

13. Kapitel: Der Werk- und Wirkungsbereich bei Wortwerken

MAGDA STREULI-YOUSSEF/MARK A. REUTTER*

§ 1 Verlagsvertrag	903
§ 2 Die kommerzielle Bedeutung	909
§ 3 Der literarische Stoff als Spielball der unterschiedlichen Interessen	914
§ 4 Synthese: Suche nach Kriterien	923

* Unter Mitarbeit von Dr. Daniel Zimmerli, Fürsprecher, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

Literatur.....	899
§ 1 Verlagsvertrag	903
I. Einleitung	903
II. Hauptrechte	907
III. Nebenrechte	907
§ 2 Die kommerzielle Bedeutung	909
I. Die kommerzielle Bedeutung der Hauptrechte	909
II. Die kommerzielle Bedeutung der Nebenrechte	910
III. Die Lizenz im Gegensatz zur Übertragung	911
IV. Internationale Verhältnisse	913
§ 3 Der literarische Stoff als Spielball der unterschiedlichen Interessen.....	914
I. Die Interessen des Autors.....	914
1. Vermögensrechtliche Interessen.....	914
2. Urheberpersönlichkeitsrechte.....	914
II. Die Interessen des Verlegers	915
III. Das Spannungsfeld zwischen den Interessen des Autors und des Verlegers	917
IV. Die Interessen der weiteren Protagonisten	918
1. Die Interessen der Interpreten	918
2. Die Interessen der Nutzer.....	918
3. Die Interessen der Kunstschaffenden.....	921
4. Konkretisierung weiterer Interessen am Beispiel des Übersetzers	921
a. Schutz der Übersetzung	921
b. Zugang zum ursprünglichen Werk und Verwertung der Übersetzung	922
§ 4 Synthese: Suche nach Kriterien	923
I. Gleiche oder unterschiedliche Kriterien für die Verwertung der Haupt- und Nebenrechte?.....	923
1. Im Allgemeinen.....	923
2. Insbesondere: Übersetzungen.....	924
	897

13. Kapitel: Inhaltsverzeichnis

3. Befund	925
4. Insbesondere: Die digitale Rechteverwaltung (DRM)	926
II. Das Kriterium der Zeitdauer	927
III. Das Kriterium der Werkindividualität im Gegensatz zur Urheberindividualität	929
IV. Das Kriterium der bestimmungsgemässen Verwertung eines Wortwerkes	934
V. Das Kriterium des mutmasslichen Willens des Autors	935
VI. Das Kriterium des kulturpolitischen Wertes eines Werkes für den Kulturbetrieb	935
VII. Schlussbetrachtung	936

Literatur

- BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2008
- BEIER FRIEDRICH-KARL/GÖTTING HORST-PETER/LEHMANN MICHAEL/MOUFANG RAINER (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995
- BSK OR I-BEARBEITER/IN, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, Basel/Genf/München 2007
- BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB, Basel 2006
- VON BÜREN ROLAND, Der Lizenzvertrag, *in*: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/1, Grundlagen, Basel/Genf/München 2002 (*zitiert*: VON BÜREN, Lizenzvertrag)
- VON BÜREN ROLAND/MEER MICHAEL, Der Werkbegriff, *in*: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Basel/Genf/München 2006
- CHERPILLOD IVAN, La nouvelle loi sur le droit d’auteur et les droits voisins: titularité et transfert des droits, AJP 1993 558 ff. (*zitiert*: CHERPILLOD, AJP 1993)
- CHERPILLOD IVAN, L’objet du droit d’auteur, Publikation CEDIDAC, Bd. 1, Lausanne 1985 (*zitiert*: CHERPILLOD, droit d’auteur)
- CHK-BEARBEITER/IN, Amstutz Marc/Breitschmid Peter/Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Huguenin Claire/Müller-Chen Markus/Roberto Vito/Rumo-Jungo Alexandra/Schnyder Anton (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007
- DELP LUDWIG/LUTZ PETER, Der Verlagsvertrag – Handbuch für die Praxis: Kompendium, Vertragsmuster, Erläuterungen, Gesetze und Bestimmungen, München 2007
- DIETZ ADOLF, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, *in*: Friedrich-Karl Beier et al. (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, 1 ff. (*zitiert*: DIETZ, Urhebervertragsrecht)
- DIETZ ADOLF, Einführung: Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, *in*: Friedrich-Karl Beier et al. (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 1 ff. (*zitiert*: DIETZ, Einführung)

- DIETZ ADOLF/LOEWENHEIM ULRICH/NORDEMANN WILHELM/SCHRICKER GERHARD/VOGEL MARTIN, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22. Mai 2000, GRUR 2000 765 ff.
- DREIER THOMAS/SCHULZE GERNOT, Urheberrechtsgesetz – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz – Kunsturhebergesetz, München 2006
- EGLOFF WILLI, Anmerkungen zu den Entscheiden des Bundesgerichtes, Medialex 2004 99 und 225 (zitiert: EGLOFF, Anmerkungen)
- FISCHER HERMANN JOSEF/REICH STEVEN A. (Hrsg.), Der Künstler und sein Recht, München 2007
- HILTY RETO M., Der Verlagsvertrag, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band II/1, Basel/Genf/München 2006 (zitiert: HILTY, SIWR II/1)
- HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht, Bern 2001 (zitiert: HILTY, Lizenzvertragsrecht)
- HOCHREUTENER INGE, Urhebervertragsrecht im Verlagsbereich, in: Streuli-Youssef Magda (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006
- KNAAK ROLAND, Der Verlagsvertrag im Bereich der Belletristik, in: Beier Friedrich-Karl et al. (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag, München 1995
- KUMMER MAX, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968
- LANGE HANS PETER, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, Bern 1979
- LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, München 2003 (zitiert: VERFASSER/IN, in: LOEWENHEIM, Handbuch)
- LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München 2004 (zitiert: LOEWENHEIM, in: FS Nordemann)
- LOEWENHEIM ULRICH, Schutzvoraussetzungen (§ 6), in: Loewenheim Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, München 2003 (zitiert: LOEWENHEIM, Schutzvoraussetzungen)
- MIJATOVIC IVAN, Kreativität als Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von Geisteserzeugnissen, Bern 2006
- MÜLLER BARBARA K./REINHARD OERTLI (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Bern 2006
- NEIGER FELIX/TRAPPEL JOSEF, Buchmarkt und Buchpreisbindung in der Schweiz, Gutachten der Prognos AG für das Bundesamt für Kultur, Bern/Stuttgart/Wien 2002

- REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Urheberrecht, Bern 2000
- RÜDLINGER KATHARINA, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, Basel 1995
- SCHACK HAIMO, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 2005
- SCHLUSSBERICHT (TRAPPEL), Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung der Universität Zürich (Hrsg.), Schlussbericht «Buch- und Literaturlandschaft der Schweiz» vom 16. Juni 2006 im Auftrag des Bundesamtes für Kultur
- SCHRICKER GERHARD, Verlagsrecht, Kommentar (begründet von Bappert Walter und Maunz Theodor), München 2001 (*zitiert*: SCHRICKER, Verlagsvertrag)
- SCHRICKER GERHARD (Hrsg.), Urheberrecht – Kommentar, München 2006
- STREULI-YOUSSEF MAGDA (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006
- TROLLER ALOIS, Immaterialgüterrecht (Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht), Bd. 1, Basel/Frankfurt a.M. 1983
- UHL MARKUS, Die rechtsgeschäftliche Verfügung im schweizerischen Urheberrecht, Bern 1987
- ULMER EUGEN, Urheber- und Verlagsrecht, Berlin et al. 1980
- ZK-TROLLER, Troller Alois, Der Verlagsvertrag, *in*: Schönenberger Wilhelm/Gauch Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/3a/1, Art. 380–393 OR, Zürich 1976

Der Werk- und Wirkungsbereich bei Wortwerken

§ 1 Verlagsvertrag

I. Einleitung

Der Kunstschaffende hat oft mehrere Beweggründe, warum er Kunst schafft. Das Kunstschaffen kann für den Künstler persönliche Ausdrucksform, Lebensaufgabe, Beruf oder Berufung oder einfach eine kreative Tätigkeit ohne kommerzielle Absicht bedeuten. Kunst entsteht insbesondere auch für den Kunst- und Kulturgenuß. Am Kulturgenuß haben die unterschiedlichsten Gruppen ein unterschiedlich gelagertes kommerzielles Interesse. So will die Gesellschaft oder Allgemeinheit möglichst ungehinderten freien Zugang zur Kunst haben. Die Nutzer (Verwerter), deren materielle Existenz von der Verwertung des Kunstschaffens abhängt, haben ihrerseits ein Interesse an der kommerziellen Verwertung der Kunst. Und schliesslich sind die Künstler an der Verwertung ihrer Kunst interessiert, weil sie ihnen ein Einkommen verschafft.

Die Vervielfältigung und Verbreitung eines Werkes sind bei Wortwerken für die Verwertung essenziell. Erst durch Vervielfältigung und Verbreitung wird das Werk für die Allgemeinheit zugänglich und kann diese am Kunstgenuss teilhaben. Anders bei einem Werk der bildenden Kunst oder der Architektur. Hier bildet die Vervielfältigung nicht zwingend eine Voraussetzung für den Werkgenuss durch die Allgemeinheit. Werke dieser Werkkategorien können betrachtet, zur Schau gestellt und ausgestellt werden, ohne dass es hierzu einer Vervielfältigung bedarf. Das heisst jedoch nicht, dass die Vervielfältigung und Verbreitung für die Verwertung von Werken anderer Werkkategorien bedeutungslos sind. Sie sind für die Verwertung auch wichtig, aber nicht «zwingend».

Weil der Werkgenuss eines Wortwerkes ohne Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes nicht auskommt, wird besser verständlich, warum der Verlagsvertrag gesetzlich geregelt und warum er im Bereich des «Urhebervertragsrechts» auch der einzige gesetzlich geregelte Vertragstyp ist.¹ Angesichts der Wichtigkeit der verlegerischen Tätigkeit für die Verbreitung von Wortwerken erstaunt es auch nicht, dass die gesetzliche Rege-

1 Art. 380 ff. OR; vgl. dazu HILTY, SIWR II/1, 563 f.; CHK-STREULI-YOUSSEF, vor Art. 380–393 OR N 1.

lung des Verlagsvertrages wesentlich von den Verhältnissen im *Buchverlag* geprägt ist.² Innerhalb des Kulturbetriebs ist der Buchdruck historisch betrachtet die älteste Vervielfältigungstechnik. Die Erfindung des Buchdrucks anfangs des vierzehnten Jahrhunderts war «nach der Erfindung des Alphabets um das Jahr 1000 v. Chr. und dem damit verbundenen Übergang von der Oralität zur Literalität [...] ein zweiter Quantensprung in der Geschichte der Kommunikation»³.

- 4 Betrachtet man die gesetzliche Regelung des Verlagsvertrages in Art. 380 ff. OR, stellt man ziemlich rasch einige Eigenheiten fest. Der Verlagsvertrag wird durch die gesetzliche Regelung nur unvollständig und lückenhaft behandelt.⁴ Von einem Gesetz erwartet man sodann, dass es den Regelungsgegenstand mit generell-abstrakten Vorschriften nur in den Grundzügen regelt und die einzelfallgerechte Anwendung Sache der Rechtsanwendung ist. Dies trifft auf das Verlagsvertragsrecht im OR jedoch nicht zu. Mehrere Bestimmungen fallen durch ihren individuell-konkreten Charakter auf⁵ und erweisen sich im Verhältnis zur gesetzlichen Regelung in Art. 16 URG zum Teil gar als überflüssig. Im Lichte des Urheberrechts, wie Hilty treffend feststellt, erhalten etliche Normen des Verlagsrechts überhaupt erst dann ihre Bedeutung, wenn sie *bloss schuldrechtlich* verstanden werden.⁶
- 5 Parteien des Verlagsvertrages sind der Verlagegeber und der Verleger.⁷ Verlagegeber kann nach Art. 380 OR der Autor selbst oder seine Rechtsnachfolger,⁸ Verleger dagegen eine natürliche oder eine juristische Person sein. Durch den Verlagsvertrag, welcher in der Regel auf Dauer abgeschlossen wird, verpflichten sich der Autor eines literarischen oder künstlerischen Werkes oder seine Rechtsnachfolger (Verlagegeber), das Werk einem Verleger zum Zweck der Herausgabe zu überlassen, der Verleger dagegen, «das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen»⁹. Die Vervielfältigung und der Vertrieb des Werkes sind die Hauptpflichten des Verlegers (Auswertungspflicht des Verlegers¹⁰). Das Verlagsrecht als subjektives Recht ist ein aus dem Urheberrecht abgeleitetes Recht. «Sein Inhalt ist das dem Verleger eingeräumte Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht».¹¹
- 6 Art. 381 Abs. 1 OR sieht vor, dass die Rechte des Urhebers insoweit und auf so lange dem Verleger übertragen werden, als es für die Ausführung des Vertrages erforderlich

2 CHK-STREULI-YOUSSEF, vor Art. 380–393 OR N 4.

3 Brockhaus – Die Bibliothek, Kunst und Kultur, Leipzig/Mannheim 1997; <www.brockhaus.de>.

4 HILTY, SIWR II/1, 564; CHK-STREULI-YOUSSEF, vor Art. 380–393 OR N 1.

5 Art. 381 Abs. 1, 383 Abs. 1, 386 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 387 OR; CHK-STREULI-YOUSSEF, vor Art. 380–393 OR N 3.

6 HILTY, SIWR II/1, 557 ff., 565, 566; BSK OR I-HILTY, vor Art. 380–393 N 2.

7 BSK OR I-HILTY Art. 380 N 6–9; HILTY, SIWR II/1, 572 f.; ZK-TROLLER, Art. 380 OR N 2–5; CHK-STREULI-YOUSSEF, Art. 380 OR N 12.

8 ZK-TROLLER, Art. 380 OR N 2, 9.

9 Art. 380 OR.

10 SCHRICKER, Verlagsvertrag, 1 Rz. 4 und 51.

11 HOCHREUTENER, 52; KNAAK, 263 ff., 267; SCHRICKER, Verlagsvertrag, 1 Rz. 4 und 51.

ist. Die Übertragung der Rechte auf den Verleger ist für den gesetzlichen Typus des Verlagsvertrags vertragstypisch und grenzt ihn von den nicht rechtsübertragenden Verträgen wie etwa dem Lizenzvertrag ab.¹² Im Rahmen von Verlagsverträgen erfolgt in der Regel eine umfassende Übertragung der urheberrechtlichen Befugnisse auf den Verleger.¹³ Umfassende Rechtsübertragung bedeutet in der Realität, dass die urheberrechtlichen Befugnisse sachlich,¹⁴ zeitlich und räumlich umfassend und unbeschränkt auf den Verleger übergehen. Dabei wird vereinbart, dass der Verlagsvertrag entweder auf unbestimmte Dauer oder für die Dauer der Schutzfrist des Werkes abgeschlossen wird. Der Verlagsvertrag wird daher gemeinhin in der Regel – wenn allenfalls rechtsdogmatisch nicht ganz korrekt – als *Dauerschuldverhältnis* bezeichnet.¹⁵

Die in der Praxis übliche zeitlich und sachlich umfassende Rechtsübertragung kontrastiert mit der gesetzlichen Regelung, welche an verschiedenen Stellen nicht von einer umfassenden Rechtsübertragung,¹⁶ sondern im Zweifelsfall vielmehr von der Vermutung ausgeht, dass im Rahmen eines Verlagsvertrages bloss Teilbefugnisse übertragen werden. In der Praxis wird aber in der Regel vom Verleger die umfassende Rechtsübertragung als notwendige Bedingung für eine langfristige Investition in ein Werk verlangt. Sie ist aus verlegerischer Sicht häufig eine «*conditio sine qua non*» für den Vertragsabschluss.¹⁷

Neben der Vertragsdauer ist im Bereich der Belletristik das *Vertrauensverhältnis* zwischen Verleger und Autor für eine fruchtbare Zusammenarbeit zentral. Für den einzelnen Autor begründet der Umstand, dass er für die ganze Dauer der Schutzfrist an einen Verleger gebunden ist,¹⁸ eine weitreichende Verpflichtung, welche subjektiv als einschneidend empfunden wird. Wenn es früher eher üblich war, dass ein Autor sozusagen auf Gedeih und Verderb einem Verleger die Treue hielt und Autor/Verleger zum unzertrennlichen Gespann wurden,¹⁹ geht heute auch bei deutschsprachigen Autoren die Tendenz dahin, im

12 CHK-STREULI-YOUSSEF, vor Art. 380–393 OR N 7; vgl. auch weiter unten Kap. 13 Rz. 20 ff.

13 BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 4; CHK-STREULI-YOUSSEF, vor Art. 380–393 OR N 3 sowie Art. 381 OR N 4.

14 Das gilt nach h.L. auch für im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bekannte Nutzungsarten; BARRELET/EGLOFF, Art. 16 URG N 9; vgl. auch UHL, 101.

15 SCHRICKER, Verlagsvertrag, § 1 Rz. 20.

16 So in Art. 381 Abs. 1, 383 Abs. 1, 386 Abs. 1 und Art. 387 OR.

17 HILTY, SIWR II/1, 589.

18 Dies gilt vor allem im Bereich der Belletristik. Im Sachbuch- und wissenschaftlichen Bereich ist die Beziehung zwischen Autor und Verleger nicht so sehr von persönlichen, als vielmehr von rein kommerziellen Überlegungen geprägt.

19 Das kommt in Redewendungen wie «Ein Suhrkamp-Autor» oder der «Hausverlag» usw. zum Ausdruck. Ein Beispiel ist Thomas Hürlimann, welcher seit der Gründung des Amman Verlages diesem Verlag die Treue hielt. Häufig ist ein Wechsel oder Abgang im Lektorat eines Verlages der Anlass für einen Autor, «den Verlag zu wechseln». Die Redewendung «den Verlag wechseln» ist eigentlich missverständlich, weil der Autor in der Regel bestehende Verlagsverträge nicht auf einen (neuen) Verleger übertragen kann. Jedenfalls ist die Auflösung von Verlagsverträgen unter Vorbehalt der Auflösung aus wichtigem Grund sehr schwierig. Mit der Redewendung «den Verlag wechseln» ist vielmehr gemeint, dass der Autor neue, noch nicht verlegte Werke einem andern Verleger anvertrauen wird.

Verlauf der Jahre den Verlag zu wechseln und Neuerscheinungen einem anderen Verleger anzuvertrauen. Neben persönlichen Gründen²⁰ können das Verlagsprogramm, die Position des Verlages im Markt, aber auch die Marktgegebenheiten wie der Konzentrationsprozess im Verlagswesen den Ausschlag für einen Verlegerwechsel geben. Dieses Phänomen wird in Zukunft tendenziell wohl eher zunehmen.²¹

- 9 Die stark von den einstigen Verhältnissen im Buchverlag geprägte gesetzliche Regelung ist nicht mehr zeitgemäss und entspricht auch auf weite Strecken nicht mehr den realen Gegebenheiten. Weil die gesetzlichen Bestimmungen in Art. 380 ff. OR zum grossen Teil dispositiver Natur und auch in verschiedener Hinsicht lückenhaft sind,²² lassen sie aber den Parteien immerhin Raum, im konkreten Einzelfall massgeschneiderte, auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene vertragliche Vereinbarungen zu treffen.²³ Wiewohl auf den ersten Blick unbefriedigend, wurde in der Praxis die Entwicklung von zeitgemässen Verträgen durch die gesetzliche Regelung nicht verhindert.
- 10 Die Verlagsverträge werden in der Realität in der Regel vom Verleger «diktiert» und erscheinen häufig einseitig. Faktisch haben solche «Verlegerverträge» einen Zustand der Branchenüblichkeit geschaffen. Der Rückgriff auf die gesetzliche Regelung gelingt dem Autor als schwächere Vertragspartei nur in den seltensten Fällen. Eine weitere schweizerische Besonderheit der Vertragslandschaft besteht darin, dass Streitigkeiten im Verlagsrecht äusserst selten gerichtlich ausgetragen werden. Als Folge davon hat sich in der Schweiz keine Gerichtspraxis zum Verlagsrecht herausbilden können. Weitere Umstände, welche die richterliche Rechtsfortbildung im Verlagswesen verhindert haben, sind die Tatsache, dass der Schweizer Markt zu klein ist sowie das bereits erwähnte Ungleichgewicht zwischen den Kontrahenten.²⁴ Das Fehlen von Präjudizien zum Verlagsrecht ist zum einen unter dem Aspekt der Rechtssicherheit ein Defizit. Zum andern wird dadurch auch die rechtliche Beratung erschwert, weil ohne gefestigte Gerichtspraxis die Beurteilung der Risiko/Chancenanalyse aleatorisch bleibt und einigermassen fundierte Voraussagen kaum möglich sind.

20 Typisch sind Zerwürfnisse oder Verlagswechsel bedingt durch den Weggang des Lektors zu einem andern Verlag oder die Gründung eines eigenen Verlages durch den Lektor des ehemaligen Verlegers.

21 Damit wird die häufig in Verlagsverträgen anzutreffende Option des Verlegers, auch künftige Werke des Autors verlegen zu können, je länger je mehr an Bedeutung verlieren, bei etablierten Autoren gar nicht mehr ausgehandelt werden können.

22 Nicht bzw. nicht abschliessend geregelt sind der Umfang der Rechte des Verlegers, die Haupt- und Nebenrechte sowie die Beendigungsgründe.

23 BSK OR I-HILTY, vor Art. 380–393 N 1; HILTY, SIWR II/1, 565.

24 BSK OR I-HILTY, vor Art. 380–393 N 1.

II. Hauptrechte

Das Urheberrecht umfasst ein Bündel von Berechtigungen und Befugnissen, welche dem Autor an seinem Werk zustehen. Das Urheberrecht schliesst neben vermögensrechtlichen auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse ein. Art. 10 URG enthält einen nicht abschliessenden Katalog von urheberrechtlichen Befugnissen, welche nach Art. 16 URG übertragen werden können. Gegenstand der Übertragung nach Art. 16 URG sind allerdings nur die vermögensrechtlichen Befugnisse.²⁵ Dabei kann das Urheberrecht als Ganzes oder es können bloss Teilrechte davon übertragen werden. In der Praxis werden im Rahmen von Verlagsverträgen die Rechte regelmässig umfassend übertragen. Dabei ist das *Verlagsrecht* innerhalb des Bündels von urheberrechtlichen Berechtigungen bloss ein *Teilrecht des Urheberrechts*.²⁶ 11

Im Mittelpunkt des Verlagsvertrags steht das Recht zur Herausgabe der Originalausgabe. Dieses wird auch als *Hauptrecht* bezeichnet.²⁷ Das Hauptrecht begründet umgekehrt die *Hauptpflicht* des Verlegers, nämlich die Pflicht zur Herausgabe des Werkes. Die Haupt- bzw. Verlagspflicht des Verlegers beinhaltet nach Art. 380 OR die Vervielfältigung und die Verbreitung des Werkes.²⁸ 12

III. Nebenrechte

Der Verleger erwirbt in der Regel nicht bloss das in der Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes bestehende Hauptrecht, sondern auch weitere Nutzungsrechte, welche traditionell als *Nebenrechte* bezeichnet werden. Man unterscheidet zwischen «buchna- 13

25 BARRELET/EGLOFF, Art. 9 URG N 7; HILTY, SIWR II/1, 588; BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 3; vgl. auch HILTY *in*: Loewenheim, Handbuch, § 52 Rz. 85; RÜDLINGER, 58; Appellationshof Bern vom 21. Mai 2001, *sic!* 2001 613 ff., 614.

26 HOCHREUTENER, 55.

27 HOCHREUTENER, 56.

28 FISCHER/REICH, 204 Rz. 23; HOCHREUTENER, 52; KNAAK, 263 ff., 267; SCHRICKER, Verlagsvertrag, § 1 Rz. 4 und 51.

hen» und «buchfernen» Nebenrechten.²⁹ Im Vergleich zum Hauptrecht hat die kommerzielle Bedeutung der Nebenrechte tendenziell zugenommen.³⁰

14 Die *buchnahen* Nebenrechte umfassen neben der in der Regel als gebundene Druckausgabe erscheinende Originalausgabe alle anderen Herausgabearten des Werkes in *Druckform*. Dazu zählen traditionell Taschenbuch-, Gesamt- und Einzelausgaben, Buchclub-, Sonder-, Jubiläums- und Schulbucheditionen, sodann der Vorabdruck in Zeitungen und Zeitschriften, Mikrofilmausgaben, Fotokopien³¹ und neuerdings auch die Verbreitung in (unveränderter) digitaler Form. Typisch an diesen Verwertungsformen ist, dass der Inhalt des Werkes nicht, sondern bloss die Form, verändert wird.

15 Die *buchfernen* Nebenrechte umfassen das Übersetzungsrecht, die Rechte zur Umsetzung zu einem Hörbuch, die Filmrechte, Sende- und Fernsehrechte, das Recht zur Dramatisierung bzw. die Aufführungsrechte. Typisch an diesen Verwertungsformen ist, dass dabei das Werk in eine andere Ausdrucksform umgesetzt wird. Die Umsetzung beschränkt sich jedoch nicht darauf, das Werk in eine andere Form oder Zeit zu transponieren. Vielfach wird das Werk auch inhaltlich umgestaltet oder bearbeitet. Die Umsetzung kann sogar so weit gehen, dass eine neue geistige Schöpfung, ein *Werk zweiter Hand* entsteht.³² Das Werk zweiter Hand geniesst seinerseits nach Art. 3 Abs. 3 URG selbständigen urheberrechtlichen Schutz.

29 FISCHER/REICH, 203 Rz. 20; HOCHREUTENER, 57; KNAAK, 272; SCHRICKER, Verlagsvertrag, Einl. Rz. 2, § 8 Rz. 5. Nach SCHRICKER, Einl. Rz. 2, verliert die Unterscheidung von Haupt- und Nebenrechten im Zeitalter der digitalen Nutzungsformen mehr und mehr ihre Bedeutung. Wichtiger als die begriffliche Unterscheidung in Haupt- und Nebenrechte ist, ob der Verleger hinsichtlich des betreffenden Rechts zur Ausübung verpflichtet ist, ob eine Ausübung durch ihn selbst oder durch andere aktiviert wird.

Die Unterscheidung in buchnahe und buchferne Nebenrechte ist nicht absolut bedeutungslos. Im Hinblick auf das Kriterium der bestimmungsgemässen Verwertung (vgl. nachstehend Kap. 13 Rz. 84 ff.) bietet die Unterscheidung in buchnahe und buchferne Nebenrechte durchaus wertvolle Dienste.

30 FISCHER/REICH, 203 Rz. 20. Man denke etwa an das Übersetzungsrecht, das Senderecht und die Filmrechte bzw. das Recht zur Filmherstellung und die Online-Auswertung eines Werkes.

31 HOCHREUTENER, 57; KNAAK, 272; SCHRICKER, Verlagsvertrag, Einl. Rz. 2, § 8 Rz. 5.

32 Dies gilt auch für die Übersetzung. Wenn der Autor dem Verleger das Übersetzungsrecht einräumt, heisst dies bloss, dass er das Recht erwirbt, das Originalwerk in eine andere Sprache übersetzen zu lassen. An der Übersetzung entsteht ein neues Urheberrecht des Übersetzers, welches im Verhältnis zum Originalwerk ein Werk zweiter Hand im Sinne von Art. 3 Abs. 2 URG ist. Auch wenn im Verlagsvertrag der Verleger die Übersetzungsrechte erwirbt, erwirbt der Verleger damit noch nicht das Urheberrecht an den einzelnen Übersetzungen. Der Erwerb des Urheberrechtes an der Übersetzung setzt eine Rechtsübertragung vom Übersetzer auf den Verleger voraus.

§ 2 Die kommerzielle Bedeutung

Die kommerzielle Bedeutung des Verlagsrechtes ist je nach Verwertungsbereich sehr unterschiedlich. Im Schweizerischen Buchhandel hat vor ungefähr zehn Jahren ein tiefgreifender Restrukturierungs- und Konzentrationsprozess eingesetzt, welcher durch drei Entwicklungstendenzen geprägt ist: Marktmacht- und Strukturverschiebungen zwischen Akteuren (Rückgang der Anzahl der Buchhandlungen bei gleichzeitiger Zunahme von Grossbuchhandlungen und Buchhandelsketten und die Erweiterung der Marktmacht des Grossbuchhandels), Verflechtung mit Akteuren der Nachbarländer sowie die wachsende Dominanz von E-Commerce und elektronischem Publizieren.³³ Die Branche klagte über rückläufige bzw. stagnierende Umsätze, welche sich inzwischen einigermaßen stabilisiert haben. In jüngster Vergangenheit verzeichneten die Umsatzzahlen im Schweizerischen Büchermarkt tendenziell eher einen leichten Aufwärtstrend. Allen Unkenrufen zum Trotz scheint das Buch seinen Platz in der Kulturlandschaft aber nicht zu verlieren.³⁴ 16

I. Die kommerzielle Bedeutung der Hauptrechte

Im Bereich der Hauptrechte sind die Umsätze viel stärker vom Strukturwandel in der Verlagsbranche berührt. Sie waren in der Schweiz nach dem Jahr 2000 rückläufig und haben sich trotz negativer Voraussagen in jüngster Zeit einigermaßen stabilisiert.³⁵ Demgegenüber ist seit dem Aufkommen elektronischer Vertriebskanäle in der Distribution einiges in Bewegung gekommen. Der Vertrieb von Büchern erfolgt immer mehr über das Internet. Schätzungen zufolge werden heute zwischen 10–15% der Bücher über den Internethandel vertrieben,³⁶ wobei die Tendenz immer noch steigend ist. 17

Neben dieser Entwicklung wird in der Schweiz ein weiterer Faktor mittel- und langfristige Auswirkungen auf den Buchmarkt haben, nämlich der Wegfall der *Buchpreisbindung*.³⁷ In einem viel beachteten Entscheid hat das Schweizerische Bundesgericht die Buchpreisbindung als kartellrechtlich unzulässig bezeichnet und aufgehoben.³⁸ Das Bundesgericht hat damit vorläufig einen Schlussstrich unter eine jahrelange Auseinandersetzung gesetzt. Das in der Folge vom Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband SBVV gestützt auf Art. 8 KG beim Bundesrat eingereichte Ausnahmegesuch 18

33 Schlussbericht (Trappel), 13.

34 KNAAK, 263.

35 Schlussbericht (Trappel), 6; Kurzportrait Literatur- und Buchmarkt Schweiz, 3; <www.kulturwirtschaft.ch>.

36 Schlussbericht (Trappel), 15.

37 BGer vom 6. Februar 2007, 2A.430/2006. Vgl. auch NEIGER/TRAPPEL, 133 ff.

38 BGer vom 6. Februar 2007, 2A.430/2006; vgl. auch BGE 129 II 18.

wurde am 30. April 2007 abgewiesen.³⁹ Damit dürfte in der Schweiz bis auf weiteres die Buchpreisbindung der Vergangenheit angehören. Das Bundesgericht hat in Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheide befunden, dass die durch die Buchpreisbindung bewirkte unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht ausnahmsweise durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist.⁴⁰ Die Buchpreisbindung führe nicht zu einer Verbreiterung des Produktesortiments⁴¹ und stehe strukturellen Anpassungsprozessen mit anderen Vertriebsformen, die kostengünstiger als die Erhaltung der bestehenden Strukturen im Buchhandel wären, entgegen.⁴² Auch der vom SBVV angerufene Bundesrat kam zum Schluss, dass nicht erstellt ist, dass die Buchpreisbindung für die angestrebte kulturpolitische Leistung (nämlich die Titelvielfalt) kausal sei. Ausserdem existierten im Bereich der Verlags- und Buchförderung andere Mittel als die Buchpreisbindung, um die kulturpolitischen Interessen zu verwirklichen.⁴³ Der Wegfall der Buchpreisbindung hat erwartungsgemäss zur Folge gehabt, dass die Preise für Bestseller gesunken, dagegen die Preise für Spezialitäten gestiegen sind. Mittel- bis langfristig wird erwartet, dass der Wegfall der Buchpreisbindung nicht zu einem Zerfall der Durchschnittspreise auf Einzelhandelsebene führen wird. Ausländische Beispiele zeigen vielmehr, dass Bücher allgemein teurer wurden, «und zwar wurden die Preise einiger Hundert Bestseller gesenkt, weniger nachgefragte Titel wurden aber in aller Regel teurer».⁴⁴

II. Die kommerzielle Bedeutung der Nebenrechte

- 19 Unter dem Aspekt der kommerziellen Bedeutung der Rechte wird die sonst eher bedeutungsarme Unterscheidung in *buchnahe* und *buchferne* Rechte durchaus relevant. Man kann unschwer erkennen, dass die Entwicklung im Buchhandel auch Auswirkungen auf die buchnahen Nebenrechte hat. Diese wurden ebenfalls vom Trend «rückläufig bis stagnierend» erfasst. Demgegenüber profitieren die buchfernen Nebenrechte von der Entwicklung und Verbreitung von neuen Technologien und verzeichnen einen steigenden Absatzmarkt.⁴⁵

39 RPW 2007/2 341 ff.

40 BGer vom 6. Februar 2007, 2A.430/2006, E. 13.6.

41 BGer vom 6. Februar 2007, 2A.430/2006, E. 13.3.

42 BGer vom 6. Februar 2007, 2A.430/2006, E. 13.4.

43 RPW 2007/2 341 ff.; vgl. Medienmitteilung des EVD und des EDI vom 2. Mai 2007; ferner Jusletter vom 7. Mai 2007 Rz. 5 ff.

44 Vgl. auch NEIGER/TRAPPEL, 118.

45 FISCHER/REICH, 203 Rz. 20.

III. Die Lizenz im Gegensatz zur Übertragung

Urheberrechte können lizenziert oder übertragen werden. Nach schweizerischem Recht bestehen nebeneinander und unabhängig voneinander die Möglichkeiten zur obligatorischen Einräumung von Rechten zur Benutzung von Urheberrechten (Lizenzierung) und zur dinglich wirkenden Übertragung von Urheberrechten. 20

Unter einem *Lizenzvertrag* räumt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer das Recht zur Benutzung⁴⁶ eines gesetzlich oder faktisch geschützten Immaterialguts oder eines Schutzrechts für bestimmte oder unbestimmte Zeit ein, während der Lizenznehmer in der Regel als Gegenleistung eine Vergütung (Lizenzgebühr) zu entrichten hat.⁴⁷ Im Rahmen eines *urheberrechtlichen Lizenzvertrages* wird dem Lizenznehmer das Recht zur Benutzung eines Urheber(teil)rechts eingeräumt. Unter einem Lizenzvertrag werden keine Urheberrechte veräussert und übertragen, sondern Nutzungsrechte mit schuldrechtlicher Wirkung eingeräumt.⁴⁸ Der Lizenzvertrag hat nach schweizerischem Verständnis ausschliesslich *schuldrechtlichen Charakter*.⁴⁹ 21

Unter einem *rechtsübertragenden Urheberrechtsvertrag* werden einzelne oder alle urheberrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte des Urhebers übertragen.⁵⁰ Es kommt damit zu einem Wechsel in der Rechtsinhaberschaft an den betroffenen Urheber(teil)rechten. Die Rechtsübertragung hat *dingliche Wirkung* und lässt solche Urheberrechtsverträge als Veräusserungsgeschäfte erscheinen. 22

Lizenzverträge sind immer *Dauerschuldverhältnisse*.⁵¹ Als solche sind sie dadurch gekennzeichnet, dass sie durch ihr Dasein in der Zeit laufende und/oder wiederkehrende Verpflichtungen der Parteien begründen und dass sie nicht infolge Erfüllung einfacher Verbindlichkeiten (Austausch einer oder mehrerer Leistungen) erlöschen, sondern durch Zeitablauf, Ausübung eines Gestaltungsrechts oder aufgrund des Eintritts einer Bedingung. Dauerschuldverhältnisse implizieren inhärente Pflichten, namentlich gewisse Treupflichten und das unabdingbare Recht zur Auflösung aus wichtigem Grund. 23

46 Vgl. zu den einzelnen Berechtigungen, welche unter einem Lizenzvertrag eingeräumt werden bzw. werden können etwa HILTY, Lizenzvertragsrecht, 237 ff. sowie Art. 10 Abs. 2 URG zu einzelnen urheberrechtlichen Berechtigungen.

47 Vgl. die Umschreibungen von PEDRAZZINI MARIO M., Versuch einer Nominalisierung des Lizenzvertrages, in: Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (Hrsg.), Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, 414, sowie von BÜREN, Lizenzvertrag, 293 ff.

48 STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 21 ff., mit Verweis in Fn. 80 auf HILTY, in: Loewenheim, Handbuch, § 52 Rz. 91 und 94; von BÜREN, Lizenzvertrag, 310 f.

49 BARRELET/EGLOFF, Art. 16 URG N 2 ff., welche zu Recht auch darauf hinweisen, dass die Trennung zwischen Abtretung und obligatorischer Lizenz nur in der Theorie klar ist; von BÜREN, Lizenzvertrag, 308 ff.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 122 ff., mit einer umfassenden Übersicht über die Rechtsprechung und Lehre; vgl. auch STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 17 ff.

50 Vgl. dazu STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 17 ff. sowie zur Abgrenzung ebenda, 23 ff.

51 von BÜREN, Lizenzvertrag, 302; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 6; STIEGER WERNER, Zur Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht, sic! 1999 3 ff., 4.

- 24 Das charakteristische Element der Rechtsübertragung qualifiziert den rechtsübertragenden Urheberrechtsvertrag primär als Austauschvertrag. In der Praxis werden mit einem solchen Vertrag aber häufig weitere Rechte und Pflichten der Parteien begründet, welche Dauerschuldenelemente aufweisen und den Vertrag in seiner überwiegenden Gesamtheit oder mindestens unter bestimmten Aspekten als Dauerschuldverhältnis erscheinen lassen können.⁵²
- 25 Für den Verlagsvertrag geht das Gesetz davon aus, dass regelmässig eine implizite, aber zeitlich befristete Übertragung von Urheberrechten erfolgt.⁵³ Die Übertragung von Urheberrechten ist aber (entgegen dem gesetzlichen Typus und wohl auch der Vertragsrealität) für Verlagsverträge keineswegs begriffsnotwendig oder erforderlich. Werke können nämlich ebenso unter Lizenzverträgen verlegt werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetz, welches für den Verlagsvertrag von einem eigentlichen «Hybrid» ausgeht, nämlich der zeitlich befristeten Übertragung von «erforderlichen» Urheber(reil-)rechten, und nicht etwa von einer typenkonsequenten unbedingten und unbefristeten Vollübertragung (vgl. Art. 381 Abs. 1 OR).
- 26 Die Frage, ob eine Lizenzierung oder eine Übertragung zu Vollrecht erfolgen soll, ist in jedem Einzelfall zu prüfen und führt in der Praxis regelmässig zu Diskussionen und zu Kontroversen. Die Problematik bei der Interessenabwägung besteht darin, dass die unterschiedlichen Positionen der Parteien nicht – jedenfalls nicht *prima vista* – ausgleichend oder gleichzeitig berücksichtigt werden können. Das Interesse des Autors dürfte regelmässig dahin gehen, dass keine Vollrechtsübertragung erfolgen soll, während umgekehrt Verleger oder andere Urheberrechtsverwerter meistens auf eine Vollrechtsübertragung tendieren. Die Positionen der Beteiligten sind damit diametral entgegengesetzt, aber jede für sich betrachtet plausibel. Für jeden der Beteiligten ist die Rechtsinhaberschaft als absolute und damit stärkere Position erstrebenswert. Eine absolute Rechtsposition erweist sich in der Tat regelmässig und insbesondere auch in Zweifelsfällen vorteilhafter als eine bloss relative Nutzungsberechtigung bzw. Lizenz.
- 27 Allzu oft entscheidet sich die Frage, ob bloss eine Lizenzierung oder eine Rechtsübertragung erfolgen soll allein aufgrund des wirtschaftlichen Kräftespiels und die wirtschaftliche stärkere Partei vermag sich in der Regel durchzusetzen.
- 28 Verkannt wird dabei häufig, dass sehr wohl vermittelnde Lösungen gefunden werden können. Bei entsprechender sorgfältiger vertraglicher Gestaltung können nämlich die Interessen und Positionen der Parteien unter beiden Varianten, d.h. der Rechtsübertragung oder der Rechtseinräumung, weitgehend äquivalent berücksichtigt werden:
– So kann etwa die Rechtsübertragung ohne Weiteres bedingt und befristet werden. Im Weiteren können die vertraglichen Anforderungen an die Rechtsausübung, Ausmass und Umfang der Rechte wie auch Kontrollmechanismen verbindlich vereinbart wer-

52 Vgl. auch STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 25 ff., unter Verweis in Fn. 91 auf STAUB ROGER, Leistungsstörungen bei Urheberrechtsverträgen, Bern 2000, 47.

53 Art. 381 Abs. 1 OR.

den. Umgekehrt können die Befugnisse des Lizenznehmers auch so weitgehend ausgestaltet werden, dass die Lizenz im Ergebnis einer Rechtsübertragung nahe kommt.

– Die besondere Eigenart der Urheberrechte eröffnet sodann Gestaltungsmöglichkeiten, welche bei anderen absoluten Rechten nicht gegeben sind: Urheberrechte können nämlich «gespiegelt» (bzw. untechnisch gar multipliziert) werden, indem jeder Partei die gleichen ausschliesslichen Rechte bzw. Teilrechte gewährt werden. Bei einer solchen «Spiegelung» entfällt einzig die Exklusivität und Alleininhaberschaft. Jede Partei verfügt als Rechtsinhaber über die gleichen ausschliesslichen Rechte. Die Ausübung dieser Rechte durch den einzelnen Inhaber kann alsdann vertraglich geregelt bzw. beschränkt werden.

Der Unterschied zwischen Rechtsübertragung und blosser Rechtseinräumung wird dann offenkundig, wenn vertragliche Vereinbarungen fehlen. Der Autor kann insbesondere seine ideellen Interessen unter einem Lizenzvertrag regelmässig besser durchsetzen als beim rechtsübertragenden Urheberrechtsvertrag. Hier kann sich der Autor nur noch auf die aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht fliessenden unveräusserlichen Rechte abstützen. Zudem wird die Kontrolle über die Verwertung für den Autor schwieriger, wenn eine Rechtsübertragung und nicht eine blosser Rechtseinräumung erfolgte. Schliesslich können dem Autor unter einem Dauerschuldverhältnis (Lizenzeinräumung) verschiedene Einsichts-, Weisungs- und Kontrollrechte zustehen, welche er im Falle einer Rechtsübertragung kaum geltend machen könnte.⁵⁴

Unterschiede und damit Regelungsbedarf im Falle der Vollrechtsübertragung ergeben sich dabei namentlich in Bezug auf die Pflichten des Rechtsinhabers: Ausübungs- und Interessenwahrungspflichten, Pflichten zur Rechenschaftsablage und zur Befolgung von Weisungen, Abrechnungspflichten sowie Pflichten zur Gewährung von Einsicht. Regelungsbedarf besteht auch mit Bezug auf die Rechtsfolgen späterer Ereignisse (wie etwa Übernahme, Konkurs und dgl.).

IV. Internationale Verhältnisse

Die obigen Ausführungen geben eine lokal beschränkte Schweizer Sicht wieder. Damit sind sie per se begrenzt und unvollständig.

Gerade im Zusammenhang mit Urheberrechtsverträgen, seien dies Lizenzen oder Rechtsübertragungen, wird das internationale Element allzu oft verkannt und zu wenig berücksichtigt: In der Realität werden in ein und demselben Vertrag häufig Rechtseinräumungen wie auch -übertragungen für verschiedenste Länder, wenn nicht gar weltweit, vorgenommen. Urheberrechte sind aber per definitionem territorial beschränkt. Ob Urheberrechte überhaupt bestehen, ob und welche Rechte daran eingeräumt und

⁵⁴ STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 55.

insbesondere, ob Urheberrechte überhaupt übertragen werden können, bestimmt sich von Land zu Land und nach der jeweils anwendbaren Rechtsordnung. Mit Bezug auf die Wahl des auf den Vertrag anwendbaren Rechts mag zwar Vertragsfreiheit bestehen (vgl. Art. 122 IPRG). Welche Wirkung eine Rechtsübertragung oder eine Rechteeinräumung im Einzelfall hat, bestimmt sich dessen ungeachtet nicht einheitlich, sondern von Land zu Land unterschiedlich und nach eigenen urheberrechtlichen Regelungen. Sowohl mit Bezug auf die Rechtsübertragung (soweit überhaupt zulässig) als auch mit Bezug auf die Lizenzierung können nationale Bestimmungen besondere Erfordernisse oder Modalitäten vorschreiben, die den von den Parteien gewünschten Vertragsinhalt massgeblich beeinflussen können.

§ 3 Der literarische Stoff als Spielball der unterschiedlichen Interessen

- 33 Am Werk bzw. am literarischen Stoff haben die Beteiligten unterschiedliche Interessen. Diese können über gewisse Strecken parallel sein, tendieren aber in der Regel in unterschiedliche Richtungen. Der geringste gemeinsame Nenner besteht darin, dass das Interesse aller auch einen kommerziellen Aspekt hat. Darin erschöpft sich aber bereits die Gemeinsamkeit der Interessen der Beteiligten.

I. Die Interessen des Autors

1. Vermögensrechtliche Interessen

- 34 Neben dem ideell begründeten Interesse an der Verbreitung des Werkes hat der Autor auch ein ausgeprägtes vermögensrechtliches Interesse an dessen kommerzieller Auswertung. Im Extremfall geht das vermögensrechtliche Interesse des Autors dahin, dass die Auswertung des Werkes seine wirtschaftliche Existenz sichern soll.

2. Urheberpersönlichkeitsrechte

- 35 Nach der vorherrschenden Theorie sind die Urheberpersönlichkeitsrechte die Domäne des Autors. Der Urheber hat zunächst ein Interesse daran, mit seinem Namen oder

Künstlernamen als Autor des Werkes genannt zu werden.⁵⁵ Das *Recht auf Namensnennung* besteht auch dann, wenn der Urheber über die vermögensrechtlichen Befugnisse verfügt und diese auf einen anderen übertragen hat und somit nicht mehr Rechtsinhaber ist. Neben dem Recht auf Namensnennung hat der Autor auch ein Interesse zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk erstmals veröffentlicht und wie es verwertet werden soll.⁵⁶ Zu den Urheberpersönlichkeitsrechten zählt insbesondere das Recht auf Werkintegrität, welches dem Urheber das Recht gibt zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert, zur Schaffung eines Werkes zweiter Hand verwendet oder in ein Sammelwerk aufgenommen werden darf.⁵⁷ Selbst wenn ein Dritter zur Bearbeitung oder zur Benutzung des Werkes für die Schaffung eines Werkes zweiter Hand berechtigt ist, genießt der Dritte nicht uneingeschränkte Freiheit. Der Urheber kann sich jeder Entstellung des Werkes widersetzen, die ihn in der Persönlichkeit verletzt.⁵⁸ Die Bearbeitung eines bestehenden Werkes kann im Einzelfall zu heiklen und rechtlich nicht justiziablen Fragen führen. Es existieren keine bestimmten objektiven Kriterien, welche es im Einzelfall erlauben zu beurteilen, ob eine Werkverwendung zu einer Entstellung des Werkes führt. Die Versuche, objektiv überprüfbare Kriterien zu bestimmen, scheinen schon ab initio zum Scheitern verurteilt, weil die Frage der Entstellung aus der subjektiven Sicht des Autors zu beurteilen und somit einer objektiven Überprüfung nicht zugänglich ist. Klare und konturierte Antworten auf die Frage nach einer allfälligen Entstellung eines Werkes, welche über allgemein abstrakte Formulierungen hinausgehen, gibt es daher nicht.

Die Möglichkeit eines Rückrufes abgetretener Urheberrechte wegen gewandelter Überzeugung ähnlich wie in Deutschland⁵⁹ ist dem schweizerischen Recht unbekannt.⁶⁰ Die praktische Bedeutung dieses Rechtsbehelfes scheint auch in Deutschland eher gering zu sein.⁶¹ 36

II. Die Interessen des Verlegers

Für den professionell agierenden Verleger ist die kommerzielle Auswertung eines einzelnen Werkes als Teil des gesamten Verlagsprogramms kommerziell wichtig, aber kaum von existenzieller Bedeutung. Im Verhältnis zu einem einzelnen Werk besteht das kommerzielle Interesse des Verlegers darin, dass er aus der Verwertung dieses Wer- 37

55 Art. 9 Abs. 1 URG.

56 Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 URG.

57 Art. 11 Abs. 1 lit. a und lit. b URG.

58 Art. 11 Abs. 2 URG.

59 Art. 49 UrhG.

60 BARRELET/EGLOFF, Art. 16 URG N 17.

61 DIETZ, *in*: Loewenheim, Handbuch, § 16 Rz. 15.

kes zunächst seine Investitionen decken und auch einen Ertrag erwirtschaften will. Im Verhältnis zur Verlagstätigkeit als Ganzes hat der Verleger ein unternehmerisches Interesse an der kommerziellen Verwertung jedes einzelnen Werkes, weil letztlich daraus der *Unternehmenserfolg* resultiert. Es ist aber eine Erfahrungstatsache, dass innerhalb eines Verlagsprogramms nicht alle Titel kommerziell erfolgreich sind und sich auch nicht gleich gut rechnen. Ertragsschwache Titel werden häufig durch erfolgreiche Titel wie Bestseller und Longseller «quersubventioniert». Trotz Mischkalkulation hat jedoch der Verleger als Unternehmer grundsätzlich ein substantielles wirtschaftliches Interesse an der Verwertung eines einzelnen Werkes. Im Gegensatz zum Autor ist aber der Verleger im Einzelfall eher bereit, ein unternehmerisches Risiko einzugehen.

38 Beim Verleger stehen eindeutig die kommerziellen Interessen im Vordergrund. Ideale Interessen wie etwa das Reputationsinteresse scheinen heute eher zweitrangig. Mit dem Aufkommen von Grossverlagen kann man in der Verlagsbranche eine Entwicklung beobachten, welche tendenziell darauf hindeutet, dass die Aktivitäten der Verleger massgeblich durch kommerzielle Überlegungen gesteuert werden. Früher wurden die Verlagshäuser, auch Grossverlage, von Verlegerpersönlichkeiten geführt, welche durch ihre charismatische Ausstrahlung und durch gut vernetzte persönliche Beziehungen feste Grössen im Kultur- und Literaturbetrieb waren. Solche Verlegerpersönlichkeiten⁶² haben nicht nur das Verlagsprogramm «ihres» Verlages geprägt, sondern darüber hinaus aktiv in das Kulturgesehen eingegriffen und dadurch die Literaturlandschaft in einem Sprachraum wesentlich beeinflusst. In der Verlagslandschaft trifft man heute neben Verlegern mit grossem editorischen Geschick und ausgesuchtem und sorgfältig gepflegten Verlagsprogramm mehr und mehr auch Grossverlage an, deren oberstes Leitprinzip die Gewinnmaximierung ist.⁶³

39 Die Verlagshäuser spüren auch die tief greifenden Entwicklungen auf dem Buchmarkt. Der hart umkämpfte Buchmarkt und der Konkurrenzdruck durch das Aufkommen des Internetbuchhandels stellen auch die Verlagshäuser vor neue Herausforderungen. Eine davon könnte darin bestehen, dass die Pflege des Sortimentshandels wahrscheinlich erhöhte Aufmerksamkeit verlangt. Überdies könnte in der Schweiz der Wegfall der Buchpreisbindung mittel- bis langfristig auch indirekt auf die Preisgestaltung bzw. auf die Marge der Verlage drücken. Gewisse Beobachter prognostizieren mitunter auch eine Erschwerung der Mischkalkulation.⁶⁴

62 Johann Friedrich Cotta, Samuel Fischer, Ernst Rowohlt, Leopold Ullstein, Siegfried Unseld, Kurt Wolff; vgl. WOLFF KURT, *Autoren – Bücher – Abenteuer*, Wagenbach 2004.

63 Vgl. zu diesem Thema das Werk von SCHIFFRIN ANDRE, *Über die Zukunft der Bücher*, Wagenbach 2000.

64 NEIGER /TRAPPEL, 147.

III. Das Spannungsfeld zwischen den Interessen des Autors und des Verlegers

Sowohl der Autor als auch der Verleger haben ein Partizipationsinteresse an der kommerziellen Auswertung des Werkes. Daraus könnte man allgemein folgern, dass sie gleiche oder zumindest parallele Interessen haben. Dies trifft in aller Regel auch zu. In der Realität zeigt sich indessen, dass im Einzelfall trotz scheinbarem Interessengleichlauf die Interessen von Autor und Verleger auseinanderklaffen können. Als erstes kann die Höhe des Honorars⁶⁵ Grund unterschiedlicher Auffassungen sein. Divergieren können dabei etwa die Vorstellungen von Autor und Verleger über die Höhe der Tantieme. Während der Verleger eher dazu tendiert, den Rahmen üblicher Tantiemen (bis zu 10% des Ladenpreises) nicht voll auszuschöpfen, strebt der Autor für sich einen Maximalertrag an. Das Interesse des Autors an einem Maximalertrag und damit an einer möglichst hohen Partizipation an der Auswertung des Werkes kann sich auch in einer unterschiedlichen Vorstellung über den Verkaufspreis manifestieren. Damit diese nicht zu Diskussionen über die Preisfestsetzung führen, wird in der Praxis regelmässig vereinbart – oder jedenfalls von Verlegerseite durchgesetzt –, dass die Preisfestsetzung allein Sache des Verlegers ist.⁶⁶ Fehlt eine vertragliche Regelung über die Preisfestsetzung, greift die dispositive Bestimmung von Art. 384 Abs. 2 OR, wonach die Preisbestimmung vom Ermessen des Verlegers abhängt, welcher jedoch «nicht durch übermässige Preisforderung den Absatz erschweren» darf.

Grund für Konfliktstoff können aber auch Art und Umfang der Anstrengungen des Verlegers für Werbung und Absatz des Werkes bilden; nicht selten haben Autor und Verleger auch hier unterschiedliche Wahrnehmungen und Vorstellungen. In der Realität wird sich auch hier der Autor dem Willen des Verlegers unterordnen und diesem überlassen, Art und Umfang der Werbung und der Distributionskanäle festzulegen.

Der Wegfall der Buchpreisbindung in der Schweiz könnte indirekt diesen latenten Interessenskonflikt verschärfen, dann nämlich, wenn die Verleger als Folge der Rabattpraxis der Buchhändler «über die Bücher gehen» und ihre Preise oder die Beteiligung des Autors senken wollen. Gewisse Buchhändler haben bereits die Preise auf Bestseller «dauerhaft» reduziert.⁶⁷ Es wird daher erwartet, dass der Systemwechsel vom festen

65 Das Autorenhonorar wird in Prozenten des Verkaufspreises (d.h. des Ladenpreises) berechnet und kann bis maximal 10% des Verkaufspreises betragen. Der Autorenanteil oder die Tantieme ist nach Massgabe der verkauften Exemplare eines Werkes geschuldet. Über die Tantieme rechnet der Verleger periodisch ab, im Bereich der Belletristik je nach Verlagspraxis zwei- bis viermal jährlich.

66 Ohne diese vertragliche Ermächtigung zur einseitigen Festlegung der Preise können die Verleger bzw. Buchhändler auch keine Rabatte gewähren. Die vertragliche Ermächtigung zur einseitigen Bestimmung des Verkaufspreises durch den Verleger wird vor dem Hintergrund des Wegfalls der Preisbindung im schweizerischen Buchhandel an Brisanz gewinnen.

67 Siehe die Rabatte von ex libris unter <www.exlibris.ch> «30% Rabatt auf Ex-Libris Buch-Bestseller», «15% Rabatt auf ganzes Buch-Sortiment».

Ladenpreis zum empfohlenen Verkaufspreis für die grosse Mehrzahl der Autorinnen und Autoren eine Schlechterstellung bringen wird.⁶⁸ Ein mögliches Szenario besteht darin, dass die Verlage über kurz oder lang dazu übergehen werden, die Autoren an den Nettoerlösen des Werkes und damit stärker am Risiko zu beteiligen.⁶⁹

IV. Die Interessen der weiteren Protagonisten

1. Die Interessen der Interpreten

- 43 Die Interpreten haben in erster Linie ein Partizipationsinteresse an der kommerziellen Auswertung ihrer Darbietungen. In zweiter Priorität kommen auch ideelle Interessen hinzu. Obschon die ausübenden Künstler ausschliesslich vermögensrechtliche Befugnisse haben, hat die Vorschrift von Art. 34 Abs. 2 URG, welche im Falle einer Chor-, Orchester- oder Bühnenaufführung für die Verwendung der Darbietung die *Zustimmung der ausübenden Künstler* voraussetzt, auch eine *persönlichkeitsrechtliche Komponente*. Dass das Zustimmungserfordernis von Art. 34 Abs. 2 URG für Zündstoff sorgen kann, lässt sich unschwer aus dem Katalog der anzufragenden Personen erahnen. Die Interessen der «mitwirkenden Künstlergruppe» im Sinne von Art. 34 Abs. 2 lit. d URG sind mit den Interessen der anderen in Art. 34 Abs. 2 URG genannten Personen nicht immer synchron und können im Einzelfall mit den Interessen von Solisten, Dirigenten, Regisseuren und nicht zuletzt auch mit den Interessen von Produktionsgesellschaften und von Verwertern kollidieren.

2. Die Interessen der Nutzer⁷⁰

- 44 Die Interessen der Nutzer lassen sich nicht alle auf den gleichen Nenner bringen, weil es unterschiedliche «Kategorien» von Nutzern gibt. Neben den Nutzern im Sinne von (reinen) Konsumenten von urheberrechtlich geschützten Leistungen gibt es auch die Kategorie von Nutzern, die ihrerseits Werkvermittler, kommerzielle Verwerter oder wiederum Rechtsinhaber von Urheberrechten oder Leistungsschutzrechten sind.⁷¹
- 45 Die Interessen der Konsumenten lassen sich kurz und bündig auf einen Nenner bringen. Sie haben ein Interesse an einem ungehinderten Zugang zum Werk (Werkgenuss).

68 NEIGER /TRAPPEL, 150.

69 *Ibid.*

70 Zum Begriff «Nutzer» ist die folgende Klarstellung notwendig: Im herkömmlichen Sinn bezeichnet man mit Nutzer nicht nur private Nutzer (= Konsumenten), sondern auch kommerzielle Verwerter wie Unternehmen der Ton-, Bild- und Ton-/Bildträgerindustrie, Fernsehanstalten usw.

71 Dazu zählen Unternehmen der Ton-, Bild- und Ton-/Bildträgerindustrie, Fernsehanstalten (SRG), die Pharmaindustrie, Banken, die Universitäten, Theater, Konzertveranstalter usw.

Dies bedeutet zweierlei: einerseits, dass das Werk frei zugänglich (insbesondere frei von technischen Kopiersperren wie DRM) und dass der Werkgenuss unentgeltlich, also nicht vergütungspflichtig ist. Man kann daher feststellen, dass die Konsumenten am ungehinderten privaten Gebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG interessiert sind.⁷² In der Wahrung und in der Vertretung der Konsumenteninteressen hat sich in der Schweiz in der letzten Dekade ein grundlegender Wandel vollzogen. Fürsprecher der *privaten* Nutzer, nämlich der Konsumenten sind nicht mehr die grossen Verbände wie DUN oder «economiesuisse», sondern die Konsumentenschutzorganisationen. Diese haben sich in der abgeschlossenen URG-Revision neben den anderen Interessenvertretern gleichsam als «vierte Kraft»⁷³ etabliert und die Interessen der Konsumenten von urheberrechtlich geschützten Leistungen effizient und effektiv durchsetzen können. Konsumentenschutzpolitisch begründet ist etwa die Ausnahmebestimmung von Art. 39a Abs. 4 URG. Die Tatsache, dass in der URG-Revision im Reprographiebereich die sog. Geräteabgabe erneut «auf der Strecke» blieb, ist auch auf den Druck der Konsumentenschutzorganisationen zurück zu führen. Diese befürchteten nämlich, dass die Geräteabgabe zu einer «Doppelbelastung» der Konsumenten führen könnte.

Demgegenüber sind die Interessen der übrigen Nutzerkategorien nicht primär auf unentgeltlichen Werkgenuss gerichtet. Vielmehr zielen die Interessen dieser Nutzer in Richtung einer bewilligungsfreien Nutzung von Werken gegen «angemessene Vergütung». Das System einer «angemessenen Vergütung» wird ihrer Interessenlage deshalb besser gerecht, weil diese Nutzerkategorien ihrerseits als «Urheber» von rechtlich geschützten Leistungen an der Verwertung mit einer angemessenen Vergütung partizipieren. Ihr Interesse zielt vor allem dahin, Werke *ohne Einwilligung der Rechtsinhaber* nutzen zu können. Aus diesem Grund sind sie nicht an individueller Verwertung, sondern an der *Kollektivverwertung* interessiert. Neben der administrativen Vereinfachung bei der Geltendmachung und der Abgeltung der Rechte hat die Kollektivverwertung im Vergleich zur Einzelverwertung den Vorzug, dass sie zu festen Preisen, gestützt auf sog. Tarife besorgt wird. Diese Tarife werden wiederum von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten geprüft und genehmigt und sind für die Gerichte verbindlich.⁷⁴

Im Weiteren ist eine Entwicklung zu beobachten, welche eine Trendumkehr einläuten könnte. Unterstützt wird diese Entwicklung durch den rasanten technischen Fortschritt und eine geänderte Einstellung zum Kulturgut. Dies kommt auch einer immer bestimmter formulierten Forderung nach freiem Zugang zu geschützten Inhalten zum Ausdruck. Die Forderung nach freiem ungehindertem Zugang zu den Kulturgütern einerseits und

72 In der URG-Revision wurde zu Unrecht immer wieder das „Recht auf Privatgebrauch“ heraufbeschworen. Art. 19 Abs. 1 lit. a URG verleiht dem Einzelnen nicht ein (rechtlich durchsetzbares) Recht, sondern ist bloss eine reflexartig durch die Ausnahme vom Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers verliehene Position.

73 Neben den Rechtsinhabern, Inhabern von Leistungsschutzrechten und den Verwertern.

74 Vgl. Art. 55–60 URG.

der gleichzeitig von Anbietern von frei zugänglichen Werken ausgeübte faktische Druck andererseits durchdringen alle Kulturbereiche und sind wohl kaum mehr aufzuhalten. Das Beispiel in der Musikindustrie, insbesondere die massiven Verkaufseinbrüche bei den Tonträgern haben erbarmungslos gezeigt, dass technische Schutzmassnahmen wie digital rights management (DRM) nicht die erhoffte Wirkung zeitigt, sondern wahrscheinlich die Verkaufseinbrüche sogar beschleunigt oder zumindest «unterstützt» haben. Die Grossen (die vier Major-Labels⁷⁵) haben rechtzeitig die Zeichen der Zeit erkannt und bieten nun auch Musik zum downloading über das Internet an. Fraglich ist, ob die kleinen und die «independents» den Kampf überleben werden. Die Forderungen der «open source»-community in der Softwareindustrie, Modelle wie «Creative Commons»⁷⁶ licence, der Ruf nach freiem Musik-download, und all dies in Kombination mit der zunehmenden Vernetzung und Technologisierung, zwingen die Verwerter, über neue Geschäftsmodelle nachzudenken und solche zu entwickeln. Die Geschäftsmodelle der Zukunft bauen nicht auf Verboten oder auf Massnahmen zum Kopierschutz auf, sondern auf das zur Verfügungstellen von Inhalten oder Teilinhalten (vor allem über Internet), wie in der Geschäftsidee der «Creative Commons» license.⁷⁷

48 Diese Entwicklung beeinflusst auch die Verlagsbranche, weniger im Bereich der Belletristik, dafür umso intensiver im Bereich der wissenschaftlichen und der Zeitungsverlage. Für die wissenschaftlichen und Zeitungsverlage ist der Online-Markt von grosser wirtschaftlicher Bedeutung. Dass der Bereich der Belletristik von dieser Entwicklung nicht so stark berührt wird, ist mit der Einstellung der Leser gegenüber dem «Kulturgut Buch» und dem Leseverhalten im Allgemeinen verbunden. Bücher sind handlich und praktisch. Sie können überall gelesen, mitgenommen und ausgetauscht werden. Sie vermitteln Inhalte, die intellektuellen Bedürfnissen dienen. Bücher wecken und befriedigen aber auch emotionale Bedürfnisse, die das Online-Buch nicht befriedigen kann. Deshalb darf man optimistisch annehmen, dass das «Kulturgut Buch» innerhalb der Kulturlandschaft seinen Platz behalten wird, auch wenn es seinen Rang einbüßen wird. Dies dürfte wohl selbst dann gelten, wenn angekündigte neue Formen von «e-books» und «e-books-devices» auf den Markt kommen.

75 EMI, Sony BMG, Vivendi Universal, Warner Music; vgl. die Meldung in der NZZ am Sonntag vom 6. Januar 2008, 24, wonach die Musikverlage Sony BMG und Warner Music wie bereits EMI und Vivendi Universal die Aufhebung des Kopierschutzes auf digitalen Tonträgern ankündigen.

76 <www.creativecommons.ch>; MANTZ RETO, Creative Commons-Lizenzen im Spiegel internationaler Gerichtsverfahren, GRUR 2008 Int. 20 ff.; JAEGER TILL/METZGER AXEL, Open Source Software – Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, München 2006.

77 Vgl. <www.creativecommons.ch>; SAHLFELD MIRIAM, Creative Commons, Medialex 2007 72 ff.

3. Die Interessen der Kunstschaffenden

Das Interesse der Kunstschaffenden am bestehenden Fundus von literarischem Stoff geht dahin, diesen möglichst ungehindert als Inspirationsquelle für ihr Schaffen nutzen zu können. Insofern scheinen sie gleiche Interessen wie die Konsumenten von urheberrechtlich geschützten Leistungen zu haben. Allerdings sind die Motive der Kunstschaffenden nicht die gleichen wie diejenigen der Konsumenten. Während sich das Interesse der Konsumenten im passiven Werkgenuss erschöpft, haben die Kunstschaffenden ein Interesse an der kreativen Verwertung von bestehendem literarischem Stoff zur Schaffung von neuer Kunst. Der literarische Stoff dient als Anregung, Inspirationsquelle, Herausforderung, Provokation oder Ansporn. Aus der künstlerischen und intellektuellen Auseinandersetzung mit bestehendem Stoff entsteht häufig ein neuer literarischer Stoff. 49

Neben dem Interesse an möglichst ungehindertem Zugang zu bestehendem literarischem Stoff haben die Kunstschaffenden auf der anderen Seite auch ein Interesse daran, dass ihr eigenes Kunstschaffen rechtlich selbständig geschützt wird und dass sie an der Verwertung ihrer Kunst partizipieren. 50

Neben der individuellen Ebene der Kunstschaffenden besteht auch auf der *Metaebene* ein Interesse der Allgemeinheit an der Förderung, Entwicklung und Weiterentwicklung von Kunst und Kultur. Es muss ein *kulturpolitisches Ziel des Rechtes* sein, einerseits die Entwicklung und Weiterentwicklung von Kunst zu gestatten und zu fördern und andererseits dem neuen Kunstschaffen Schutz zu verleihen. Diese unterschiedlichen Interessen angemessen zu berücksichtigen und miteinander in Einklang zu bringen, ist *die kulturpolitisch anspruchsvolle Aufgabe des Rechts*. 51

4. Konkretisierung weiterer Interessen am Beispiel des Übersetzers

a. Schutz der Übersetzung

Übersetzungen stellen Werke zweiter Hand dar und sind als solche selbständig geschützt (Art. 3 Abs. 2 und 3 URG). Die Entstehung eines Werks zweiter Hand setzt zunächst das Vorliegen eines urheberrechtlich geschützten Originalwerkes voraus. Ist das Original mangels Individualität nicht schutzbar, kann die Übersetzung nach Art. 2 URG (und nicht nach Art. 3 URG) als selbständiges Werk geschützt sein, wenn sie die Kriterien von Art. 2 URG erfüllt.⁷⁸ Um als Werk zweiter Hand geschützt zu sein, muss die Übersetzung Werkqualität haben, d.h. individuellen Charakter aufweisen.⁷⁹ Übersetzungen literarischer Sprachwerke sind in der Regel ohne Weiteres geschützt. Werden 52

78 Vgl. etwa VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2002, Rz. 246.

79 Vgl. VON BÜREN/MEER, 133; BARRELET/EGLOFF, Art. 3 URG N 6.

indessen banale Texte wie etwa Gebrauchsanweisungen rein handwerklich-sklavisch in eine andere Sprache übertragen und liegt die jeweilige Übersetzung auf der Hand, so dass mehrere Übersetzer zum gleichen Resultat gelangen würden, fehlt der Übersetzung in der Regel die Individualität.⁸⁰

53 Die urheberpersönlichkeits- sowie vermögensrechtlichen Interessen des Übersetzers am Schutz seines Werks sind daher an sich deckungsgleich mit den Interessen des Urhebers des ursprünglichen Werks. Auch die Interessen der Verleger, der Interpreten, der Kunstschaffenden und anderer Nutzer an der Vermarktung von und am Zugang zu Übersetzungen entsprechen dem bisher Ausgeführten.

b. Zugang zum ursprünglichen Werk und Verwertung der Übersetzung

54 Das Verhältnis zwischen dem Übersetzer und dem Urheber des Originalwerks einerseits sowie das Verhältnis zwischen dem Urheber des Originalwerks und dem Verleger betreffend die Verwertung der Übersetzung sind indessen komplexer. Nach Art. 11 Abs. 1 lit. b URG hat der Urheber des Originalwerks das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie aus seinem Werk ein Werk zweiter Hand geschaffen werden darf. Er kann nach Belieben entscheiden, ob er sein Werk übersetzen lassen will. Der urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch auf Werkintegrität erlaubt es dem Urheber des Originalwerks sich einer Übersetzung zu widersetzen, wenn sie das Originalwerk in einer Weise entstellt, die eine Persönlichkeitsverletzung bewirkt (Art. 11 Abs. 2 URG). Entsprechend kann der Urheber des Originalwerks auch die Verwertung der Übersetzung verhindern.

55 Allerdings wird sich der Urheber des Originalwerks in der Regel im Verlagsvertrag verpflichten, dem Verleger das Übersetzungsrecht vertraglich zu übertragen (vgl. Art. 387 OR).⁸¹ Der *Verleger* ist an einer möglichst umfassenden Verbreitung des Werks auch in anderen Sprachen, mithin an der Verwertung dieses Nebenrechts als eigenständiger Nutzungsform, interessiert.⁸² Selbst wenn dem Verleger das Übersetzungsrecht vertraglich übertragen worden ist, bleibt es für den beigezogenen Übersetzer ungewiss, ob sein Werk – die Übersetzung – auch tatsächlich verbreitet wird, weil sich der Urheber des Originalwerks einer entstellenden Übersetzung seines Werks widersetzen kann. Bei der Übersetzung von Sprachwerken ist es praktisch unmöglich vorauszusagen, warum der Autor eine Übersetzung subjektiv als Entstellung seines Werks empfindet. Weil die Individualität des Werks zweiter Hand die Individualität des Originals «überlagern»⁸³ muss, ist sogleich zu fragen, ob die Individualität der Übersetzung mit dem besonderen

80 VON BÜREN/MEER, 134.

81 Hierzu HOCHREUTENER, 58 f., und im arbeitsvertragsrechtlichen Kontext ALDER DANIEL, Urheberrecht und Arbeitsvertrag, in: Streuli-Youssef, 493 f.

82 HOCHREUTENER, 59.

83 VON BÜREN/MEER, 133.

Charakter des Originalwerks vereinbar ist. Urheberrechtlich nicht schützbar⁸⁴ ist der Stil des Urhebers des Originalwerks, weshalb sich dieser nicht unter Berufung auf Art. 11 Abs. 2 URG gegen die Übersetzung wehren kann, nur weil ihm deren Stil missfällt.

§ 4 Synthese: Suche nach Kriterien

Im Folgenden soll untersucht werden, ob es Kriterien gibt, welche bei divergierenden Interessen herangezogen werden können, um einen angemessenen Interessenausgleich und einzelfallgerechte Lösungen zu finden. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf die Erarbeitung von Kriterien, welche im Verhältnis zwischen Autor und den anderen am Kulturbetrieb Beteiligten herangezogen werden können. Im Verhältnis zwischen den weiteren Akteuren im Kulturbetrieb können durchaus andere Elemente oder Kriterien eine Rolle spielen. Es würde jedoch den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, auch noch diese Kriterien zu würdigen, weshalb sie vorliegend bewusst ausgeklammert werden. 56

I. Gleiche oder unterschiedliche Kriterien für die Verwertung der Haupt- und Nebenrechte?

1. Im Allgemeinen

Im Rahmen der Verwertung durch die Hauptrechte steht die *Wiedergabe und Bewahrung des Wortwerkes in seiner Urform*, kurz die *Werkintegrität* im Vordergrund. Anschauliches Beispiel dafür ist das Verlagsrecht im engeren Sinne. Das Verlagsrecht dient primär der Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes. Art. 384 Abs. 1 OR verpflichtet den Verleger, «das Werk ohne Kürzungen, ohne Zusätze und ohne Abänderungen in angemessener Ausstattung zu vervielfältigen, für gehörige Bekanntmachung zu sorgen und die üblichen Mittel für den Absatz zu verwenden». Im Bereich der Hauptrechte soll die Verwertung unter Bewahrung des Wortwerkes in seiner Urform erfolgen.⁸⁵ Die Respektierung der Werkintegrität ist hier imperativ. Änderungen, Bearbeitungen und 57

84 Vgl. etwa TROLLER, 394 und VON BÜREN/MEER, 69.

85 BSK OR I-HILTY, Art. 384 N 3.

Adaptationen des Werkes sind daher grundsätzlich ohne Einwilligung des Urhebers nach Art. 11 Abs. 1 lit. a URG nicht zulässig.

- 58 Auch im Bereich der Nebenrechte hat die Vervielfältigung und Verbreitung, d.h. die Wiedergabe des Wortwerkes, prioritäre Bedeutung. Dagegen tritt im Bereich der Nebenrechte die Bewahrung des Wortwerkes in seiner Urform und damit die Erhaltung der Werktreue etwas zurück. Mit dem Ausdruck Werktreue ist die vergleichende Betrachtung des Werkes des Autors und einer weiteren Nutzung, durch welche ein neues Werk entsteht, gemeint. Je weiter das Nebenrecht vom Hauptrecht entfernt ist, desto mehr verblasst die Bedeutung der Erhaltung der Werktreue. Während bei den *buchnahen* Nebenrechten die Werktreue zu respektieren ist,⁸⁶ verliert sie bei den *buchfernen* Nebenrechten, je weiter entfernt das Nebenrecht vom Hauptrecht ist, graduell an Bedeutung. Das liegt in der Natur der Sache. Durch die Umsetzung eines Wortwerkes in ein Theaterstück, in ein Hörspiel oder in ein Filmwerk wird das Wortwerk, der «Stoff», zwingend umgewandelt, bearbeitet und häufig auch in Raum und Zeit transponiert. Die Dramaturgie folgt auf der Bühne und im Filmwerk eigenen Gesetzmässigkeiten. Diese mögen auf der sprachlichen Ebene übereinstimmen, darüber hinaus bestehen erhebliche Unterschiede. Wenn die Leistungen von ausübenden Künstlern oder Schauspielern hinzukommen, kann als Ergebnis des Zusammenwirkens einer Vielzahl von Urhebern und Leistungsschutzberechtigten⁸⁷ ein Werk entstehen, das vom literarischen Stoff weit entfernt ist.

2. Insbesondere: Übersetzungen

- 59 Dagegen ist bei *Übersetzungen* unklar, wie weit die Werktreue erhalten werden muss bzw. kann: Die Übersetzung eines literarischen Werks formt das Originalwerk nicht nur in eine fremde Sprache um, sondern überträgt es oft auch in einen anderen Kulturkreis.⁸⁸ Je nach Eigenart bzw. kulturellem Hintergrund des ursprünglichen Werks sowie des Kulturkreises, in dem das übersetzte Werk verbreitet werden soll, muss der Originaltext mehr oder weniger intensiv angepasst werden. Es kann sein, dass bestimmte Zusammenhänge und Gedankengänge rein sprachlich in der übersetzten Sprache gar nicht wieder gegeben werden können, ohne dabei deutlich von der Vorlage abzuweichen. Mitunter kann aber umgekehrt die Individualität des Originals⁸⁹ dem Übersetzer schlichtweg verbieten, das gedankliche und kulturelle Universum des Schriftstellers auch nur minimal anzupassen. Das könnte bedeuten, dass die wortgetreue Übersetzung

86 Man denke etwa an den Abdruck in einem Sammelwerk oder an den Druck als Taschenbuchausgabe.

87 Drehbuchautor, Autor des Skripts oder des Filmtreatments, Regisseur, Schauspieler, Bühnenbildner, Kamera, Cutter usw.

88 HOCHREUTENER, 58.

89 Man denke an die besondere Sprache von Autoren wie Werner Schwab oder Michel Houellebecq.

für den Leser in einem fremden Sprach- und Kulturkreis unverständlich wird, würden die soeben angesprochenen Besonderheiten des Originals in der Übersetzung *nicht* umschrieben oder erläutert.⁹⁰ Wann solche Anpassungen lediglich Stilfragen darstellen und wann eine notwendige, subjektiv für den Urheber des Originals allenfalls unerwünschte kreative Eigenleistung des Übersetzers die Werktreue verletzt, muss von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und Besonderheiten beurteilt werden. Neben subjektiven Kriterien hat man sich zu fragen, ob der neue Urheber sein Werk unter Respektierung des objektiven Gehaltes des übersetzten Werkes erarbeitet hat.

3. Befund

Je weiter das Nebenrecht vom Hauptrecht entfernt ist und je grösser der Abstand einer konkreten Verwertung zum Wortwerk wird, desto eher sind Einbussen an der Werktreue zu tolerieren und umgekehrt. Das kann im Extremfall für den Autor heissen, dass er sich durch eine Nebenrechtsverwertung in seinen Urheberpersönlichkeitsrechten berührt oder sogar beeinträchtigt fühlt, ohne sich dagegen wehren zu können. Wo die Grenzen des Zulässigen liegen, ist im Einzelfall schwierig zu definieren. In diesem Kontext stellt sich insbesondere die Frage, ob die Nähe bzw. die Ferne zum Hauptrecht im Einzelfall ein Kriterium bei der Prüfung einer Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzung bildet. Es spricht nichts dagegen, bei der Prüfung der Frage nach einer allfälligen Urheberrechtsverletzung die Nähe bzw. Ferne zum Hauptrecht im Sinne der genannten Wechselwirkung heranzuziehen.

Allerdings kann die Nähe oder Ferne des Nebenrechtes für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Eingriffes in die Werktreue *nicht* entscheidend sein.⁹¹ Dieses Kriterium kann bloss eine bestehende Tendenz in der Beurteilung unterstützen und darf daher *neben* anderen Elementen durchaus berücksichtigt werden.

Je näher im konkreten Einzelfall das Nebenrecht beim Hauptrecht ist, desto eher ist an der Werktreue festzuhalten und umgekehrt.

Zwar kann sich der Autor «jeder Entstellung des Werks widersetzen, die ihn [...] in der Persönlichkeit verletzt» (Art. 11 Abs. 2 URG). Das Kriterium der Entstellung des Werks ist allerdings letztlich kaum justiziabel, weil die «Entstellung» nicht mit

90 Man denke nur etwa an das Werk von Andrea Camilleri, das die sizilianische Kultur sowohl im sprachlichen Stil als auch in der Dramaturgie detailliert und authentisch vermittelt. Der durchschnittliche fremdsprachige Leser, der weder mit der sizilianischen Kultur noch mit dem spezifischen Sprachstil Camilleris vertraut ist, ist ohne die Erläuterungen und Umschreibungen des Übersetzers nur mit Mühe in der Lage, die Geschichte in ihrer individuellen Besonderheit nachzuvollziehen.

91 In dem Sinne verstanden, dass die diesbezüglichen Tatsachen für den urteilenden Richter wesentlich wären und daher als Elemente des rechtserheblichen Sachverhalts die Beweis- bzw. letztlich die rechtliche Würdigung bestimmen würden.

objektiven Massstäben beurteilt werden kann. Was ein Autor als Bereicherung empfindet oder gar mit Stolz erfüllt, nämlich, dass sein Werk andere zu kreativen Leistungen zu inspirieren vermag, löst bei einem anderen Autor negative Gefühle wie der Verspottung, Verunglimpfung oder Besudelung aus. Die Wertung kann daher nicht losgelöst von der Person des Autors und damit von der *individuellen subjektiven Persönlichkeit des Autors* des konkreten Werkes vorgenommen werden.

- 63 Wie am Beispiel der Übersetzung illustriert, wird jeweils im Einzelfall zu prüfen sein, ob die kommerziellen Interessen des Verlegers z.B. an der *Verbreitung einer Übersetzung* schwerer wiegen als die subjektiven Einwände des Originalurhebers gegen ebendiese Übersetzung. Sollten dabei verschiedene Sprachwerke und Literatursparten – eventuell aus kulturpolitischen Gründen – unterschiedlich behandelt werden, bestünde allerdings die Gefahr, Kriterien wie die Ästhetik, den künstlerischen Wert und die Urheberindividualität, die für die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzwürdigkeit gerade irrelevant sein sollen, unter dem Titel der Werkintegrität zu reaktivieren.

4. Insbesondere: Die digitale Rechteverwaltung (DRM)

- 64 Probleme im Bereich der vermögensrechtlichen Interessen der Beteiligten birgt ausserdem die *digitale Rechteverwaltung (DRM)*, wenn Sprachwerke digital verbreitet werden: Sprachwerke können der interessierten Allgemeinheit als – derzeit beschränkt beliebte – «e-Books» oder vor allem im wissenschaftlichen Bereich als online-Publikationen zugänglich gemacht werden. Es kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass es sich empfindlich auf den Absatzerfolg eines Werkes auswirken kann, wenn Verleger oder Autor zu restriktive digitale Zugangsrechte verlangen, z.B. indem sie Speicherung oder Ausdruck des elektronischen Dokuments nicht oder nur zu höheren Nutzungsgebühren zulassen. Im Weiteren ist es eine Erfahrungstatsache, dass die Lektüre längerer und anspruchsvollerer Sprachwerke vom Bildschirm unbeliebt ist.
- 65 Weil die digitale Verwertung ein *buchnahes* Nebenrecht darstellt, ist die Werktreue entsprechend streng zu befolgen. Digitale Zugangs- und Nutzungssteuerungen bringen es allerdings mit sich, dass die Inhalte aufgrund technischer Fehler verstümmelt werden können, sei es beim initialen Zugang («download») zum Dokument, sei es (je nach Nutzungsberechtigung) bei der digitalen Vervielfältigung, beim analogen Ausdruck oder bei der blossen Anzeige des Dokuments am Bildschirm. Technisch bedingte Fehler können sich auf das Urheberpersönlichkeitsrecht des Autors auswirken (Werkintegrität). Sie können auch den wirtschaftlichen Erfolg des Autors und des Verlegers bei der digitalen Verbreitung des Werks schmälern und das Interesse der Allgemeinheit am «free flow of information» beeinträchtigen. Die Verbreitung des Werks in digitaler Form kann schliesslich auch dann beeinträchtigt oder gar verunmöglicht werden, wenn beispielsweise Entschlüsselungssoftware oder entsprechende Hardware derart weiterentwickelt werden, dass alte Verschlüsselungsprotokolle nicht mehr gelesen werden können. Ob und wie mit solchen

potentiellen Beeinträchtigungen des Urheberpersönlichkeitsrechts und der Vermögensrechte von Autor und Verleger umzugehen ist, ist derzeit noch ungeklärt.

DRM erscheinen zwar bei der digitalen Verbreitung von Sprachwerken weniger konfliktgeladen als in der Musikbranche. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass DRM-Systeme mit sachlich und zeitlich zu restriktiven Nutzungskontrollen die zulässigen Schrankennutzungen digital verbreiteter Sprachwerke, etwa das Erstellen persönlicher digitaler Kopien (Art. 19 URG), über Gebühr erschweren und zu rechtlich, wirtschaftlich und kulturpolitisch unerwünschten Mehrfachvergütungen führen können.⁹²

66

II. Das Kriterium der Zeitdauer

Mit diesem Kriterium wird auf der Zeitachse ein weiteres Element als Kriterium bestimmt. Unter dem Kriterium der «Zeitdauer» ist der massgebende Beurteilungsrahmen durch einen klar definierten Anfangs- und Endpunkt determiniert. Anfangspunkt ist die Entstehung bzw. die Veröffentlichung des Werkes, der Endpunkt wird durch die Dauer der Schutzfrist bestimmt. Nach schweizerischem Recht beträgt die Schutzfrist für Urheberrechte gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. b URG siebenzig Jahre über den Tod des Autors oder der Autorin hinaus. Daraus folgt, dass im Einzelfall ein Werk über ein Jahrhundert urheberrechtlich geschützt sein kann. Innerhalb des massgebenden Beurteilungsrahmens kann der Zeitpunkt des Todes des Autors als weiterer «Fixpunkt» berücksichtigt werden. Das soll nachfolgend näher erläutert werden.

67

Das Kriterium der Zeitdauer kann in Konstellationen relevant werden, bei welchen die Interessen des Autors gegenüber den Interessen der Allgemeinheit, der Verwerter und der Kunstschaffenden gegeneinander abzuwägen sind. Dabei scheint es vertretbar anzunehmen, dass mit fortschreitendem Zeitabstand zur Veröffentlichung des Werkes die ideellen Interessen des Autors an Bedeutung tendenziell einbüßen.

68

Mit dem Tod des Autors wird ein weiterer «Zeit-Punkt» erreicht, der für das Schicksal der ideellen Interessen des Autors relevant ist. Mit dem Tod des Autors hört das irdische Leben und damit die Persönlichkeit des Autors auf.⁹³ Damit wird faktisch die Bindung des Werkes an den Autor beendet. Aber auch in rechtlicher Hinsicht fällt die Befugnis (bzw. die Möglichkeit) des Autors dahin, die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse wahrzunehmen.

69

Der Schutz aus dem Urheberrecht gilt grundsätzlich über den Tod des Autors hinaus. In der Fortdauer des urheberrechtlichen Schutzes über den Tod des Autors hinaus kommt

70

92 Hierzu etwa PEUKERT ALEXANDER, DRM: Ende der kollektiven Vergütung?, sic! 2004 751 ff.

93 Dies ist auch der Grund, weshalb der Persönlichkeitsschutz des ZGB grundsätzlich mit dem Tod einer Person aufhört. Der postmortale Persönlichkeitsschutz ist der schweizerischen Rechtsordnung prinzipiell fremd, resp. spielt nur in sehr speziellen Zusammenhängen und engen Schranken eine Rolle (vgl. etwa BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 11 N 15, m.H.).

eine gesetzliche Wertung zum Ausdruck. Das Weiterbestehen des urheberrechtlichen Schutzes über den Tod des Autors kann nach zwei Richtungen interpretiert werden. Die Fortdauer des urheberrechtlichen Schutzes bedeutet einmal, dass der urheberrechtliche Schutz des Werkes *nicht* um der Persönlichkeit des Autors besteht (welche mit dem Tode des Autors endet), sondern vielmehr, dass das Werk ein vom Autor getrenntes Schicksal hat. Unter dem Konzept der Nichtübertragbarkeit und Unvererblichkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse des schweizerischen Rechts ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Urheberpersönlichkeitsrechte mit dem Tod des Urhebers im Vergleich zu den vermögensrechtlichen Befugnissen nicht mehr den gleichen Schutz geniessen sollen. Im Interesse einer Verwertung des Werkes und den Bedürfnissen des Kulturbetriebes lässt es sich daher im Einzelfall vertreten, nach dem Tod des Urhebers die berechtigten Interessen der Allgemeinheit, der Nutzer und der Kunstschaffenden höher zu gewichten als die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen des Autors. Hätte der Gesetzgeber die Urheberpersönlichkeitsrechte auch nach dem Tod des Urhebers gleichermassen schützen wollen, hätte er sich für ein anderes Konzept entschieden. Denkbar wäre etwa die Vererblichkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte oder zumindest die Übertragbarkeit der Ausübung der aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht fliessenden Rechte. Nachdem die Urheberpersönlichkeitsrechte um der Person des Urhebers willen bestehen, ist es folgerichtig, dass mit dem Tod des Urhebers diese Rechte mangels Rechtssubjekt untergehen bzw. nicht mehr ausgeübt werden können.

71 Innerhalb des relevanten Zeitraumes zwischen Entstehung bzw. Veröffentlichung des Werkes und dem Ende der Schutzdauer markiert der Tod des Autors einen wichtigen Einschnitt. Von diesem Zeitpunkt an führt das Werk fortan eine eigene rechtliche Existenz, welche nunmehr losgelöst vom Autor ist. Je weiter der Zeitpunkt des Todes des Autors zurückliegt, desto eher lässt es sich vertreten, die ideellen Interessen des Autors, insbesondere die Werktreue, vor den berechtigten Interessen der Allgemeinheit, der Nutzer und der Kulturschaffenden zurücktreten zu lassen.

72 Von allen identifizierten Kriterien ist dieses am stärksten zu gewichten. Für die stärkere Gewichtung dieses Kriteriums spricht die Tatsache, dass der Autor in der Zeit bis zu seinem Tod die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse ausüben, bewahren und hüten konnte. Mit dem Tod des Autors und damit einhergehend mit der «Verselbständigung» des Werkes von der Person des Autors ist es vertretbar anzunehmen, dass die vermögensrechtlichen Befugnisse stärker ins Gewicht fallen sollen.

III. Das Kriterium der Werkindividualität im Gegensatz zur Urheberindividualität

Das Bundesgericht hat sich unlängst mit dem Kriterium der Individualität des Werkes im Rahmen der Beurteilung der Werkqualität einer Fotografie befasst.⁹⁴ Das Bundesgericht erwog dabei, dass die bisherige Rechtsprechung, soweit sie auch nach dem Inkrafttreten des revidierten Urheberrechtsgesetzes die Begriffe der Originalität und Individualität synonym verwendet hatte, dahingehend präzisiert werden müsse, dass das Urheberrechtsgesetz gemäss der Legaldefinition den Schutz ausschliesslich vom individuellen Charakter des Werkes abhängig macht. Originalität im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Autor oder die Autorin ist nach dem revidierten Gesetz nicht erforderlich. «Massgebend ist die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität».⁹⁵ Das Bundesgericht erwähnte die Theorie der *statistischen Einmaligkeit* von Max Kummer,⁹⁶ ohne jedoch eindeutig zu erkennen zu geben, ob es sich dazu bekennt.⁹⁷ 73

Das Bundesgericht führte beispielhaft Möglichkeiten und fototechnische Mittel auf,⁹⁸ welche der Fotografie individuellen Charakter verleihen. Es präzisierte indessen, dass diese Aufzählung nicht abschliessend und auch nicht so zu verstehen ist, dass vor allem entscheidend ist, welche fototechnischen Mittel zur Gestaltung der Fotografie eingesetzt worden sind. «Massgebend ist vielmehr das erzielte Ergebnis, das für sich selbst der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein».⁹⁹ Für die Beurteilung der Werkqualität ist die Fotografie für sich allein, unabhängig von den Umständen ihrer Entstehung, zu beurteilen und somit auch unabhängig vom getätigten materiellen oder geistigen Aufwand zur Herstellung der Fotografie.¹⁰⁰ Urheberrechtlich schützbar ist die Fotografie, wenn sie 74

94 BGE 130 III 168/«Bob Marley» und BGE 130 III 714/«Wachmann Meili». Diese Entscheide haben eine intensive Debatte ausgelöst; vgl. im Sinne einer Auswahl MOSIMANN PETER/HERZOG PETER, Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk – Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003, «Bob Marley», sic! 2004 705 ff.; EGILOFF, Anmerkungen, 99 und 225; HUG GITTI, Bob Marley vs Christoph Meili: Ein Schnappschuss, sic! 2005 57 ff.; WILD GREGOR, Urheberrechtsschutz der Fotografie, sic! 2005 87 ff.; SCHÜTZ CHRISTOPH, Fotografie und Urheberrecht, sic! 2006 368 ff. und Medialex 2005 238 ff.

95 BGE 130 III 172, E. 4.4.

96 KUMMER, *passim*.

97 BGE 130 III 172, E. 4.4.

98 BGE 130 III 173, E. 4.5.: die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnittes und des Zeitpunkt des Auslösens, durch den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films, durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie durch die Bearbeitung des Negativs.

99 BGE 130 III 174, E. 5.1.

100 BGE 130 III 174, E. 5.1.; BGE 130 III 718, E. 2.2.

Ausdruck eines im Werk selbst erkennbaren menschlichen Gestaltungswillens und statistisch einmalig ist.¹⁰¹

- 75 Als Ergebnis der beiden Entscheidungen BGE 130 III 168 und 130 III 714 besteht nun Klarheit darüber, dass bei der Prüfung der Werkqualität nicht mehr auf das persönliche Gepräge des Autors abzustellen ist. Die Urheberindividualität, welche darin besteht, dass das Werk den Stempel einer originellen und von der Persönlichkeit des Autors geprägten schöpferischen Tätigkeit zu tragen hat bzw. dass im Werk die Handschrift des Autors im Werk erkennbar sein muss, wurde aufgegeben. Entscheidend ist die Werkindividualität. Diese muss im Werk selbst zum Ausdruck kommen.
- 76 Welches sind die Auswirkungen der Abkehr von der Urheberindividualität und der Hinwendung zur Werkindividualität? Die Tragweite der beiden Entscheidungen zur urheberrechtlichen Werkqualität der Fotografie für andere Werkkategorien lässt sich zum heutigen Zeitpunkt nur schwer abschätzen. Insbesondere ist es kaum möglich zu prognostizieren, ob generell von einem geänderten Verständnis der Werkindividualität auszugehen ist und, ob und wie dieses überhaupt auf andere Werkkategorien durchschlagen wird. Es ist unklar, ob die Entscheide über die konkreten Fälle hinaus von Bedeutung sind. Im heutigen Zeitpunkt scheint ihre Bedeutung jedenfalls auf die Werkkategorie der Fotografie beschränkt.
- 77 Auch wenn die Bedeutung der Entscheide des Bundesgerichtes über die konkret entschiedenen Fälle zweifelhaft erscheinen mag, schimmern in der Auseinandersetzung mit dem Kriterium der Werkindividualität im Sinne von Art. 2 URG immerhin doch auch gesetzliche Wertungen durch. Die Abkehr von der Urheberindividualität und das Bekenntnis zur Werkindividualität reflektieren die Tendenz, die Werkqualität eines Werkes aus sich heraus, d.h. auch losgelöst von der Person und der persönlichen Prägung des Autors, zu beurteilen. Inwieweit man aus dieser Tendenz allgemeingültige Schlüsse ziehen kann, lässt sich noch nicht zuverlässig abschätzen. Immerhin zeigt aber auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Fotografie, dass als Werk nur geschützt wird, was für sich selbst der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäußerung mit individuellem Charakter zu sein. Ob die Werkindividualität im Gegensatz etwa zur Urheberindividualität als Kriterium herangezogen werden kann, ist derzeit noch offen. Der Umstand, dass die Werkqualität von der *Werkindividualität* abhängt, widerspiegelt aber immerhin eine Tendenz. Diese ist bei Wertungsfragen kaum allein entscheidend relevant, darf aber als Begleitelement durchaus berücksichtigt werden.
- 78 Bildet die Werkindividualität den Kern der Beurteilung, ob ein Werk der Literatur und Kunst schützenswert im Sinne von Art. 2 URG ist, stellt sich gerade bei den Sprachwerken die Frage, welchen minimalen Grad an Individualität solche Werke aufzuweisen haben. Wird die «unterste Schwelle» der Individualität (bzw. der Schutzfähigkeit) gesucht, fragt sich sogleich, ob das Urheberrecht «Werke geringer Qualität» schützen soll und darf, wenn die divergierenden Interessen des einzelnen Urhebers und

101 EGLOFF, Anmerkungen, 99 und die Rechtsprechungsübersicht in Medialex 2006 111.

der Allgemeinheit (also etwa des Verlegers, der Übersetzer und anderer Schöpfer von Werken zweiter Hand und der Nutzer) an einem Ausschliesslichkeitsrecht bzw. am freien Zugang zum Werk gegeneinander abzuwägen sind.¹⁰² Im Zusammenhang mit dieser rechtspolitisch brisanten Interessenabwägung heizt diese Frage die mittlerweile überwunden geglaubte Diskussion wieder an, was als «originell», «schöpferisch» oder sogar «kreativ»¹⁰³ schützenswert ist. Die verschiedenen Umschreibungen des Begriffs der Individualität, welche tautologisch aneinandergereiht werden, sind nicht nur ohne dogmatischen und praktischen Mehrwert,¹⁰⁴ sondern öffnen das Feld für die prinzipiell problematische subjektive Wertung des Rechtsanwenders, wann die Grenze vom Banalen zum Originellen überschritten ist.¹⁰⁵ Das Bundesgericht hielt in den zitierten Entscheidungen fest, der erforderliche Grad an Individualität verhalte sich relativ zum Gestaltungsspielraum, der dem Urheber im betreffenden Bereich offen steht; mithin seien an den Grad der Individualität nicht stets die gleichen Anforderungen zu stellen.¹⁰⁶ Wo dem Schöpfer «von Vornherein der Sache nach wenig Raum bleibt, wird der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbständiger Tätigkeit vorliegt».¹⁰⁷

Das *deutsche Urheberrecht* behilft sich bei der Definition des schöpferischen Minimums mit dem letztlich zirkelschlüssigen Begriff der «Gestaltungshöhe», um damit den quantitativen Aspekt der Individualität zu erfassen.¹⁰⁸ Die minimal erforderliche Gestaltungshöhe bzw. die unterste Grenze der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit wird dabei als «*kleine Münze*» bezeichnet. Was gerade noch oder eben gerade nicht mehr «*kleine Münze*» sein soll, d.h. was den Grad des Alltäglichen, Banalen und rein Handwerklichen¹⁰⁹ überragt, ist freilich umstritten. Ähnlich wie das schweizerische Bundesgericht setzt die deutsche Praxis die minimal erforderliche Gestaltungshöhe in Relation

79

102 Vgl. etwa MILATOVIC, 210 f. und 236 f.

103 Hierzu eingehend MILATOVIC, 165 ff., der anhand einer Untersuchung von Kreativitätskriterien (a.a.O., 179) zum Schluss kommt, das Postulat der Wertungsfreiheit sollte, weil nicht einlösbar, aufgegeben werden (a.a.O., 211 f.), und der Urheberrechtsjurist habe entgegen der heute herrschenden Lehre nicht nur zu vergleichen, sondern vermehrt zu werten (a.a.O., 210). Vgl. zu den für die Schutzfähigkeit «unerheblichen Eigenschaften» (insb. Nützlichkeit und ästhetischer Überschuss) etwa TROLLER, 365 ff.

104 Vgl. nur WILD GREGOR, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, sic! 2004 63: Bemüht werden etwa die «Originalität», die «eigenpersönliche Hervorhebung», die «Eigenart», die «schöpferische Prägung» und die «charakteristische Formgebung».

105 Wie von BÜREN/MEER, 71 treffend bemerken, sollte der möglichst objektive Massstab der «statistischen Einmaligkeit» den Richter bei der Beurteilung der urheberrechtlichen Schützbarkeit eines Werks «von der Peinlichkeit befrei[en], [etwa] nach ästhetischen Kriterien subjektiv werten zu müssen».

106 Vgl. bereits BGE 113 II 196 (wo das Bundesgericht neben Individualität noch von «Originalität» spricht).

107 BGE 130 III 170 (unter Hinweis auf BGE 113 II 196 und BGE 117 II 468).

108 Vgl. LOEWENHEIM, Schutzvoraussetzungen, § 6 Rz. 16.

109 LOEWENHEIM, Schutzvoraussetzungen, § 6 Rz. 18.

zum Gestaltungsfreiraum, über den der Schöpfer im betreffenden Schaffungsbereich verfügt, zieht aber dann gerade den umgekehrten Schluss als die Schweizer Richter. Ist der Gestaltungsfreiraum weit und sind die Ausdrucksmöglichkeiten praktisch unbegrenzt, liegt die gerade noch geschützte «kleine Münze» auf der niedrigst möglichen Stufe der Gestaltungshöhe. Dies treffe bei Sprachwerken etwa auf den banalsten Roman und das vulgärste Boulevardtheaterstück zu.¹¹⁰ Dagegen setzt die deutsche Rechtsprechung die erforderliche Gestaltungshöhe für nichtliterarische Werke, insbesondere für wissenschaftliche (etwa Lizentiats- oder Doktorarbeiten) und technische Sprachwerke (etwa Prozessschriften, Sammelwerke oder Gebrauchsanweisungen) sowie für Sprachwerke des täglichen Gebrauchs (Preislisten, Fahrpläne, Adresslisten, aber auch Briefe und Reden) höher an,¹¹¹ weil eben der Gestaltungsfreiraum durch äussere Sachzwänge eingeengt ist. Bei den wissenschaftlichen Sprachwerken seien zudem strengere Anforderungen an die Gestaltungshöhe nötig, weil die in wissenschaftlichen Arbeiten wiedergegebenen Gedanken und Theorien Gemeingut seien; selbst die zugrunde liegenden Ordnungsprinzipien seien für sich genommen als abstrakte Ideen nicht schützbar. Wo a priori nur geringer Spielraum für eine individuelle Gestaltung bleibt, kann sich die Gestaltungshöhe aber immerhin aus der Art und Weise der Auswahl, Einteilung und Anordnung des Stoffes ergeben.¹¹²

80 Auch die schweizerische Lehre und Praxis anerkennen, dass die systematische Einteilung des Stoffes, welche der Wissenschaftler im Gegensatz zum Stoff selber nicht «im Seienden» vorfindet, wissenschaftliche Werke von Werken der Literatur und Kunst unterscheidet.¹¹³ Wann aber überragt die konkrete Gestaltung einer wissenschaftlichen Arbeit unter dem Aspekt der Gestaltungshöhe nach deutschem Recht die Durchschnittsgestaltung und wird «kleine Münze»,¹¹⁴ gerade in Fachgebieten, die eine strenge Systematik und Terminologie vorgeben und der individuellen Gestaltung enge Grenzen setzen?¹¹⁵

81 Die Doktrin der «kleinen Münze» erweist sich mindestens im Bereich der wissenschaftlichen Sprachwerke als unpraktikabel und willkürlich, weil jede Kategorisierung eine neue Unterkategorisierung nach sich zieht. Die «kleine Münze» ist zu meiden, weil

110 NORDEMANN, *in*: Loewenheim, Handbuch, § 9 Rz. 19.

111 Vgl. NORDEMANN, *in*: Loewenheim, Handbuch, §9 Rz. 21; LOEWENHEIM, Schutzvoraussetzungen, §6 Rz. 17 f.; KUMMER, 166 ff. Computerprogramme bilden gemäss § 69a Abs. 3 dUrhG eine Ausnahme, vgl. NORDEMANN, § 9 Rz. 19.

112 NORDEMANN, *in*: Loewenheim, Handbuch, § 9 Rz. 16. Dies trifft speziell auf *Datenbanken* als speziell geregelte Werkkategorie zu: Datenbanken sind gemäss § 4 Abs. 2 dUrhG resp. Art. 3 Abs. 1 der europäischen Datenbankrichtlinie (96/9/EG) bereits dann geschützt, wenn «Auswahl oder Anordnung des Inhalts der Datenbank eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers ist». Eine bestimmte Gestaltungshöhe ist nicht erforderlich (vgl. etwa BGH vom 24.5.2007 – I ZR 130/4, GRUR 2007/8 686 f.).

113 TROLLER, 355.

114 LOEWENHEIM, Schutzvoraussetzungen, § 6 Rz. 18 (in fine).

115 Vgl. KUMMER, 108 ff.

sie zur Annahme von Werkkategorien verführt, an die vermeintlich geringere Ansprüche gestellt werden.¹¹⁶ Auch wenn der Rechtsanwender nie rein objektiv werten kann, mutet die nach Werkkategorien abgestufte Beurteilung der «Gestaltungshöhe» dem Urheberrechtsjuristen zu, sich Kenntnisse über wissenschaftliche Zusammenhänge und Methoden anzumassen, deren Individualität angesichts der Weiterungen und Änderungen des jeweils gewählten methodischen Ansatzes gerade *nicht* im Voraus feststehen können. Um verbindlich beurteilen zu können, wann freie in geschützte Systematik übergeht, muss im Konkreten untersucht werden, ob die einzelnen Schritte des wissenschaftlichen Ausdrucks und der Methode gesamthaft geschützt sind, weil sie trotz – oder vielleicht gerade wegen? – eines vorgegebenen methodischen Rahmens auch anders gegliedert werden könnten. Systematik und äussere Form des wissenschaftlichen Sprachwerkes sind danach individuell, wenn es unter Würdigung aller Umstände unwahrscheinlich ist, dass ein anderer Urheber durch Zufall auf das Gleiche gelangt wäre.¹¹⁷

Die «kleine Münze» steht denn auch in Deutschland u.a. im Bereich der wissenschaftlichen Sprachwerke in der Kritik, zumal Tendenzen bestehen, im Hinblick auf einen europäischen Werkbegriff eine einheitliche Schutzuntergrenze zu definieren.¹¹⁸ Es würde nicht erstaunen, wenn sich für einmal die deutsche Doktrin der «Gestaltungshöhe» der schweizerischen Praxis annähern würde, welche für alle Werkarten – auch für Sprachwerke der Wissenschaft – den (theoretisch) wert- und zweckneutralen Massstab der Individualität verlangt¹¹⁹ und dank der «statistischen Einmaligkeit» ohne die «kleine Münze» auskommt.¹²⁰

Zwar ist der *Inhalt* der wissenschaftlichen Aussage wegen des Bedürfnisses, wissenschaftliche Erkenntnisse freizuhalten, auch nach schweizerischem URG nicht geschützt,¹²¹ sondern nur die *Art ihrer Mitteilung*.¹²² Wenn demnach Form und Inhalt eines wissenschaftlichen Sprachwerkes die technische und wissenschaftliche Auffassung des Urhebers zum Ausdruck bringen und die Ausdrucksweise nicht zwingend vorgegeben ist, ist das wissenschaftliche Werk individuell und daher geschützt.¹²³ Je eingeschränkter der Gestaltungsspielraum ist, desto eher macht bereits bescheidene

116 TROLLER, 375 f.

117 Zum Ganzen statt vieler KUMMER, 111 f.

118 LOEWENHEIM, Schutzvoraussetzungen, § 6 Rz. 19–21.

119 TROLLER, 376, und REHBINDER, § 6 Rz. 35.

120 KUMMER, 166 und 168 ff.

121 Vgl. statt vieler KUMMER, 106.

122 BGE 113 II 308; VON BÜREN/MEER, 94 f.

123 BGE 113 II 308 f.; VON BÜREN/MEER, 94 ff., und REHBINDER, § 6 Rz. 35 (mit teilweiser Kritik am bundesgerichtlichen Dogma der Freiheit wissenschaftlicher Erkenntnis), je mit weiteren Hinweisen. Grundlegend KUMMER, 106 ff., 111 ff.

selbständige Tätigkeit ein Werk urheberrechtlich schützbar.¹²⁴ Damit wird nicht nur die Gefahr uneinheitlicher subjektiver Wertungsmaßstäbe reduziert; es wird vielmehr auch berücksichtigt, dass Investitionen in allgemein erwünschte wissenschaftliche und technische Arbeiten aus wirtschaftlichen Gründen urheberrechtlichen Schutz verdienen. Solche Investitionen (z.B. in Sammelwerke, Wörterbücher, in die Anlage und Organisation einer Datenbank oder in die Zusammenstellung komplexer Kataloge) werden wohl tendenziell eher getätigt, wenn die Möglichkeit besteht, dass sie urheberrechtlichen Schutz geniessen können.¹²⁵

IV. Das Kriterium der bestimmungsgemässen Verwertung eines Wortwerkes

- 84 Dabei geht es um die Frage, inwieweit der Umstand, dass ein Wortwerk bestimmungsgemäss für eine bestimmte Auswertung geschaffen worden ist, bei der Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen berücksichtigt werden kann. Bei einem Wortwerk bildet die Auswertung durch Vervielfältigung und Verbreitung und damit das Hauptrecht als *pièce de résistance* die Regel. Dass ein Wortwerk von Anfang für eine Bühnenaufführung, für ein Hörspiel, für die Auswertung als Hörbuch oder für die Herstellung eines Filmwerkes geschaffen wird, bildet in der Realität die Ausnahme. Nur ein Bruchteil der belletristischen Werke werden in der Urform des Theaterstückes geschrieben. Die literarischen Stoffe der Gegenwart werden in Form von Romanen, Erzählungen, Novellen, Essays, Gedichten usw. gegossen.
- 85 Bei Wortwerken dagegen, welche als Hörspiele, Theaterstücke, Dialoge usw. und damit für eine andere Verwertung als durch Vervielfältigung und Verbreitung geschaffen worden sind, liegt es in der Natur der Sache, dass ihre Auswertung zusätzlich Leistungen Dritter (etwa von Leistungsschutzberechtigten) erfordert. Weil die bestimmungsgemässe Verwertung solcher Wortwerke die Leistungen dieser Dritten sozusagen voraussetzt, erscheint es zweckmässig und auch gerechtfertigt, auch ihren Beitrag an der Umsetzung und Verbreitung des Werkes zu berücksichtigen. Infolgedessen kann die Erhaltung der Werktreue nicht gleich gewichtet werden wie bei Werken, bei welchen bestimmungsgemäss die Auswertung durch Vervielfältigung und Verbreitung im Vordergrund steht. Das Kriterium der bestimmungsgemässen Verwertung hat den Vorteil,

124 BGE 113 II 196. Das Bundesgericht scheint mit diesem Ansatz offenbar geringere Ansprüche an die Individualität der wissenschaftlichen Systematik und Darstellung zu stellen als etwa KUMMER (111 f.). Ob mit dieser Rechtsprechung die heikle Frage, wann die konkret gewählte Methode individuell wird, tatsächlich entschärft wird, bleibt indessen fraglich. Immerhin lässt sich erkennen, dass das Bundesgericht bemüht ist, die subjektive Wertung der Rechtsanwendung möglichst zurück zu binden.

125 Vgl. etwa die Beispiele bei VON BÜREN/MEER, 92 ff.

dass es auf objektiv bestimmten oder bestimmbareren Tatsachen beruht. Es taugt allerdings nur dort, wo von Anfang an feststeht, dass ein Werk für eine spezifische nicht unter das Hauptrecht fallende Verwertung geschaffen worden ist.¹²⁶ Weil dies eher die Ausnahme bildet, wird auch die praktische Bedeutung dieses Kriteriums gering sein.

V. Das Kriterium des mutmasslichen Willens des Autors

Sind Fragen zu entscheiden, welche in die Urheberpersönlichkeitsrechte eingreifen, ist der Autor dazu anzuhören. Der Autor kann bis zu seinem Tod die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse ausüben. Mangels Vererblichkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse fallen mit dem Tod des Autors diese Befugnisse dahin. Sind nach dem Tod des Autors Entscheide zu treffen, die in das Urheberpersönlichkeitsrecht eingreifen, ist stets zu prüfen, wie der Autor unter den gegebenen Umständen mutmasslich entschieden hätte, wenn er zu Lebzeiten mit der konkreten Fragestellung konfrontiert gewesen wäre. Dabei können Entscheide, die der Autor zeitlebens in ähnlichen oder vergleichbaren Konstellationen getroffen hat, analog herangezogen werden und wichtige Anhaltspunkte für den mutmasslichen Willen des Autors liefern. Bei Fehlen von vergleichbaren «Richtungsanweisungen» des Autors können allenfalls aus seiner Einstellung zu seinem Werk oder seinem Verständnis als Autor und als Akteur des Kulturbetriebes gewisse Schlüsse gezogen werden. 86

Das Kriterium des mutmasslichen subjektiven Willens des Autors ist bei der Beurteilung von Fragen, welche urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte berühren, von grosser Bedeutung. Dieses Kriterium steht zum Kriterium der Zeitdauer¹²⁷ in einem Verhältnis der Wechselwirkung. Je weiter der Tod des Autors zurück liegt, desto eher wird auch der mutmassliche subjektive Wille des Autors an Gewicht einbüßen. 87

VI. Das Kriterium des kulturpolitischen Wertes eines Werkes für den Kulturbetrieb

Von allen Kriterien ist dieses am schwierigsten zu handhaben. Es geht dabei um die Frage, welche Bedeutung ein Werk innerhalb des Kulturbetriebes und umgekehrt welches Interesse der Kulturbetrieb an der Verwertung dieses Werkes hat. Dies sind Fragen kulturpolitischer Natur, die ein Richter kaum allein wird beantworten können und wollen. Gleichwohl ist die Frage zu stellen, ob bei Entscheiden über die Verwertung 88

126 Es lässt sich vertreten, eine Regieanweisung in einem Theaterstück nicht à la lettre zu befolgen. So könnte die Regieanweisung «Vorhang fällt» auch durch Verdunkelung der Bühne befolgt werden.

127 Vgl. oben Ziffer II.

eines Werkes auch kulturpolitische Überlegungen einfließen dürfen und sollen. Besteht ein wichtiges Interesse an der Verwertung eines Werkes, wenn es ein «kulturpolitisch wichtiges» Werk ist und darf eine solche Überlegung auch in die rechtliche Beurteilung einfließen? Dies könnte zu emotional geladenen Diskussionen und rechtlich heiklen Interessenabwägungen führen, für welche im sachlich-juristischen Denkschema und vor dem Hintergrund der gesetzlichen Wertungen, die im URG zum Ausdruck kommen, kaum Raum besteht. Das kulturpolitische Interesse an der Auswertung eines Werkes versagt daher als Kriterium für die rechtliche Beurteilung.

VII. Schlussbetrachtung

- 89 Von all den untersuchten Kriterien versagt das letztgenannte, nämlich der kulturpolitische Wert eines Werkes für den Kulturbetrieb, und hat daher bei rechtlichen Erörterungen aussen vor zu bleiben. Am stärksten gewichtet werden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die Kriterien des mutmasslichen Willens des Autors, der Zeitdauer und der bestimmungsgemässen Verwertung eines Werkes, weil bei diesen Kriterien auf festgestellte Umstände (der mutmassliche Wille des Autors) oder objektiv bestimmte oder bestimmbare Tatsachen abgestellt werden kann und insoweit nachvollziehbare Entscheide getroffen werden können. Die Kriterien der Ferne bzw. die Nähe zum Hauptrecht und der Werkindividualität können bloss neben anderen Kriterien, gleichsam zur Verstärkung oder Unterstützung einer allgemeinen Tendenz, nicht aber als einzige Entscheidungshilfe dienen. Diese Kriterien weisen insofern eine Gemeinsamkeit auf, als sie «nicht wertneutral» sind und daher jeweils nur mit Zurückhaltung herangezogen werden sollten.