ist an die Vermutung der Urheberschaft (Art. 8 URG) zu erinnern, d.h., dass als Urheber gilt, «wer auf den Werkexemplaren [...] mit dem eigenen Namen, einem Pseudonym *oder einem Kennzeichen* genannt wird» (Art. 8 Abs. 1 URG); zu diesem Ansatz s. Ginsburg, Trade-

Kontext der Echtheitsbeglaubigung der Werke des betreffenden Künstlers eine Rolle spielen dürfte.[403] Diese Frage ist daher näher zu untersuchen; zunächst soll die Identifikationsfunktion der Künstlersignatur bzw. der Marke dargelegt werden (II), dann der Frage nach der Verwendung des Markenschutzrechts zur Echtheitsbeglaubigung von Kunstwerken (III), seinem Umfang (IV) und seinen Grenzen (V) nachgegangen werden.

II. Die Identifikationsfunktion der Künstlersignatur und der Marke

160 Im Bereich der bildenden Kunst gilt die Signierung eines Werks durch seinen Urheber als Zeichen dafür, dass das Werk wirklich vom betreffenden Künstler ausgeführt worden und als vollendet anzusehen ist.[404] Die Signatur ist somit ein Hinweis auf die Echtheit des Werks. Es handelt sich jedoch nicht um einen absoluten Beweis der Echtheit, da es relativ leicht ist, die Unterschrift eines Künstlers nachzuahmen, und potenzieller Missbrauch nicht schwer ist.[405]

161 Aus diesem Blickwinkel hat die Signatur die Funktion der Echtheitsbeglaubigung der Werke. Diese Funktion steht aber der Unterscheidungsfunktion der Marke sehr nahe. So ist die Marke «ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden».[406] Der Zweck der Marke ist somit, die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen als diejenige eines bestimmten Unternehmens und nicht eines anderen anzuzeigen. Ebenso hat die Signatur eines Künstlers die Funktion, seine Werke von denjenigen anderer zu unterscheiden. Signatur und Marke sind daher sehr nahe verwandt,[407] was sich auch begrifflich in bestimmten neueren Kunstströmungen zeigt, in denen sich die Qualifizierung als Kunstwerk im Wesentlichen aus dem Prozess des Anbringens einer Signatur ergibt.[408] Diese nahe Verwandtschaft von Signatur und Marke wird im Übrigen sowohl in rechtlicher Hinsicht[409] als auch in der Praxis der Kunstwelt aner-

---

mark; zu einer kunsthistorischen Annäherung an die Verwendung des Markenschutzrechts im Kunstbereich s. Won Yin Wong, Appropriating.

403 Zur Frage der Rolle des geistigen Eigentums bei der Echtheitsbeglaubigung von Werken s. de Werra, L'authentification, 103 ff.

404 Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 186.

405 Das Beispiel von Salvador Dali, der zahlreiche leere Blätter signierte, ist wohlbekannt, vgl. Lequette-de Kervenoaël, L'authenticité, 188, und die anderen dort zitierten Beispiele.

406 Art. 1 Abs. 1 MSchG.

407 In diesem Sinne auch Ginsburg, Trademark, 381, die meint «the author's name is in fact a term that ‹identifies and distinguishes› goods or services, that allows consumers to choose among works of authorship on the basis of the author's reputation».

408 Edelman, Receuil Dalloz, 98 ff.; eine allgemeinere Erörterung findet sich in Treppoz, RIDA 209 (2006) 61 ff.

409 Diesbezüglich lässt sich die Definition der Urkundenfälschung in Art. 251 Abs. 1 StGB zitieren: «1. Wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an anderen Rechten zu schädigen oder sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine Urkunde fälscht oder verfälscht, *die echte Unterschrift oder das echte Handzeichen* eines anderen zur Herstellung einer unechten Urkunde benützt oder eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt, eine Urkunde dieser Art zur Täuschung gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

kannt.[410] Ganz allgemein erkennt das Recht dem Namen eines Künstlers eine gewisse Markenfunktion (d.h. die Identifizierung der Erzeugnisse) zu.[411]

Abgesehen von dieser Zweckverwandtschaft von Marke und Signatur (oder Name) eines Künstlers ist auch zu prüfen, ob sich ein Künstler auf das Markenrecht stützen kann, um seinen Namen und seine Signatur zu schützen, so die Identifikationsfunktion seines künstlerischen Schaffens zu stärken und gegen Fälschungen zu kämpfen, in Ergänzung zu den (unvollständigen)[412] Mitteln des Urheberrechts. 162

III. Die Verwendung des Markenrechts im Bereich der Kunst

Als Erstes ist in praktischer Hinsicht festzustellen, dass schon Marken hinterlegt worden sind, um den Namen und/oder die Signatur renommierter Künstler[413] zu schützen und dass auch schon eine Verletzung des Markenrechts geltend gemacht worden ist, um die missbräuchliche Verwendung – insbesondere als Domain-Namen – von Marken, die den Namen berühmter Künstler entsprechen, durch Dritte zu bekämpfen.[414] 163

In Bezug auf die mögliche Verwendung des Markenschutzrechts durch einen Künstler oder seine Rechtsnachfolger zwecks Echtheitsbeglaubigung seiner Werke ist vorgängig jedoch noch eine Frage zu beantworten. Gemäss Art. 1 Abs. 1 MSchG ist die Marke nämlich «ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden». Somit muss sich die Identifikationsfunktion der Marke auf Waren oder Dienstleistungen eines «Unternehmens» beziehen. Im Kontext der Kunst bezieht sich diese Identifikationsfunktion aber auf die Werke eines einzelnen Künstlers (oder eines Künstlerkollektivs) und nicht auf diejenigen eines eigentlichen Unternehmens, das definiert werden kann als «wirtschaftlich-rechtliches Gebilde, in dem auf nachhaltig ertragbringende Leistung gezielt wird».[415] Dieser Verweis auf die Identifizierung von Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens in Art. 1 Abs. 1 MSchG stellt jedoch kein Hindernis dafür 164

410 Vgl. Art. 2 lit. a des Ethikcodes des Verbands schweizerischer Antiquare und Kunsthändler, ‹http://www.vsak.ch/Ethikcode.pdf› (21.4.2020): «Im Kunsthandel wird ein Gegenstand als echt betrachtet, wenn er als aus der Zeit seines Stiles stammend bezeichnet, oder durch die Meistermarke (Stempel, Marke, Meisterzeichen, Signatur) seines Urhebers näher bestimmt wird.»

411 Siehe Lastowka, Trademark Function, 1171 ff. (‹https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume87n1/documents/LASTOWKAV.2.pdf› [21.4.2020]).

412 Wie erwähnt (s. weiter oben § 1 III Nr. 3 lit. b) bietet das Urheberrecht keinerlei Hilfe, wenn ein Werk, dessen Echtheit strittig ist, das Urheberrecht des Künstlers nicht verletzt, z.B. wenn dieses Werk lediglich den Stil des Künstlers nachahmt.

413 Zu nennen wäre hier die internationale Marke IR 755'712, Eigentum der Erbengemeinschaft Picasso, eine kombinierte Marke (Wörter und bildliche Darstellung), welche die handschriftliche Signatur des Künstlers darstellt und die für zahlreiche Waren und Dienstleistungen eingetragen worden ist, insb. für «Künstlerbedarf» in Klasse 16; genannt werden kann ferner die internationale Marke «CHAGALL» IR 758'063, deren Inhaberin die Association pour la Défense et la Promotion de l'Œuvre de Marc Chagall, genannt COMITE MARC CHAGALL, ist und die ebenfalls für zahlreiche Waren und Dienstleistungen eingetragen worden ist, insb. für «Künstlerbedarf» in Klasse 16.

414 Siehe z.B. den Entscheid zum Domain-Namen «www.picasso.biz», Picasso Estate v. Yours, WIPO Case No. DBIZ 2002–00032, ‹www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/dbiz2002-00032.html› (21.4.2020).

415 Gabler Wirtschaftslexikon.

dar, dass eine oder mehrere Personen, die in der Kunst tätig sind (z.B. ein Künstler, seine Erben oder auch eine Institution, die zur Betreuung seines künstlerischen Erbes gegründet worden ist), eine Marke in seinem (ihrem) Namen hinterlegen. Das Gesetz hält nämlich ausdrücklich fest: «Jede Person kann eine Marke hinterlegen».[416] Unter diesen Umständen ist es undenkbar, dass eine Marke nicht hinterlegt werden kann, weil der Hinterlegende/Inhaber kein «Unternehmen» ist.[417]

165 Im Rahmen der Hinterlegung solcher Marken müssen die Hinterlegenden natürlich darauf achten, dass die Waren und/oder Dienstleistungen, deren Schutz gefordert wird (z.B. «Gemälde [Bilder], gerahmt oder ungerahmt» in Klasse 16 und Dienstleistungen «Echtheitsbeglaubigungen von Kunstwerken» in Klasse 42[418]) sorgfältig bestimmt und beansprucht werden.

166 Die Hinterlegung einer Marke, die dem Namen einer natürlichen Person (d.h. des betreffenden Künstlers) entspricht, wirft überdies die Frage nach der Gültigkeit solcher Marken im Hinblick auf die allgemeinen Ausschlussgründe des Markenrechts auf.[419] Im schweizerischen Markenrecht ist somit zu prüfen, ob eine Marke, die dem Namen einer natürlichen Person entspricht, möglicherweise unter die absoluten Ausschlussgründe gemäss Art. 2 MSchG fällt. Hierbei ist zu betonen, dass die Eintragung einer Marke, die dem Namen einer natürlichen Person entspricht, ohne deren Einwilligung anfechtbar ist, da jede Person das ausschliessliche Recht auf die Verwendung ihres Namens hat, einschliesslich zur Bezeichnung von Waren oder Dienstleistungen.[420] Wenn die Hinterlegung der Marke mit Zustimmung des betreffenden Künstlers oder seiner Rechtsnachfolger erfolgt, wirft sie keine besonderen rechtlichen Probleme auf, da diese Zustimmung jegliche Verletzung des Namensrechts ausschliesst (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Es ist in der Tat anerkannt, dass die Hinterlegung einer Marke, die dem Namen eines Dritten entspricht, rechtsgültig vorgenommen werden kann.[421]

---

416 Art. 28 Abs. 1 MSchG.

417 In diesem Sinne s. CHERPILLOD, Geltungsbereich, 12, wo der Standpunkt vertreten wird, die Werke eines Künstlers könnten als «Waren» eines «Unternehmens» i.S.v. Art. 1 Abs. 1 MSchG behandelt werden.

418 Diese Bezeichnungen sind der 11. Aufl. der internationalen Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die internationale Eintragung von Marken entnommen, die aufgrund des Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken (SR 0.232.112.9) geschaffen worden ist.

419 Wobei anzumerken ist, dass die Eintragung solcher Marken durch Art. 15 Abs. 1 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum ausdrücklich gestattet ist, ebenso durch das europäische Markenschutzrecht gemäss Art. 4 der Verordnung 2017/1001 vom 14.6.2017, der festhält, dass Marken Zeichen aller Art sein können, insb. Wörter, *«einschliesslich Personennamen»*.

420 BGE 116 II 614, 617.

421 Siehe die Richtlinien in Markensachen (zit. in Fn 390), Teil 5 Kap. 4.4.2.7.6: «Dem Grundsatz nach können Zeichen, die aus einem Personennamen bestehen, unabhängig von der Identität des Hinterlegers und den beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen als Marken eingetragen werden. Dies gilt auch betreffend die Namen von bekannten – tatsächlichen oder fiktiven – Persönlichkeiten»; die zitierten Richtlinien machen jedoch eine Ausnahme für «die Namen von Persönlichkeiten, die auf ihrem Gebiet einen überragenden Einfluss ausgeübt haben (beispielsweise aufgrund eines Werkes von aussergewöhnlicher Bekanntheit), und deren Namen sehr häufig zur Beschreibung des thematischen Inhalts gewisser Waren und/oder Dienstleistungen benutzt werden. Beispiele: – Mozart für Tonträger (Kl. 9)». Allerdings stützt sich diese Unterscheidung auf ein recht subjektives Kriterium (insb. «überragenden Einfluss») und kann daher in einem konkreten Fall schwierig vorzunehmen sein.

Der Schutz von Marken, die dem Namen natürlicher Personen entsprechen, könnte jedoch dann heikel werden, wenn die Marke Eigentum einer (natürlichen oder juristischen) Person würde, die keinerlei Verbindung mehr zum Träger des Namens hat. In einem solchen Fall würde sich die Frage nach dem irreführenden Charakter der Marke stellen.[422] Inès de la Fressange, ehemaliges Starmannequin des Hauses Chanel, berief sich im Wesentlichen auf dieses Argument im Rahmen eines Rechtsstreits mit der Gesellschaft, die ihren Namen trug (Inès de la Fressange SA), der sie ihre Marken abgetreten hatte und für die sie gearbeitet hatte, bis ihr gekündigt wurde; die Gesellschaft war Inhaberin der Marken geblieben, die ihrem Namen entsprachen. Im Rahmen dieses Rechtsstreits hatte Inès de la Fressange den Verfall der betreffenden Marken geltend gemacht, gestützt auf Artikel L.714-6 b des französischen Code de la propriété intellectuelle,[423] und obsiegte vor dem Pariser Appellationsgericht. In seinem Urteil vom 15.12.2004[424] hielt das Appellationsgericht fest, dass «la marque constituée d'un nom patronymique, d'un prénom ou de la combinaison des deux ayant acquis une notoriété telle qu'ils deviennent un signe évocateur et indicateur pour le consommateur, ce dernier lie d'évidence dans son esprit le produit marqué à la personne dont l'identité est déclinée à titre de marque», und dass die Gesellschaft versuche, bei den Konsumenten künstlich eine Verbindung zwischen dem Image der Persönlichkeit von Inès de la Fressange und den unter den umstrittenen Zeichen verkauften Produkten aufrechtzuerhalten; es kam somit zum Schluss, dass auf Verfall der Marke zu erkennen sei, die infolge einer Änderung der Nutzungsbedingungen durch Verschulden des Eigentümers irreführend geworden sei. 167

Dieses Urteil wurde allerdings am 31.1.2006 vom Kassationsgericht[425] aufgehoben mit der Begründung, das Appellationsgericht habe, als es die Klage von Inès de la Fressange auf Verfall der Marke guthiess, Art. 1628 des französischen Code civil verletzt, der die vertragliche Garantie des Verkäufers definiert (Inès de la Fressange hatte die Marken der Beklagten verkauft).[426] Das Kassationsgericht hielt fest: «Le cédant de droits portant sur des marques qui déclinent son nom de famille est tenu dans les termes de l'article 1628 du code civil, et n'est pas recevable en une action en déchéance de ces droits pour déceptivité acquise de ces marques, qui tend à l'éviction de l'acquéreur».[427] 168

422 Art. 2 lit. c MSchG schliesst den Schutz von «irreführenden Zeichen» aus; zu einer umfassenderen Analyse im amerikanischem Recht der Frage zur Konvergenz bzw. Kollision zwischen Marken- und Urheberrecht, namentlich im Hinblick auf den potenziell irreführenden Charakter von «Ghostwriter-Vereinbarungen», mit denen ein Autor akzeptiert, dass sein Werk unter dem Namen eines anderen veröffentlicht wird, s. die Artikel von Ginsburg, Trademark und Lastowka, Trademark Function.

423 Dieser Artikel sieht vor: «encourt la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait: […] b) propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service».

424 Receuil Dalloz 2005, Jurisprudence, 772.

425 KassGer (Cour de Cassation), Chambre commerciale, Beschwerde Nr. 05-10116, Bulletin 2006 IV N° 27, 29.

426 Dieser Art. hält fest: «Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel: toute convention contraire est nulle».

427 ‹www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2006X01X04X00027X000› (21.4.2020).

169 Dieser französische Gerichtsentscheid kann verknüpft werden mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, welcher in einem ähnlichen Streitfall feststellte: «Die Eintragung einer Marke, die aus dem Namen des Designers und ersten Herstellers der mit dieser Marke versehenen Waren besteht, darf nicht schon aufgrund dieser Besonderheit mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken das Publikum täusche. Dies gilt insbesondere dann, wenn der mit der zuvor in anderer grafischer Form eingetragenen Marke verbundene Goodwill zusammen mit dem Geschäftsbetrieb der Herstellung der Waren, auf die sich die Marke bezieht, übertragen worden ist.»[428]

170 Diese klare Position, die von diesen ausländischen Gerichten eingenommen wurde, könnte zu dem Schluss führen, dass in der Schweiz die Eintragung von Marken, die dem Namen und/oder der Signatur eines Künstlers entsprechen, durch Drittpersonen (z.B. seine Erben oder eine Stiftung, die seinen künstlerischen Nachlass schützen soll) nicht irreführend i.S.v. Art. 2 lit. c MSchG sein dürfte. Unter diesen Umständen könnten solche Marken rechtsgültig eingetragen werden und würden es ihren Inhabern gestatten, sich gegen die missbräuchliche Verwendung des Namens und/oder der Signatur eines Künstlers zu schützen. Der Öffentlichkeit wäre bewusst, dass die Verwendung dieser Marken durch ihre Inhaber nicht die Mitwirkung des Künstlers voraussetzt (besonders nicht, wenn er verstorben ist), sodass jegliche Gefahr einer Irreführung ausgeschlossen ist. Die Gültigkeit solcher Marken präjudiziert jedoch in keiner Weise die (heikle) Frage ihres gültigen Gebrauchs i.S.v. Art. 11 MSchG.

171 Nachdem somit bejaht worden ist, dass solche Marken (insb. Marken, die Personennamen entsprechen) geschützt werden können, stellt sich die Frage nach dem Umfang des Schutzes (unten, IV) und den Grenzen des Schutzes (unten, V).[429]

IV. Umfang des Schutzes durch das Markenrecht

172 Gemäss Gesetz geniesst der Inhaber einer eingetragenen Marke «das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen».[430] Er hat ferner das Recht, Dritten zu verbieten, ein identisches oder ähnliches Zeichen für die Kennzeichnung

428 EuGH, 30.3.2006, C-259/04 – Elizabeth Florence Emanuel c. Continental Shelf 128 Ltd. Ebenso hat der Gerichtshof betreffend den Verfall der Marke analog entschieden: «Eine Marke, die aus dem Namen des Designers und Erstherstellers der mit dieser Marke versehenen Waren besteht, darf nicht schon aufgrund dieser Besonderheit mit der Begründung für verfallen erklärt werden, dass sie im Sinne von Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 89/104 das Publikum irreführe. Dies gilt insbesondere dann, wenn der mit dieser Marke verbundene Goodwill zusammen mit dem Geschäftsbetrieb der Herstellung der Waren, auf die sich die Marke bezieht, übertragen worden ist.»; s. auch EuGH, 5.7.2011, C-263/09 P, betreffend die Modemarke «ELIO FIORUCCI», die Eigentum einer japanischen Gesellschaft geworden ist.

429 Zu dieser Frage s. weiter unten Abschnitt V.

430 Art. 13 Abs. 1 MSchG.

von Waren und/oder Dienstleistungen zu verwenden, die gleich oder ähnlich sind wie diejenigen, für die die Marke beansprucht wird.[431] Namentlich kann der Markeninhaber Dritten untersagen, «das Zeichen auf Waren […] anzubringen».[432]

Unter solchen Umständen kann der Inhaber einer Marke, die dem Namen und/oder der Signatur eines Künstlers entspricht, wenn er diese Marke für Künstlerprodukte (z.B. Gemälde in Klasse 16) hinterlegt hat, gemäss dem Spezialitätsprinzip jedem anderen die Verwendung der Marke mit gleichen oder ähnlichen Erzeugnissen verbieten (d.h. insbesondere Gemälde oder auch andere Arten von Trägern wie Poster, Plakate, Postkarten). Der Schutz des Markenrechts kann allerdings nur geltend gemacht werden, wenn die Marke zur Kennzeichnung verwendet wird.[433] Das Spezialitätsprinzip gilt jedoch nicht gegenüber den Inhabern von berühmten Marken, denn sie können *«anderen deren Gebrauch für jede Art von Waren oder Dienstleistungen verbieten, wenn ein solcher Gebrauch die Unterscheidungskraft der Marke gefährdet oder deren Ruf ausnützt oder beeinträchtigt»* (Art. 15 Abs. 1 MSchG), und es muss gemildert werden gegenüber den Inhabern von allgemein bekannten Marken, die grösseren Schutz geniessen. So konnte die Bekanntheit der Konfektionsmarke Kenzo verhindern, dass ein Weinproduzent eine ähnliche Marke – Kenzo Estate – für Wein und Cognac (Klasse 33) registrieren konnte, aber nicht für Olivenöl (Klasse 29); die Begründung lautete, dass Wein und Spirituosen die Vorstellung von Luxus vermittelten, dass aber andere Produkte wie Olivenöl nicht in unlauterer Weise den Ruf der Konfektionsmarke ausnutzten.[434] 173

Die Frage nach dem Umfang des Verbotsrechts des Markeninhabers kann sich im Falle einer Reproduktion bildlicher oder dreidimensionaler Marken, die den Werken eines Künstlers entsprechen, auf anderen Trägern stellen (Postkarten oder T-Shirts). Das Verbot einer Verwendung zu Dekorationszwecken sollte nicht allzu grosszügig zugelassen werden, wenn die Öffentlichkeit eine Verbindung zwischen der Marke (dem Werk), die ohne Genehmigung durch einen Dritten verwendet wird, und dem Inhaber der Marke (dem Urheber des betreffenden Werks) herstellen kann.[435] 174

Das Markenrecht erlaubt es dem Inhaber insbesondere, die Einziehung der Gegenstände zu verlangen, die seine Rechte verletzen (z.B. von Bildern mit der widerrechtlich verwendeten Marke).[436] Der Markeninhaber kann vom Gericht die Zerstörung der Gegenstände verlangen oder zumindest, dass die darauf angebrachte Marke un- 175

431 Art. 13 Abs. 2 mit Verweis auf Art. 3 Abs. 1 MSchG.
432 Art. 13 Abs. 2 lit. a MSchG.
433 Siehe AppGer BE, sic! 1998 59; Willi, Markenschutzgesetz, Art. 13 N 13 f.; zum deutschen Recht s. Schack, Kunst, Rz 214 («zeichenmässige Verwendung»).
434 EuGH, 30.5.2018, C-85/16 P, C-86/16 P – Kenzo Tsujimoto v. EUIPO/Kenzo.
435 Willi, Markenschutzgesetz, Art. 13 N 14 (eine vergrösserte Reproduktion der Marke genügt nicht, um eine Verwendung zu Dekorationszwecken festzustellen); in weiterem Sinne Schack, Kunst, Rz 214, wo der Standpunkt vertreten wird, die Verwendung einer Marke, die ein Werk darstelle, als Postkarte, Poster oder T-Shirt könne vom Markeninhaber nicht verboten werden; zum amerikanischen Recht s. den Fall (betreffend das Anbringen der Marken «Audi» und «VW» auf Schlüsselanhängern und Nummernschildern) Au-Tomotive Gold, Inc. v. Volkswagen of America, Inc., 457 F.3d 1062 (9th Cir. 2006); zum europäischen Recht s. EuGH, 23.10.2003, C-408/01, Adidas-Salomon AG und Adidas Benelux BV v. Fitnessworld Trading Ltd.
436 Art. 57 Abs. 1 MSchG.

kenntlich gemacht wird.[437] Beispielsweise kann die Signatur vom betreffenden Gegenstand entfernt werden, oder es kann ein unzerstörbarer Hinweis angebracht werden, dass es sich nicht um ein Originalwerk handelt. Der Schutz aufgrund des Markenschutzrechtes kann jedoch nicht mit dem Ziel beansprucht werden, die Verwendung der Signatur oder des Namens eines Künstlers auf einem Werk zu verbieten, das er tatsächlich geschaffen und signiert hat (einem Originalwerk also). In einem solchen Fall müsste man nämlich davon ausgehen, dass es sich entweder um ein vorbenütztes Zeichen i.S.v. Art. 14 MSchG handelt (die Marke, die dem Namen oder der Signatur des Künstlers entspricht, wäre dabei z.B. von den Erben des Künstlers erst nach Anbringen des Namens oder der Signatur auf dem Werk hinterlegt worden) oder um eine Erschöpfung des Markenrechts. Im letzteren Fall, d.h. wenn der Künstler die Marke schon hinterlegt und eingetragen hat, bevor er sie auf seinem Gemälde anbrachte, können weder er noch die späteren Inhaber der Marke (z.B. seine Erben oder Dritte) die Entfernung der Marke (Signatur oder Name) vom Gemälde verlangen, denn unbestrittenermassen verliert der Markeninhaber sein Kontrollrecht über Originalerzeugnisse, auf denen die Marke rechtmässig angebracht worden ist. Abgesehen von diesen beiden Gründen, die die Machtlosigkeit des Markeninhabers gegenüber echten Werken rechtfertigen, ist überdies daran zu erinnern, dass gemäss der Rechtsprechung der Inhaber einer Marke diese nicht in unlauterer Weise zum Nachteil Dritter[438] verwenden darf, was zweifellos der Fall wäre, wenn der Inhaber einer Marke, die der Signatur oder dem Namen eines Künstlers entspricht, die Signatur oder den Namen des Künstlers von einem von diesem geschaffenen Originalwerk wegen angeblicher Verletzung des Markenrechts entfernen lassen wollte.

176 In territorialer Hinsicht ist anzumerken, dass Zollfreilager (die häufig für die Lagerung von Kunstwerken benutzt werden) aus markenrechtlicher Sicht als Inland gelten und dass somit die Lagerung in einem Zollfreilager von Werken, die widerrechtlich mit der Marke eines Künstlers versehen sind, eine Verletzung des Markenrechts darstellt.[439] In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass die Zollbehörden bei Verdacht auf Ein- oder Ausfuhr von Waren, auf denen eine Marke widerrechtlich angebracht worden ist, um Hilfeleistung ersucht werden können.[440]

177 Unter diesen Umständen lässt sich feststellen, dass das Markenrecht einen gewissen Schutz gegen die unrechtmässige Verwendung des Namens und/oder der Signatur eines Künstlers auf Werken, die Fälschungen sind, bieten kann.

178 Über den Schutz des Namens und/oder der Signatur eines Künstlers mit den ordentlichen Mitteln des Markenrechts hinaus (insb. muss der Schutz das Spezialitätsprinzip

437 Gemäss Art. 57 Abs. 2 MSchG entscheidet der Zivilrichter darüber, «ob die Marke oder die Herkunftsangabe unkenntlich zu machen ist oder ob die Gegenstände unbrauchbar zu machen, zu vernichten oder in einer bestimmten Weise zu verwenden sind.»

438 BGE 129 III 353; BGer, sic! 2005 463; s. auch BGer, 30.5.2008, 4C.82/2007.

439 BGE 110 IV 108.

440 Art. 70 MSchG; Art. 54 MSchV bestimmt: «Die Hilfeleistung der Zollverwaltung erstreckt sich auf die Ein- und Ausfuhr von widerrechtlich mit einer Marke oder einer Herkunftsangabe versehenen Waren sowie auf die Lagerung solcher Waren in einem offenen Zolllager, einem Lager für Massengüter oder einem Zollfreilager»; vgl. Art. 75 ff. URG.

beachten)[441] stellt sich die Frage, ob der Name und/oder die Signatur eines Künstlers gegebenenfalls den Vorzugsstatus einer berühmten Marke beanspruchen können, womit der Markeninhaber das Recht erhielte, die Verwendung der Marke für jede Art von Waren und Dienstleistungen zu verbieten.[442]

179 Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts (das Gesetz definiert im Übrigen die «berühmte Marke» nicht näher) sind die massgebenden Kriterien dafür, ob eine Marke als berühmt i.S.v. Art. 15 MSchG anzusehen ist, aus dem Zweck dieser Gesetzesbestimmung abzuleiten, der darin bestehe, berühmte Marken gegen die Ausnützung ihres Rufs, die Beeinträchtigung dieses Rufs und die Gefährdung der Unterscheidungskraft der Marke zu schützen.[443]

180 Im gleichen Entscheid wird festgehalten: «Semblable protection se justifie lorsque le titulaire de la marque a réussi à susciter une renommée telle que cette marque possède une force de pénétration publicitaire utilisable non seulement pour commercialiser les produits et fournir les services auxquels elle était destinée à l'origine, mais encore pour faciliter sensiblement la vente d'autres produits ou la fourniture d'autres services. Cela suppose que la marque jouisse d'une considération générale auprès d'un large public.»[444] In diesem Zusammenhang ist das positive Image der Marke in der Öffentlichkeit zu berücksichtigen, selbst wenn dieses nicht einhellig ist.[445]

181 Werden diese Grundsätze der Rechtsprechung auf den Namen eines berühmten Künstlers angewandt (zu denken ist insbesondere an Picasso), wäre man versucht zu sagen, dass eine Marke, die einem solchen Namen entspricht, den Status einer berühmten Marke beanspruchen kann. Um die Kriterien des Bundesgerichts aufzugreifen, kann der erweiterte Schutz solcher Marken in Betracht kommen, wenn die Marke «possède une force de pénétration publicitaire utilisable non seulement pour commercialiser les produits et fournir les services auxquels elle était destinée à l'origine, mais encore pour faciliter sensiblement la vente d'autres produits ou la fourniture d'autres services». Nun werden die Namen berühmter Künstler offenbar eben genau dazu benutzt, den Absatz anderer Waren und Dienstleistungen zu fördern als der ursprünglich dafür gedachten (d.h. das künstlerische Schaffen als solches), insbesondere Parfums und Automobile. In einem neueren Urteil des Europäischen Gerichtshofs wurde diesem Ansatz allerdings nicht gefolgt, sondern der Marke «Picasso»

441 Gemäss welchem sich der markenrechtliche Schutz nur auf Waren oder Dienstleistungen erstreckt, die mit denjenigen, für die die Marke beansprucht wird, identisch oder ihnen ähnlich sind (Art. 3 Abs. 1 MSchG).

442 Art. 15 Abs. 1 MSchG: «Der Inhaber einer berühmten Marke kann anderen deren Gebrauch für jede Art von Waren oder Dienstleistungen verbieten, wenn ein solcher Gebrauch die Unterscheidungskraft der Marke gefährdet oder deren Ruf ausnützt oder beeinträchtigt.» Allerdings ist der verstärkte Markenschutz, soweit er in Betracht kommt, nicht unbedingt sehr sinnvoll im Zusammenhang mit der Verwendung des Markenrechts zum Zweck der Echtheitsbeglaubigung von Kunstwerken, wenn die Marke widerrechtlich von Fälschern für Waren oder Dienstleistungen verwendet würde, die – in den meisten Fällen – denjenigen, für die die Marke eingetragen ist, zumindest ähnlich sein müssten. Insofern hätte der verstärkte Schutz der berühmten Marke in der Praxis keinen nennenswerten Nutzen.

443 BGE 130 III 748, 752; BGer, sic! 2013 43 – Vogue.

444 *Ibid*.

445 *Ibid*.

nur ein relativ beschränkter Schutz gewährt. In dieser Rechtssache hatten die Picasso-Erben versucht, die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke (CTM) durch den Automobilkonzern DaimlerChrysler für das Zeichen «Picaro» für Waren in der Klasse 12 («Kraftfahrzeuge und deren Teile») zu verhindern. Die Picasso-Erben stützten ihren Einspruch auf eine ältere Marke «Picasso», die für Waren der gleichen Klasse 12 (insb. «Fahrzeuge») eingetragen worden war.

182 Mit Urteil vom 12.1.2006 wies der Europäische Gerichtshof die Einsprache der Picasso-Erben ab, im Wesentlichen mit der Begründung, die Berühmtheit des Namens «Picasso» verleihe der für Kraftfahrzeuge eingetragenen Marke «Picasso» keine verstärkte Unterscheidungskraft.[446] Im Gegenteil, da in der Öffentlichkeit eine sehr starke Assoziation zwischen dem Namen und dem Künstler Picasso bestehe, schliesse dies jegliche Verwechslungsgefahr zwischen den betreffenden Zeichen im Automobilbereich aus; in begrifflicher Hinsicht werde das Wortzeichen «Picasso» von der Öffentlichkeit mit dem Künstler in Verbindung gebracht, sodass eine Verwechslung mit der unterschiedlichen Marke «Picaro» ausgeschlossen sei.[447] In dieser Sache hat übrigens der Generalanwalt gegenüber den Picasso-Erben eine recht strenge Haltung eingenommen: Er kritisierte den Schaden für das künstlerische Erbe des berühmten Malers und plädierte daher für einen relativ eng gefassten Schutz der Marke Picasso im Zusammenhang mit Industriegütern (Fahrzeugen), die keinen Zusammenhang mit dem künstlerischen Schaffen des spanischen Meisters aufweisen.[448] *E contrario* dürfte

446 EuGH, 12.1.2006, C-361/04 P, Picasso/Picaro, Abs. 32: «[…] das Gericht nach einer Beurteilung tatsächlicher Art, die der Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren nicht nachzuprüfen hat, zu dem Schluss gelangt ist, dass das Zeichen PICASSO für Kraftfahrzeuge keine erhöhte originäre Kennzeichnungskraft hat»; ein kritischer Kommentar dieses Urteils findet sich in Holzer, sic! 2006 600 ff.

447 EuGH, 12.1.2006, C-361/04 P, Picasso/Picaro, Abs. 27: «[…] dass die massgeblichen Verkehrskreise im Wortzeichen PICASSO zwangsläufig eine Bezugnahme auf den Maler sähen und dass angesichts der Berühmtheit, die dieser bei ihnen geniesse, die genannte besonders dichte inhaltliche Bezugnahme weitgehend den markanten Charakter abschwäche, den das Zeichen konkret als eine von verschiedenen Fahrzeugmarken besitze.»

448 Schlussanträge des Generalanwalts vom 8.9.2005, ‹http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59707&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=313457› (21.4.2020): «64. Der Rechtsvertreter der Picasso-Erben hat die Rechtsmittelschrift genutzt, um Bedeutung und Häufigkeit der Verwendung von Familiennamen von Personen als Marken zu erläutern, die sich großer Berühmtheit erfreuen oder sehr volkstümlich sind, und hierbei berühmte Persönlichkeiten der Geschichte wie Napoleon, Churchill oder Gorbatschow, Modeschöpfer wie Christian Dior oder Alessi, Sportler wie Boris Becker oder Tiger Woods und Musiker wie Mozart angeführt. Er hat auf die Rolle verwiesen, die das so genannte Merchandising insb. bei bereits bekannten Zeichen spielt, um andere Produkte zu vermarkten, die keinerlei Beziehung zum Original mehr haben wie etwa Coca-Cola (Getränke) für Kleidung und Schreibwarenartikel; Marlboro (Zigaretten) für Kleidung; Davidoff (Zigarren) für Luxuskosmetika. Solche Gedanken sind für mich das Stichwort für einige Bemerkungen. 65. Zunächst hatte die Gewährung einer Lizenz durch die Picasso-Erben an den Automobilhersteller Citroën, ein Modell des Typs Xsara entsprechend zu taufen, Kritik hervorgerufen, insb. seitens des Direktors des Picasso-Museums in Paris, weil man befürchtete, dass das Bild des Genies auf immer beschädigt werde und dass im dritten Jahrtausend Picasso nur noch eine Automarke sein werde. 66. Obwohl der Gemeinschaftsgesetzgeber die Möglichkeit bietet, Eigennamen als Marken eintragen zu lassen, die für die verschiedensten Waren und Dienstleistungen verwendet werden können, muss der Grad des Schutzes, den sie verdienen oder gewonnen haben, abgestuft werden, wobei von der Kernfunktion dieses gewerblichen Schutzrechts auszugehen ist. […]. Allerdings

dieses Urteil jedoch nicht nachteilig für den Schutz einer Marke sein, die dem Namen und/oder der Signatur eines Künstlers entspricht, wenn sie für Waren beansprucht wird, für die der Name eine gewisse Berühmtheit erlangt hat (z.B. Bilder), oder im Zusammenhang mit verwandten Waren (oder Dienstleistungen) steht.[449] In einem solchen Fall kann man in der Tat den Standpunkt vertreten, es handle sich um eine starke Marke mit hoher Unterscheidungskraft, die daher einen erweiterten Schutz geniesst.[450]

V. Die Grenzen des Schutzes

Wie alle anderen Immaterialgüterrechte kennt auch das Markenschutzrecht gewisse Grenzen.[451] Dazu gehört insbesondere, dass der Markenschutz nur gegen einen *kommerziellen* Gebrauch der Marke durch einen unbefugten Dritten beansprucht werden kann. Hingegen kann der Gebrauch der Marke zu privaten Zwecken nicht verboten werden. Der private Gebrauch einer Marke in der Schweiz fällt nämlich nicht unter das Markenschutzrecht, es sei aber betont, dass die Ein-, Aus- oder Durchfuhr von Pirateriepro dukten zu privaten Zwecken nach Art. 13 Abs. 2bis MSchG[452] vom Markeninhaber verboten werden kann. Die Frage des Privatgebrauches einer Marke könnte sich dann stellen, wenn eine Privatperson ein Werk herstellt oder verkauft, das zu Unrecht die Marke trägt, die dem Namen und/oder der Signatur eines Künstlers entspricht. 183

Eine weitere Grenze ist die Verwendung einer fremden Marke in einem künstlerischen oder parodistischen Zusammenhang.[453] Bei einer solchen Nutzung stellt sich die Frage ihrer Zulässigkeit, was zu einer Frage von Verfassungsrang[454] führt und 184

sind zwei Klarstellungen zur rechtmäßigen Verteidigung des Personennamens zu treffen, mit dem man Ansehen gewonnen hat. Erstens darf man, wenn dieser Name übertragen wird, um ihn in einem Bereich zu verwenden, der mit dem, in dem er Ansehen erworben hat, nichts zu tun hat, nicht ohne weiteres den größeren Schutz beanspruchen, der bei Marken mit hoher Unterscheidungskraft sicherzustellen ist, und zwar im Kern deshalb, weil es in diesem anderen Umfeld – jedenfalls zunächst – höchst zweifelhaft ist, ob er über die Unternehmensherkunft der Waren oder Dienstleistungen informiert. Zweitens besteht ein gewisses allgemeines Interesse daran, die Namen großer Künstler als universelles Kulturerbe vor der unersättlichen kaufmännischen Habgier zu retten, um zu vermeiden, dass ihr Werk durch Trivialisierung Schaden nimmt. Betrüblich ist die Vorstellung, dass der durchschnittlich informierte, normal aufmerksame und umsichtige Verbraucher, der schon Namen wie Opel, Renault, Ford oder Porsche nicht mehr mit den berühmten Ingenieuren verbindet, die ihren Produkten ihren Namen gaben, mit dem Namen Picasso in einer leider nicht mehr weit entfernten Zukunft einem ähnlichen Vorgang unterliegen könnte.»

449 Unter Berücksichtigung der Schutzsphäre des Markenrechts, die sich auf Waren oder Dienstleistungen erstreckt, die denjenigen, für die die Marke beansprucht wird, ähnlich sind (Art. 3 Abs. 1 lit. b und c MSchG).

450 Zum Begriff der starken Marke s. BGE 128 III 447, 453.

451 Zur Frage des Gebrauchs einer Marke zu dekorativen Zwecken, s. vorne Fn 435.

452 Art. 13 Abs. 2bis MschG sieht das Folgende vor: «Die Ansprüche nach Absatz 2 Buchstabe d [d.h. der Markeninhaber kann anderen verbieten, unter dem Zeichen Waren ein-, aus- oder durchzuführen] stehen dem Markeninhaber auch dann zu, wenn die Ein-, Aus- oder Durchfuhr von gewerblich hergestellten Waren zu privaten Zwecken erfolgt».

453 Vgl. § 1 IV Nr. 4 (Die Ausnahme der Parodie).

454 Für eine genaue Analyse vgl. Hertig Randall, FS von Büren, 415 ff.

vom verfolgten Zweck abhängt (z.B. humoristisch, künstlerisch[455], kritisch[456] oder kommerziell). Dabei ist es manchmal schwierig, eine kommerzielle Nutzung von einer künstlerischen oder parodistischen abzugrenzen: Das Gewicht der kommerziellen oder nicht-kommerziellen Elemente ist massgebend, um den Umfang des Schutzes einzuschätzen, den der betreffende Diskurs geniessen könnte.[457] Auch der Bekanntheitsgrad der parodierten Marke ist zu berücksichtigen.[458] So konnte, selbst im Fall eines humoristischen Zwecks, die Inhaberin der Marke «Harry Potter» wegen deren Berühmtheit verhindern, dass ein Vertreiber von Präservativpackungen diese parodierte (indem er das Zeichen «Harry Popper» und das Bild eines Zauberers anbrachte).[459]

185 Eine weitere wichtige Einschränkung des Markenrechts liegt im Verfall wegen Nichtgebrauchs.[460] Selbst wenn der Markenschutz ohne zeitliche Begrenzung verlängert werden kann,[461] wird die Marke nur geschützt, sofern sie im Zusammenhang mit den eingetragenen Waren oder Dienstleistungen gebraucht wird.[462] Wenn der Markeninhaber die Marke während eines Zeitraums von fünf Jahren nicht gebraucht hat, kann er sein Markenrecht nicht mehr geltend machen (ausser es liegen wichtige Gründe für den Nichtgebrauch vor).[463] Diese Begrenzung könnte problematisch sein für Marken, die dem Namen, der Signatur oder den Werken eines Künstlers entsprechen,[464] vor allem, wenn der Künstler keine Werke mehr unter dem Namen und/oder der Signatur schafft, die Gegenstand der eingetragenen Marke sind. So könnte spätestens fünf Jahre nach dem Tod des Künstlers die Frage nach dem rechtsgenüglichen Gebrauch der Marke akut werden.

455 Die Parodie muss ein Minimum an Kreativität aufweisen (ohne die parodierte Marke herabzusetzen oder zu verunglimpfen). Vgl. De Werra, SJ 2012 II 57 f.; Hertig-Randall, FS von Büren, 449, die ein deutsches Urteil zitiert, das den Vorrang des künstlerischen Zwecks vor der Marke gut illustriert: das Urteil *«Lila Postkarte»*. Es handelte sich um die Parodie der Marke *Milka* mittels einer Postkarte. Der deutsche Bundesgerichtshof stufte die Parodie als Kunstwerk ein, da sie nicht einfach einen Werbeslogan enthielt, sondern dieser sich auf den berühmten Dichter Johann Wolfgang von Goethe bezog, was der Postkarte einen hohen Grad an Kreativität verlieh.

456 Urteile des TGI Paris, 30.1.2004 – *«Esso»* und 9.7.2004 – *«Areva»*. In diesen Fällen wird die Zielmarke zu einem Zweck von allgemeinem Interesse verfremdet, aber nicht in der Absicht, ihrem Inhaber zu schaden.

457 De Werra, SJ 2012 II 54; Hertig Randall, FS von Büren, 441; s. auch BGE 128 I 295, 308, wonach die Meinungs- und Informationsfreiheit nur berührt wird, wenn der ideelle Charakter der Botschaft – konkret der Werbung – gegenüber dem kommerziellen Charakter überwiegt.

458 Hertig Randall, FS von Büren, 443, die angibt, wenn berühmte Marken einen erhöhten Schutz verdienten, müssten sie angesichts ihrer Reputation auch mehr Kritik dulden.

459 KGer SZ, 17.8.2010, E. 7.b/aa., sic! 2011 108.

460 Art. 11 und 12 MSchG; zu dieser Frage s. die Dissertationen von Meier, L'obligation, und von Bürgi Locatelli, Markengebrauch.

461 Art. 10 Abs. 2 MSchG.

462 Art. 11 Abs. 1 MSchG.

463 Art. 12 Abs. 1 MSchG.

464 Siehe die Fundamentalkritik an der Verwendung des Markenrechts im Kunstbereich von Treppoz, RIDA 209 (2006) 67 ff. («[i]mposer à l'artiste d'exploiter son œuvre suppose, pour sa part, de rompre le lien entre l'auteur et l'œuvre au profit de la seule collectivité»).

Grundsätzlich muss der Gebrauch der Marke ein ernsthafter sein, damit er als ausreichend gilt.[465] Der ernsthafte Charakter des Gebrauchs kann nicht schematisch für alle Marken bestimmt werden, sondern muss vielmehr aufgrund der Umstände des konkreten Falls gewürdigt werden,[466] wobei insbesondere – aus einem subjektiven Blickwinkel – zu prüfen ist, ob der Markeninhaber beabsichtigt, eine Marktnachfrage zu befriedigen.[467] Es sind daher die Marktusancen des betreffenden Wirtschaftszweigs[468] zu beachten, ebenso die Art der fraglichen Waren oder Dienstleistungen. Für Güter des täglichen Bedarfs sind höhere Ansprüche an den Gebrauch zu stellen als für Luxusgüter.[469] Es ist jedoch nicht nötig, dass die Marke direkt auf der Ware oder deren Verpackung angebracht ist, damit der Gebrauch anerkannt wird. Es reicht vielmehr aus, dass das Zeichen von der Öffentlichkeit als Mittel zur Erkennung der Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers wahrgenommen wird.[470] Es kann insbesondere auch ein Gebrauch in Katalogen sein, sofern sich dieser Gebrauch auf die eingetragenen Waren und/oder Dienstleistungen bezieht.[471] 186

Was die Marken betrifft, die dem Namen und/oder der Signatur eines Künstlers entsprechen, dürfen keine allzu hohen Anforderungen hinsichtlich des Gebrauchs solcher Marken gestellt werden; es handelt sich nämlich um Marken, die für Güter gelten, die eher mit Luxusgütern als mit Gütern des täglichen Bedarfs zu vergleichen sind. Diesbezüglich sollte ein Gebrauch beispielsweise anerkannt werden im Falle einer Verwendung in Auktions- oder Ausstellungskatalogen für Werke des Künstlers.[472] Zu berücksichtigen ist selbstverständlich die Art der Waren und/oder Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen worden ist. So stellen sich keine besonderen Probleme für – beanspruchte – Waren, bei denen die Marke effektiv kommerziell genutzt wurde (z.B. Wagen «Picasso»), im Gegensatz zu künstlerischen Gütern (Gemälde, Skulpturen usw.). Angesichts der Besonderheiten des Kunstmarktes sollte man sich hinsichtlich des Gebrauchs der Marke nicht allzu restriktiv zeigen, solange und sofern das Zeichen von der Öffentlichkeit weiterhin als Mittel zur Identifikation der Waren des Markeninhabers wahrgenommen wird. Selbstverständlich ist aber weiterhin in jedem einzelnen konkreten Fall zu prüfen, ob ein ernsthafter Gebrauch der Marke vorliegt oder nicht. 187

465 Willi, Markenschutzgesetz, Art. 11 N 37.
466 Meier, L'obligation, 50.
467 Willi, Markenschutzgesetz, Art. 11 N 37.
468 Eidg. Rekurskommission für geistiges Eigentum, sic! 2006 180.
469 Eidg. Rekurskommission für geistiges Eigentum, sic! 2005 881.
470 BGer, sic! 2006 99; s. auch die Richtlinien in Markensachen des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum, s. Fn 394, Teil 6 Kap. 5.3.4.
471 Eidg. Rekurskommission für geistiges Eigentum, sic! 2005 754; Eidg. Rekurskommission für geistiges Eigentum, sic! 2001 646.
472 Die Frage wäre heikler bei Marken, die den Werken des Künstlers selbst entsprechen, ausser dieser oder seine Erben vertreiben Reproduktionen dieser Werke.

§ 3 Kunst und Designrecht

Gemäss Art. 1 DesG sind als Design «Gestaltungen von Erzeugnissen oder Teilen von Erzeugnissen, die namentlich durch die Anordnung von Linien, Flächen, Konturen oder Farben oder durch das verwendete Material charakterisiert sind» geschützt. Damit ein Design, das hinterlegt wird,[473] schutzfähig ist, muss es neu[474] sein, Eigenart aufweisen[475] und darf nicht unter einen der Ausschlussgründe für den Designschutz fallen.[476] Insofern ist es möglich, dass künstlerische Werke der bildenden Kunst durch das Designrecht[477] geschützt werden und dass Werke, die in den Bereich des Designs fallen, durch das Urheberrecht als Werke der angewandten Kunst geschützt werden (Art. 2 Abs. 2 lit. f URG).[478] 188

Es stellt sich somit die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Schutz durch das Designrecht und demjenigen nach Urheberrecht. Grundsätzlich lässt das schweizerische Recht die Kumulierung der Schutzrechte zu.[479] Somit steht das schweizerische System im Einklang mit der im französischen Recht angewandten Theorie der «unité de l'art».[480] Damit eine solche Kumulierung möglich wird, müssen jedoch die jeweiligen Voraussetzungen der verschiedenen Gesetze erfüllt sein.[481] Daher ist das Verhältnis zwischen der Voraussetzung der Eigenart im Designrecht (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 DesG) und der Voraussetzung des individuellen Charakters im Urheberrecht (Art. 2 Abs. 1 URG) zu untersuchen.[482] Diesbezüglich wird, namentlich wegen der längeren 189

473 Art. 19 ff. DesG.

474 Gemäss Art. 2 Abs. 2 DesG: «Design ist nicht neu, wenn der Öffentlichkeit vor dem Hinterlegungs- oder Prioritätsdatum ein identisches Design zugänglich gemacht worden ist, welches den in der Schweiz beteiligten Verkehrskreisen bekannt sein konnte.»

475 Gemäss Art. 2 Abs. 3 DesG: «Design weist keine Eigenart auf, wenn es sich nach dem Gesamteindruck von Design, welches den in der Schweiz beteiligten Verkehrskreisen bekannt sein konnte, nur in unwesentlichen Merkmalen unterscheidet.»

476 Art. 4 DesG, wobei das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum ein Eintragungsgesuch nur dann abweist, wenn offensichtlich ein Ausschlussgrund vorliegt (Art. 24 Abs. 3 DesG).

477 Eine Erörterung des Schutzes von Werken der Baukunst durch das Designrecht findet sich in Kap. 9 § 4 des vorliegenden Werks.

478 Zu diesen Fragen s. die Dissertation von Stutz, Individualität.

479 Siehe BGE 134 III 547; Cherpillod, Geltungsbereich, 15; zum deutschen Recht s. Schack, Kunst, Rz 803 ff.

480 Lucas/Lucas, Traité, 69 ff.

481 BGE 105 II 197; für den Schutz durch das Designrecht müssen somit die Formvorschriften (Hinterlegung und Eintragung) eingehalten werden, vgl. Art. 19 ff. DesG.

482 Für eine vertiefte Diskussion der Standpunkte in Lehre und Rechtsprechung bezüglich der Frage des Verhältnisses zwischen dem Schutz des Design- und jenem des Urheberrechts s. Cherpillod, Geltungsbereich, 15 ff.

Schutzdauer im Urheberrecht gegenüber jener im Designrecht, die Auffassung vertreten, dass die Bedingung des individuellen Charakters des Werks, die vom Urheberrecht gestellt wird, eine bedeutendere schöpferische Tätigkeit voraussetzt als die vom Designrecht geforderte Eigenart.[483] Abgesehen von dieser grundsätzlichen Feststellung ist es heikel, in einem konkreten Fall zu bestimmen, welcher Grad von schöpferischer Tätigkeit erforderlich ist, damit der urheberrechtliche Schutz anerkannt werden kann.[484]

190 Eine allfällige Kumulierung von Schutzrechten kann erhebliche praktische Konsequenzen haben, insbesondere, was Designs betrifft, die von Angestellten im Rahmen ihrer vertraglichen Pflichten geschaffen werden. Beim Designrecht kann der Arbeitgeber potenziell aufgrund der gesetzlichen Abtretung gemäss Art. 332 OR in den Genuss der ausschliesslichen Rechte kommen, während bezüglich der Urheberrechte eine solche Abtretung nicht vorgesehen ist. Es ist daher wünschenswert, dass der Arbeitgeber sich die Urheberrechte auf Werke seiner Angestellten, die in den Bereich des Designs fallen, ausdrücklich abtreten lässt.

191 Der Umfang des Schutzes durch das Designrecht bzw. das Urheberrecht ist ebenfalls unterschiedlich. Der Schutz des Designrechts gilt gegenüber Designs, «welche die gleichen wesentlichen Merkmale aufweisen und dadurch den gleichen Gesamteindruck erwecken wie ein bereits eingetragenes Design» (Art. 8 DesG). Der Gesamteindruck muss im Übrigen nach den wesentlichen Merkmalen des Designs und nicht aufgrund von Details bestimmt werden.[485] Hingegen stützt sich der Schutz des Urheberrechts nicht auf den Begriff des «Gesamteindrucks, den die betreffenden Werke beim Publikum erwecken», sondern auf die Übernahme geschützter Elemente in eine neue Schöpfung und das allfällige Vorhandensein eines Werks zweiter Hand oder einer (nicht schöpferischen) Änderung des ursprünglichen Werks (Art. 11 Abs. 1 lit. a und b URG).[486]

483 Siehe David, *in*: Müller/Oertli (Hrsg.), Einführung N 27.

484 Siehe Cherpillod, Geltungsbereich, 21, der sich für eine Anwendung der Theorie der statistischen Einmaligkeit von Max Kummer (s. vorne Fn 33) ausspricht, sodass der urheberrechtliche Schutz nur bei Schöpfungen anerkannt werden kann, bei denen eine parallele und selbständige Schöpfung durch jemand anderen statistisch ausgeschlossen werden kann, was bei der Form zahlreicher Gegenstände nicht der Fall ist (z.B. Maschinen, Werkzeuge, Schriftzeichen).

485 Details können jedoch in den Sektoren, in denen der schöpferische Spielraum eng ist (wie bei Schmuckwaren), eine bedeutendere Rolle spielen, BGer, 2.5.2017, 4A_565/2016, E. 3.4.2. Siehe ferner BGer, 25.5.2016, 4A_44/2016, sic! 2016 526 – «Saunapritschen», wo festgehalten wird, man dürfe nicht einzig und allein auf die optische Wirkung der Stützen (hier den Eindruck, dass die Stützen durch die Bank «durchlaufen») abstellen, um die Eigenart der Stützen für Saunapritschen zu beurteilen und die anderen Merkmale (z.B. kleinere Verzierungen, Form, Farbe oder gegebenenfalls die Verkleidung der Stützen) als nebensächlich ansehen.

486 Siehe vorne § 1 I Nr. 3.

§ 4 Kunst und Recht des unlauteren Wettbewerbs (Lauterkeitsrecht)

I. Die Rolle des Lauterkeitsrechts

Fragt man nach der möglichen Rolle des Lauterkeitsrechts im Bereich des künstlerischen Schaffens,[487] ist vorweg das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrecht und unlauterem Wettbewerb zu ermitteln. Gemäss einem alten, vom Bundesgericht aufgestellten und angewandten Grundsatz («Umwegtheorie»)[488], dürfen die gesetzlichen Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb nämlich nicht dazu benutzt werden können, einen fehlenden immaterialgüterrechtlichen Schutz zu ersetzen. Mit anderen Worten: Das Lauterkeitsrecht darf nicht dazu dienen, etwas zu schützen, was nach Immaterialgüterrecht nicht schutzfähig ist. Diese Theorie ist heutzutage aufgegeben worden, mit der Begründung, das Immaterialgüterrecht und das UWG stünden nicht in einem Subsidiaritätsverhältnis, sondern seien gleichzeitig und autonom anzuwenden, jedes mit seinen eigenen Anwendungsbedingungen. Gemäss dem Bundesgericht ist ihr Zweck ganz einfach unterschiedlich, und *«dès le moment où les conditions d'application d'une disposition sont réunies et justifient la mesure prise, il n'y a plus d'intérêt à se demander si la même mesure pourrait être prise également sur la base d'une autre disposition»*.[489] 192

Im Kontext des Schutzes von Kunstwerken ist die Anwendung des Lauterkeitsrechts denkbar, wenn gemeinfrei gewordene Werke (d.h. Werke, für die die Schutzfrist abgelaufen ist)[490] geschützt werden sollen. Besonders relevant wäre Art. 3 lit. b UWG, gemäss welchem unlauter handelt, wer *«über sich, […], seine Waren, Werke oder Leistungen […] unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt»*. Nach der Lehre könnte diese Bestimmung anwendbar sein, wenn unrichtige Angaben zu einem gemeinfrei gewordenen Werk gemacht werden, insbesondere im Falle eines Plagiats, d.h. wenn jemand sich zu Unrecht als Urheber eines Werks ausgibt, das tatsächlich von jemand anderem geschaffen 193

487 Das Lauterkeitsrecht und das Wettbewerbsrecht können in verschiedenen Kontexten des Kunstmarktes anwendbar sein, insbesondere im Bereich von Auktionen, was hier aber nicht untersucht werden soll. Zu dieser Frage s. Heinemann, FS Bornkamm, 175 ff.

488 BGE 116 II 471, JdT 1991 I 194.

489 BGer, 24.4.2013, 4A_689/2012, E. 2.4–2.5 – Ferrari. Zu den Verbindungen zwischen unlauterem Wettbewerb und geistigem Eigentum (einschl. Umwegtheorie), vgl. Benhamou/de Werra, Propriété intellectuelle, 183 ff.

490 Diese Frist endet 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers, vgl. Art. 29 Abs. 1 URG.

wurde.[491] Dennoch kommt eine systematische Anwendung dieser Bestimmung keinesfalls jedes Mal in Betracht, wenn ein gemeinfrei gewordenes Werk von einem Dritten ohne Angabe des Urhebers gebraucht wird.[492] Vielmehr ist von Fall zu Fall zu beurteilen, ob der Zweck des UWG und seine Anwendungsbedingungen erfüllt sind. Im Allgemeinen dürfte es daher nicht möglich sein, mithilfe des Lauterkeitsrechts den kommerziellen Gebrauch von Werken zu verhindern, die Gemeingut geworden sind.

194 Ebenfalls prüfenswert ist das Szenario, in welchem jemand eigene Werke als diejenigen eines (bekannten) Künstlers ausgibt, indem er widerrechtlich den Namen, die Signatur und/oder den Stil des Künstlers verwendet. In diesem Fall könnte Art. 3 lit. d UWG anwendbar sein. Gemäss dieser Bestimmung handelt unlauter, wer «Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen». Diese Bestimmung könnte somit angewandt werden, wenn jemand den Namen eines Künstlers verwendet bzw. seinen Stil nachahmt, ohne jedoch ein bestimmtes Werk des Künstlers nachzubilden und vorausgesetzt, dass der Name des Künstlers nicht als Marke geschützt wird.[493] Auch hier muss man sich davor hüten, Art. 3 lit. d UWG allzu extensiv anzuwenden und so die Grenzen des Schutzes durch das Immaterialgüterrecht (Urheberrecht) aufzuweichen oder, mit anderen Worten, mithilfe des Lauterkeitsrechts da einen Schutz zu schaffen, wo das Urheberrecht keinen (mehr) bietet. Unter diesen Umständen kann die Anwendung von Art. 3 lit. d UWG nur in besonderen Fällen zugelassen werden, wo das betreffende Verhalten als unlauter erscheint. Denkbar wäre beispielsweise eine Anwendung dieser Bestimmung im Falle der Verwendung von Gemälden, die vom kubistischen Stil Picassos inspiriert sind, in einer Werbekampagne. Eine solche Verwendung ist in Frankreich tatsächlich schon verurteilt worden (in Anwendung des Haftpflichtrechts); das Gericht befand, es sei verwerflich, bewusst zu versuchen, «à utiliser à des fins purement mercantiles et publicitaires, la renommée de Pablo Picasso pour faire croire au public que l'une de ses œuvres originales participait à la promotion de produits de peinture en bâtiment».[494] Art. 3 lit. d UWG wäre ferner eventuell anwendbar im Falle von Kopien von gemeinfrei gewordenen Gemälden mit der Signatur des Künstlers, wenn in der Öffentlichkeit die Gefahr einer Ver-

491 Barrelet/Egloff, Art. 9 N 14; Troller, Immaterialgüterrecht, 691; Senn, KUR 1/2011, 9.

492 Dies hat der Supreme Court der USA im Fall Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp. et al., 540 U.S. 806 (2003) entschieden. Das Gericht lehnte es in jenem Fall ab, den Schutz durch das Lauterkeitsrecht (d.h. Art. 43(a) des Lanham Act, der insb. falsche Herkunftsbezeichnungen verbietet: «false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of act, which [...] is likely to cause confusion [...] as to the origin of [its] goods») bei einem gemeinfrei gewordenen Werk zu bejahen; es hielt fest, dass die Schaffung eines Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft nach Ablauf der urheberrechtlichen Schutzdauer gegen die Grundsätze des Urheberrechts verstossen würde («[...] giving the Lanham Act special application to such products would cause it to conflict with copyright law, which is precisely directed to that subject, and which grants the public the right to copy without attribution once a copyright has expired»); zu einer Analyse dieses Urteils und seiner Folgen s. den Artikel von Ginsburg, Trademark.

493 In einem solchen Fall befände man sich ausserhalb des Anwendungsbereichs des Urheberrechts und des Markenrechts; zu einer Erörterung dieser Fragen s. weiter oben § 1 III Nr. 3 lit. b und de Werra, L'intégrité, 47 ff. für das Urheberrecht, und oben § 2 für das Markenrecht.

494 TGI Paris, Gazette du Palais 2e semestre, 1998 – sommaires et notes, 689, kommentiert und analysiert durch Treppoz, RIDA 209 (2006) 71.

wechslung zwischen den Originalwerken und den Kopien besteht. Die Anwendung von Art. 3 lit. d UWG ist jedoch stets in jedem einzelnen Fall zu prüfen.

Schliesslich wäre noch die Anwendung von Art. 5 lit. c UWG denkbar, um zu ahnden, wenn jemand eine fremde Leistung (z.B. Ideen, ästhetische Formen, Datenbank eines anderen Künstlers, eines Dritten) ohne angemessenen eigenen Aufwand und durch ein technisches Reproduktionsverfahren übernimmt, um ein eigenes Werk zu schaffen.[495] Diese Bestimmung könnte beispielsweise angewandt werden bei der Übernahme von bestehenden Fotografien, wie jenen, die in Internet-Datenbanken zugänglich sind (selbst wenn sie z.B. mangels Individualität nicht urheberrechtlich geschützt sind oder wenn die Schutzfrist abgelaufen ist), um webscraping und/oder eine eigene Datenbank zu schaffen. Auch hier muss man sich davor hüten, Art. 3 lit. d UWG allzu extensiv anzuwenden und so die Grenzen des Schutzes durch das Immaterialgüterrecht (Urheberrecht) aufzuweichen, und es ist an die strengen Bedingungen dieser Bestimmung zu erinnern, insbesondere die des fehlenden angemessenen eigenen Aufwands. Diese Bedingung hat das Bundesgericht im berühmten Such-Spider-Entscheid veranlasst, die Anwendung des UWG auf einen Konkurrenten abzulehnen, der Immobilien-Inserate für seine eigene Website übernommen hatte. Es begründete dies damit, dieser habe einen ständigen Indexierungs- und Programmierungsaufwand betrieben (durch Filtern nach eigenen Stichwörtern), und der andere habe seine Kosten seit Bestehen seiner Website mit Immobilien-Inseraten amortisieren können.[496] 195

II. Die Grenzen des Lauterkeitsrechts

Generell ahndet das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb «Handlungen, die Auswirkungen auf dem Markt zeitigen und objektiv geeignet sind, ein Unternehmen in seinem Kampf um Kundschaft zu begünstigen oder zu benachteiligen oder seine Marktanteile zu steigern oder zu verringern».[497] Erst wenn eine Handlung geeignet ist, den Markt zu beeinflussen, kann also das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb angewandt werden. So ist z.B. gemäss der Rechtsprechung[498] der Auktionsverkauf eines Occasionswagens (eines Sammler-Ferrari) durch einen privaten Sammler als objektiv nicht geeignet angesehen worden, den Markt zu beeinflussen, sodass das Lauterkeitsrecht nicht anwendbar war.[499] In diesem Zusammenhang wurde als unerheblich beurteilt, dass der Verkäufer eine auf den Verkauf von Oldtimern spezialisierte Gesellschaft beauftragt hatte, den Verkauf an einer Auktion zu organisieren, und ebenso, dass diese das Fahrzeug in ihrem Katalog erwähnte.[500] 196

495 Zu den Anwendungsbedingungen, vgl. Benhamou/de Werra, Propriété intellectuelle, 203.
496 BGE 131 III 384.
497 BGer, sic! 2002 694.
498 Der Entscheid des Bundesgerichts betraf allerdings eine staatsrechtliche Beschwerde, sodass das Bundesgericht nur prüfen konnte, ob der kantonale Entscheid willkürlich war oder nicht.
499 In diesem Prozess versuchte die Klägerin, den Verkauf des Ferraris wegen eines Verstosses gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu verhindern, indem sie geltend machte, der Wagen trage eine falsche Chassis-Nummer, die derjenigen eines Modells entspreche, das in den 1960er Jahren durch einen Brand zerstört worden sei; diese Chassis-Nummer wurde von der Klägerin auf einem anderen Wagen verwendet.
500 BGer, sic! 2002 696.

197 Die Frage der potenziellen Marktbeeinflussung könnte nun aber gerade im Bereich der Kunst kritisch sein. Folgt man dieser Rechtsprechung, so böte der Auktionsverkauf eines Gemäldes, das fälschlicherweise einem Künstler zugeschrieben wird, durch einen privaten Sammler mangels Einfluss auf den Markt keine Handhabe zur Anwendung des Lauterkeitsrechts. Auf jeden Fall wäre in jedem einzelnen konkreten Fall sorgfältig zu prüfen, ob die betreffende Handlung (d.h. der kommerzielle Gebrauch eines Gemäldes, das unrechtmässig die Signatur eines Künstlers trägt) den Wettbewerb beeinflussen könnte oder nicht, im Lichte der zitierten (restriktiven) Rechtsprechung.