

BBLP  
MEYER LUSTENBERGER  
Postfach  
CH-8029 Zürich

Standort: 663

Klassifikation: 86



**Schweizerische Mitteilungen über  
Gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht**



**Revue Suisse de la  
Propriété industrielle  
et du Droit d'Auteur**

**Heft 1**

**1955  
Mai**

**Fascicule 1**

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<i>Rapport annuel</i>	
Plinio Bolla, Morcote . . . . .	3
<i>Vom alten zum neuen schweizerischen Patentgesetz</i>	
Walter Winter, Basel . . . . .	12
<i>La protection des marques internationales en Egypte qui ont été enregistrées avant ou après l'adhésion de ce pays à l'Arrangement de Madrid . . . . .</i>	26
<i>Les travaux de révision de la loi fédérale sur le droit d'auteur</i>	
Plinio Bolla, Morcote . . . . .	28
<i>Zu Art. 33bis des bundesrätlichen Entwurfs eines Bundesgesetzes zur Änderung des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (vom 12. Oktober 1954) betreffend ephemere Schall- oder Bildträger</i>	
Theodor Moll, Basel . . . . .	37
<i>Schweizerische Rechtsprechung</i>	
Otto Irminger, Zürich . . . . .	54
<i>Gesetzesübersicht . . . . .</i>	75
<i>Aus der Praxis des Auslandes . . . . .</i>	76
<i>Literatur . . . . .</i>	80
<i>Buchbesprechungen . . . . .</i>	82

**Schweizerische Mitteilungen über  
Gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht**



**Revue Suisse de la  
Propriété industrielle  
et du Droit d'Auteur**

**Heft 2      1955      Fascicule 2  
November**

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<i>Über die Europäisierung des Patentrechts (Gedanken zu vorliegenden Plänen)</i>	
Walter Winter, Basel . . . . .	97
<i>Einige Gedanken zum Verwirkungseinwand im gewerblichen Rechtsschutz</i>	
Georges Gansser, Basel . . . . .	111
<i>Zur Frage des Verhältnisses des Wettbewerbsrechtes zu den Sondergesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes</i>	
Bruno von Büren, Zürich . . . . .	127
<i>Das Recht des Dirigenten und Solisten an der Interpretation des Musikwerkes</i>	
Alois Troller, Luzern . . . . .	137
<i>Gesetzesübersicht . . . . .</i>	166
<i>Aus der Praxis des Auslandes . . . . .</i>	167
<i>Registrierung nicht benutzter Telle-quelle-Marken in USA</i>	
Walter Winter, Basel . . . . .	171
<i>Buchbesprechungen . . . . .</i>	173

## Rapport annuel

présenté au Groupe suisse de l'A.I.P.P.I. par le président du Comité,

M. PLINIO BOLLA,

lors de l'assemblée générale ordinaire du 5 mai 1955  
à Lausanne

Pour tous ceux qui s'intéressent à la protection de la propriété industrielle en Suisse, l'année, qui vient de s'écouler, restera marquée par l'acceptation de la nouvelle loi fédérale sur les brevets d'invention. La loi a été votée par les deux Chambres le 25 juin 1954; le referendum n'a pas été demandé; le texte a paru au Recueil officiel; il appartient désormais au Conseil fédéral de fixer la date de son entrée en vigueur. Notre vœu à tous est que l'inter règne soit de courte durée, plus précisément qu'on mette fin à la *vacatio legis* aussitôt terminés les travaux en vue de la promulgation du règlement d'exécution et que ces travaux soient poussés le plus activement possible.

En tout cas, nous ne fêterons pas le cinquantième de la loi de 1907, la seconde loi suisse sur les brevets d'invention, la première remontant à 1888 et ayant ainsi été en vigueur une vingtaine d'années. La loi de 1907, issue d'une révision constitutionnelle, avait réalisé un progrès sensible sur sa devancière, notamment par l'abandon de la condition de brevetabilité consistant dans la possibilité de représenter l'invention par un modèle; des améliorations lui avaient été apportées en 1926 et 1928, la seconde fois pour l'adapter aux règles introduites dans la Convention d'Union de Paris par la Conférence diplomatique de la Haye (1925). La loi de 1954 constitue un nouveau pas en avant. Le vieil édifice avait besoin de réparations. En y procédant, avant qu'il ne soit trop tard, le législateur fédéral a su concilier heureusement l'esprit de réforme avec celui de conservation.

C'est à notre Groupe, ainsi qu'à l'Association suisse des conseils en matière de brevets, que revient le mérite d'avoir lancé en 1944, avant même que la seconde guerre mondiale ne fût terminée, l'idée d'une révi-

sion intégrale de la loi sur les brevets, ne se bornant donc pas aux modifications qu'avait rendues désirables la ratification, en 1939, par la Confédération, du texte de Londres (1934) de la Convention d'Union. La suggestion fut accueillie favorablement par le Département fédéral de justice et police, qui, à la fin de 1945 déjà, donnait connaissance aux milieux intéressés de son premier avant-projet.

Dès ce moment, notre Groupe est resté étroitement associé à tous les travaux préparatoires, au cours de la gestation, qui s'avéra longue et difficile. Remercions encore une fois les autorités fédérales, et surtout M. Hans Morf, directeur du Bureau de la propriété intellectuelle, d'avoir compris l'utilité de la contribution, que pouvait leur apporter, dans l'accomplissement d'une rude tâche, une association laquelle se propose de favoriser la protection de la propriété industrielle, d'une façon désintéressée, mais avec la compétence que donne la connaissance pratique des rapports juridiques à ordonner.

Ayant suivi pas à pas pendant presque dix ans les péripéties de la réforme, vous connaissez, dans tous leurs détails, les dispositions appelées à régir, pendant longtemps nous l'espérons, les brevets d'invention en Suisse.

Permettez à votre président d'essayer, par quelques considérations générales, de mettre la nouvelle loi à sa juste place dans la phase actuelle de la lutte pour la création du droit dans notre pays.

Le doyen Ripert dans son ouvrage récent sur les forces créatrices du droit — qu'on serait tenté d'appeler son testament spirituel, si on ne craignait pas par là de faire tort à la vigueur créatrice juvénile de l'auteur — observe, avec sa subtilité habituelle, qu'à l'affaiblissement, depuis la Révolution française, des droits des propriétaires fonciers — droits désormais réglementés et même attribués ou supprimés suivant l'intérêt public — a correspondu la naissance et le renforcement de droits nouveaux, ne consistant pas dans l'utilisation des choses corporelles, mais dans l'octroi, avec caractère privatif, d'une situation susceptible d'être cédée à titre onéreux et n'étant inférieure à la propriété que par le refus de la perpétuité. Notre législateur allait-il suivre ce courant ou céder par contre à l'appel de la sirène collectiviste, qui trouve de nos jours tant d'oreilles complaisantes? Qu'on compare les dispositions des deux lois, l'ancienne et la nouvelle, sur les restrictions légales aux droits découlant du brevet; qu'on considère la durée maximum des brevets, qui était, d'après l'ancienne loi, de 15 ans, et même de 10 pour les procédés chimiques en vue de la fabrication de remèdes, alors que la nouvelle loi la porte uniformément à 18 ans; qu'on tienne compte de la suppression par la nouvelle loi, du paragraphe dit textile, qui déclarait non brevetables les procédés non

purement mécaniques pour le perfectionnement des fibres destinées à l'industrie textile, ainsi que les produits fabriqués par de tels procédés, et de l'abrogation des corollaires particulièrement sévères que le législateur de 1907 avait cru devoir tirer du principe de l'unité de l'invention en ce qui concerne les procédés chimiques; une conclusion s'impose: le texte, dont nous saluons la naissance, n'a heureusement pas sacrifié outre mesure à l'idéologie de la socialisation, dont l'issue fatale serait de décourager toute initiative individuelle et d'obliger l'Etat à faire face à cette carence, dans la mesure restreinte où la contrainte peut donner les mêmes résultats que la liberté. Si nous étions pessimistes, nous dirions qu'il est plus aisé de socialiser la richesse acquise que celle à créer par l'effort génial ou tout au moins intelligent des individus, effort que, précisément, toute tentative collectiviste découragerait; que l'on ne m'oppose pas les inventions dues à la chance, car, selon le mot de Pasteur, la chance ne favorise que les intelligences qui sont prêtes. Soyons optimistes et voyons plutôt dans la faveur dont jouissent aujourd'hui les monopoles de droit privé un hommage non purement platonique et un encouragement au travail, qui permet la multiplication des biens convoités par les hommes et a par là des titres tout spéciaux à la protection de la part d'un législateur, qui se veut social. Autre manifestation, dans notre loi, du caractère social de la législation de notre époque: la mention obligatoire de l'inventeur dans le brevet, mention voulue d'ailleurs, dans les rapports unionistes, par la révision conventionnelle de Londres.

Notre première loi sur les brevets de 1888 remonte à l'ère de la vapeur. Celle de 1907, dont nous assistons au trépas, fut édictée alors que l'ère de l'électricité faisait place à celle du moteur à explosion. C'est en pleine ère de l'énergie atomique que la nouvelle loi entrera en vigueur. Quoique la législation sur les brevets soit appelée à intéresser au premier chef les hommes des sciences physiques et des techniques, on ne peut pas affirmer, à mon avis, que ses métamorphoses en Suisse, à des dates en somme assez rapprochées, aient été imposées par l'accélération de l'évolution scientifique. «Les choses ne sont jamais que les objets des droits et le changement dans le donné matériel ne saurait intéresser le droit que dans la mesure où la règle juridique dépend de la nature de l'objet» (Ripert, œuvre citée, p. 37). Ce n'est pas à cause de la nouveauté des objets des inventions qu'il a fallu réformer les règles sur les brevets. La même norme juridique qui, si elle avait été connue, aurait donné à Archimède la possibilité de faire protéger à son profit la *cochlea*, soit la machine destinée à soulever l'eau et qui est encore employée en Egypte pour irriguer les terres, suffirait demain pour assurer un monopole analogue à celui qui

trouverait le moyen de transformer directement l'énergie nucléaire en électricité, sans passer par la chaleur. Le développement de l'industrie suisse, ses succès dans la voie de la recherche me paraissent une cause bien autrement décisive des réformes successives de la législation sur les brevets dans notre pays: l'exclusion de la brevetabilité des inventions non représentables par un modèle et les exigences excessives en matière d'unité d'invention dans le cas des procédés de fabrication des substances chimiques n'étaient que des mesures de soutien d'une industrie chimique craintive, parce qu'à ses débuts; de même, en renonçant au paragraphe, qui s'intitulait à eux, les industriels suisses du textile ont montré qu'ils n'avaient plus peur de la concurrence étrangère. Notre industrie passe décidément, en matière de propriété industrielle, de la défensive à l'offensive; en désavouant les dernières traces de mesures protectrices, elle augmente, psychologiquement et même juridiquement, la possibilité de protéger avec succès à l'étranger ses exportations de matière grise.

L'institution de l'examen préalable est aussi une conséquence plutôt de la place toujours plus marquante prise par l'industrie suisse dans le monde, que de la terrifiante grandeur des derniers progrès des sciences physiques; l'examen préalable ne va-t-il pas être introduit d'abord pour certains procédés et produits de l'industrie textile et pour les inventions du domaine de la technique de la mesure du temps? Nous sommes loin de la fissuration de l'atome. L'introduction de l'examen préalable par étapes est au surplus caractéristique de la prudence de notre législateur, de sa confiance dans la méthode expérimentale, de cet esprit de compromis qui est une des faces, et non la moins importante ni la moins originale, de l'esprit confédéral.

La nécessité d'une transaction s'est imposée aussi à l'égard d'une revendication de l'industrie suisse des machines et de la majorité de notre Groupe, lesquels réclamaient une juridiction spéciale chargée d'arbitrer les conflits en matière de brevets. Les scrupules constitutionnels ont, heureusement selon moi, eu le dessus, aidés par la méfiance envers les tribunaux spéciaux, qui n'ont pas le même souci que ceux de droit commun de faire rentrer les règles régissant les domaines particuliers dans l'ordre juridique. Mais les pouvoirs du Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme dans un procès en matière de brevets ont été élargis, ses devoirs ont été accrus, de telle façon que nous pouvons espérer une heureuse réception du droit matériel nouveau par le pouvoir judiciaire.

La nouvelle loi sur les brevets, que nous appelions de nos vœux et qui remplit en grande partie nos vœux, se serait-elle sauvée si, comme nous avons pu le redouter, le referendum avait été demandé? L'expérience

prouve que le peuple suisse consulté a fait, le plus souvent, un bon usage de la force du nombre et ne l'a pas laissé altérer par les abus de propagandes intéressées. Mais ce n'est pas sans de graves appréhensions que nous aurions attendu, cette fois, le verdict des urnes. La loi sur les brevets prêtait tout spécialement le flanc aux attaques démagogiques. L'électeur est sensible, à juste raison, à l'argument tiré de la prolifération des lois, du surmenage du droit et il se préoccupe encore plus de la multiplication des fonctionnaires et des traitements, laquelle se répercute sur son bulletin d'impôts; la prolongation de la durée des brevets pour les procédés pharmaceutiques lui aurait fait craindre une augmentation du prix des remèdes nouveaux, et, aussi parce que nouveaux, les plus appréciés. Il est permis de douter que les partisans de la loi auraient réussi à faire comprendre à la majorité des citoyens que les frais causés à l'Etat par l'examen préalable seront en réalité remboursés par les inventeurs et par l'industrie et que les examinateurs sont des fonctionnaires d'une espèce particulière, si le grand Einstein, qui ne prisait guère la bureaucratie, put passer quelques années au Bureau fédéral suisse de la propriété intellectuelle et en garder un souvenir agréable. Quant à la défense de la santé publique, elle est puissamment renforcée par un système qui pousse les industriels à dépenser des sommes considérables aux fins de la recherche scientifique; c'est de ces laboratoires privés que sont sortis, au cours des dernières décennies, beaucoup des médicaments miraculeux qui ont tant contribué à soulager les souffrances des malades et à faire baisser le taux de la mortalité.

Mais tout ceci a trait à une prognose rétrospective, dont nous pouvons désormais heureusement nous passer.

Le second événement important de la vie de notre association, au cours de 1954, a été le Congrès que l'A.I.P.P.I. a tenu à Bruxelles du 7 au 12 juin. Ceux d'entre les membres du Groupe suisse qui ont pris part à ces assises — et ils ont été particulièrement nombreux — n'ont certes pas oublié l'hospitalité d'une qualité inégalable que nos amis belges nous ont généreusement accordée, et dans laquelle nous avons trouvées additionnées les vertus flamandes et celles wallonnes. Les séances ont été suivies avec une assiduité encore plus grande que d'habitude; les discussions se sont déroulées constamment à un niveau très élevé et sur le ton de l'amitié; les nouvelles méthodes de travail, esquissées à Vienne, mises au point à Locarno, semblent avoir fait définitivement leurs preuves; mais leur codification a été renvoyée au Congrès de Washington (1956), après un rodage supplémentaire de deux ans; une amélioration leur sera apportée en ce sens que le rapport de synthèse, rédigé par le rapporteur-général,

mériterait encore davantage son nom, puisqu'il sera le dernier acte intervenant avant le Congrès; il clôturera ainsi les travaux préparatoires. Ceux-ci gagneraient-ils à s'étendre sur trois ans au lieu de deux? L'idée d'espacer davantage les Congrès a ses partisans; les avantages et les inconvénients de cette réforme devront être mûrement pesés.

Des résolutions ont été prises à Bruxelles au sujet de trois des quatre questions, qui avaient fait à Vienne l'objet d'un renvoi: la limitation des motifs de refus d'une marque, la brevetabilité des produits chimiques, la protection des marques notoirement connues même à l'égard de produits non identiques ni similaires.

Dans les deux premières questions, le Congrès a accueilli les propositions formulées à Locarno par le Comité exécutif; si le Groupe suisse n'a pas réussi à faire prévaloir son point de vue au sujet de la brevetabilité des produits chimiques, il s'en est fallu de peu; nous gardons l'espoir que l'on finira par se rendre compte du danger qu'il y aurait à ouvrir très largement, dans un article de la Convention d'Union, la porte aux réserves et aux limitations; dans le cas particulier, il suffirait de l'entr'ouvrir au profit du brevet de dépendance.

Quant à la protection accrue des marques notoirement connues, le Congrès a reculé devant la création avouée d'une troisième catégorie de marques, celles considérées comme ayant une réputation exceptionnelle; mais la protection renforcée des marques notoirement connues à l'égard de produits non identiques ou similaires est subordonnée à la réalisation de conditions spéciales; on a donc tenu compte des craintes de notre Groupe et la portée de l'art. 6 sexies actuel de la Convention d'Union ne risque pas d'être amoindrie vis-à-vis des Etats unionistes où l'enregistrement des marques a un caractère constitutif.

Le Congrès de Bruxelles a en outre donné une rédaction meilleure à la résolution de Vienne concernant la protection des nouveautés végétales, a émis une opinion de principe favorable à la protection des marques de service, a recommandé l'introduction dans la Convention d'Union d'une disposition prévoyant que la délivrance d'un brevet ayant pour objet la composition d'un produit alimentaire ou d'un stimulant ou un procédé pour la préparation d'une telle composition ne pourra pas être refusée pour le motif que ladite composition ou ledit procédé est contraire à la loi.

L'étude de l'extension de cette disposition aux produits autres que les aliments ou les stimulants a été mise à l'ordre du jour d'un prochain Congrès; le Groupe suisse espère qu'elle amènera l'A.I.P.P.I. à revenir sur sa résolution de Bruxelles, qui n'a pas eu l'heur de le convaincre.

La question de l'introduction dans un pays de l'Union de produits

fabriqués licitement à l'étranger selon un procédé breveté dans le pays d'importation a été de même renvoyée à l'ordre du jour d'un prochain Congrès; elle mérite en effet un examen approfondi.

Le groupe suisse était particulièrement intéressé au sort de sa proposition tendant à une limitation, par la Convention d'Union, de la faculté des pays unionistes de prendre, en vue de sauvegarder l'intérêt public, des mesures qui restreignent d'une façon excessive le droit exclusif conféré par le brevet. Après une discussion, qui a montré tout l'intérêt qui s'attache au problème, le Congrès a décidé de l'étudier, en le divisant en deux, c'est-à-dire en considérant d'une part les restrictions imposées aux droits du brevet, en raison notamment de l'intérêt public ou des abus de monopole, et d'autre part la réglementation de la licence obligatoire. Cette étude a été entreprise par les groupes nationaux, dont les rapports retiendront tout particulièrement l'attention de vos délégués lors de la prochaine réunion du Comité exécutif à Sirmione (30 mai-3 juin 1955). Il ne s'agit pas moins que de voir si, sur le plan international aussi et en prenant prétexte de l'exigence primordiale du bien social, on veut faire en définitive de l'inventeur un simple salarié, n'ayant droit qu'à des redevances de licences; l'intérêt de la collectivité serait, selon nous, bien mal servi par un tarissement de l'esprit d'invention et par un fléchissement des moyens financiers privés mis au service de la recherche.

Le Congrès de Bruxelles avait été ouvert par un remarquable exposé du nouveau directeur du Bureau international de la propriété industrielle, M. Jacques Secrétan, lequel avait notamment attiré l'attention de ses auditeurs sur la nécessité absolue de coordonner l'action de l'Union de Paris avec celle des autres organisations interétatiques intéressées à la propriété industrielle. L'appel n'est pas tombé dans le vide. Le Congrès — et ce n'est pas le moindre de ses résultats — a rendu à l'Union de Paris l'hommage, qui lui était dû, a affirmé qu'il y a intérêt à éviter, dans le domaine de la protection de la propriété industrielle, la création d'autres droits conventionnels internationaux à vocation universelle, a exprimé le souhait que les autres organisations internationales collaborent avec le Bureau de Berne dans le cas où elles viendraient à s'occuper de questions intéressant la propriété industrielle. Surtout le Congrès a désigné une commission spéciale ayant pour tâche principale de suivre toutes les questions que soulève sur le plan international la coordination des travaux en matière de propriété industrielle, littéraire et artistique. Cette commission, qui est présidée par M. le directeur Jürg Engi, secrétaire-caissier de notre Groupe, s'est déjà réunie et a démontré, par ses travaux, que sa constitution répondait à une urgente nécessité.

Dans mon rapport de l'année passée je vous signalais que la Convention relative aux formalités prescrites pour les demandes de brevets, signée par les Ministres faisant partie du Conseil de l'Europe, ne respectait pas entièrement, en ce qui concerne le dépôt des instruments d'adhésion, les art. 15 et 16 de la Convention d'Union de Paris. Une rectification est en bonne voie à Strasbourg et la concordance a, en tout cas, été établie d'une façon entièrement satisfaisante dans la Convention relative à la classification des brevets, signée également par les ministres faisant partie du Conseil de l'Europe. Celui-ci, travaillant en parfait accord avec le Bureau international de Berne, tend à créer, en matière de propriété industrielle, et dans le cadre de la Convention d'Union de Paris, des Unions restreintes européennes, ayant chacune un objet déterminé, sur lequel une entente entre tous les pays unionistes n'aurait pas de chances sérieuses d'aboutir, du moins pour le moment. La Suisse est en Europe et elle ne peut se désintéresser de cette initiative, susceptible d'aboutir à des solutions utiles. Deux observateurs suisses ont été admis à suivre les travaux du Comité de la propriété industrielle du Conseil de l'Europe. Nos travaux se développaient jusqu'ici sur deux plans: le plan national et celui de l'Union de Paris; il faudra désormais que notre Groupe s'occupe aussi des études fort intéressantes entreprises par le Conseil de l'Europe.

Sur le plan de l'Union de Paris, les nouvelles sont reconfortantes, et c'est sur elles dès lors que je terminerai mon rapport.

Le Congrès de Bruxelles de l'A.I.P.P.I. avait réclamé la constitution d'un Comité d'experts pour l'étude des mesures pouvant mettre le Bureau international de Berne en état de fournir aux intéressés, à un prix raisonnable, les informations relatives aux brevets et aux demandes de brevets pour lesquels le droit de priorité a été revendiqué ou reconnu. Ce Comité, de trois membres, a été constitué; il a siégé à Berne du 7 au 10 mars 1955 et ses travaux ont fait l'objet d'un rapport analytique qui sera adressé aux administrations des Etats de l'Union en même temps qu'un questionnaire. Les réponses seront groupées et analysées dans un rapport synthétique; ensuite, le Comité d'experts se réunira à nouveau et fera des propositions visant ou bien la révision de l'art. 4 lettre D de la Convention de Paris ou bien la stipulation d'un Arrangement spécial.

Au sujet de la création d'un Comité international de recherches pour les marques de fabrique ou de commerce, le Bureau international de Berne a ouvert une enquête dans divers pays de l'Europe occidentale, notamment en Suisse. Un rapport analytique sera préparé par le Bureau au cours de 1955 et soumis à un Comité d'experts.

Passons aux préoccupations majeures du Bureau.

Le Comité de coordination de l'Union restreinte de Madrid a siégé à quatre reprises, à Paris et à Madrid en 1953, à Genève en 1954 et à Munich en février 1955. Un avant-projet de révision de l'Arrangement de Madrid a été élaboré et on donne actuellement la dernière main à l'exposé des motifs. Avant-projet et exposé seront envoyés prochainement aux Etats de l'Union restreinte, avec la prière de formuler leurs observations. Après quoi, le Comité de coordination arrêtera définitivement le projet de révision, à soumettre à la Conférence diplomatique.

Le Comité de classification de l'Union restreinte de Madrid a aussi fourni un travail considérable. Il a siégé à Berne en novembre 1954 et ses travaux ont fait l'objet d'un rapport général, qui a été adressé aux Etats de l'Union restreinte de Madrid et aux Etats (unionistes et non unionistes) ayant déjà adopté la classification internationale de 1935. Quatorze pays ont formulé leurs observations. Le Bureau est actuellement occupé à mettre à jour le répertoire des produits et à l'ordonner alphabétiquement, par concordance, en français, en anglais, en allemand, en espagnol et en portugais. Dès la fin de ce travail, le Comité d'experts sera convoqué à nouveau et mettra définitivement au point le projet d'Arrangement, qui pourra alors être soumis à une Conférence diplomatique.

Quant à la Convention générale d'Union, un comité d'experts désignés par sept Etats unionistes, dont la Suisse, à la demande du Bureau international, s'est réuni le 25 avril à Berne et vient de terminer sa session; il a passé en revue les vœux des organisations non gouvernementales intéressées, notamment de l'A.I.P.P.I., tendant à amender la Convention de Paris, et a signalé au Bureau international et à l'administration invitante, l'administration portugaise, ceux qui lui ont paru mériter d'être repris dans le programme. Si les travaux préparatoires procéderont — et tout le laisse espérer — selon un rythme normal, il semble bien que la Conférence diplomatique de Lisbonne pourra se tenir en 1957. Il n'est pas exclu qu'elle soit précédée, en 1956, d'une Conférence diplomatique distincte, qui s'occuperait des réformes nécessaires à l'Arrangement de Madrid.

Ajoutons que le Bureau prépare une nouvelle édition du tableau comparatif des législations en matière de marques de fabrique et de dessins et modèles industriels; une grande activité règne donc à l'Helvetiastrasse 7. Le Bureau, qui est au centre de tous ces efforts, a, certes, le caractère international, mais sa gestion a été confiée par les Etats unionistes au Conseil fédéral suisse. C'est là une raison supplémentaire, pour notre Groupe, de souhaiter aux initiatives prises par M. le Directeur Jacques Secrétan le plus franc succès.

# Vom alten zum neuen schweizerischen Patentgesetz

WALTER WINTER, BASEL

	<i>Inhalt</i>	Seite
I.	Allgemeine Bemerkungen . . . . .	12
II.	Die Struktur des neuen Gesetzes . . . . .	13
III.	Die Neuerungen im Patentgesetz 1954 . . . . .	14
	a) Neuerungen ohne Vorlage im alten Patentgesetz . . . . .	15
	$\alpha$ ) Neuerungen von wesentlicher Bedeutung . . . . .	15
	$\beta$ ) Neuerungen im Rechtsschutz . . . . .	16
	$\gamma$ ) Weitere Neuerungen ohne wesentliche Bedeutung . . . . .	17
	b) Bedeutungsvolle Veränderungen bestehender Patentrechtsvorschriften . . . . .	18
	c) Andere inhaltliche Veränderungen bestehender Patentrechtsvorschriften . . . . .	19
	$\alpha$ ) bei den Allgemeinen Bestimmungen . . . . .	19
	$\beta$ ) beim amtlichen Erteilungsverfahren . . . . .	20
	$\gamma$ ) beim Rechtsschutz . . . . .	21
IV.	Die Übergangsbestimmungen . . . . .	22
	a) Inkraftsetzung ohne Vorprüfung . . . . .	23
	b) Einführung der Vorprüfung . . . . .	23
V.	Schlußbemerkungen . . . . .	24

## I. Allgemeine Bemerkungen

Am 25. Juni 1954 verabschiedete die Schweizerische Bundesversammlung ein neues «Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente». Die Referendumsfrist ist unbenützt abgelaufen, so daß das Gesetz nicht mehr angefochten werden kann; es wird durch den Bundesrat in Kraft gesetzt werden, sobald die Maßnahmen zu dessen Durchführung getroffen sein werden (vgl. Kapitel IV unten).

Das neue Gesetz ist das Ergebnis von mehr als 15 Jahre langer Arbeit der interessierten Kreise. Es bringt keine Umwälzung des schweizerischen Patentrechtes mit sich, sondern es stellt eine Modernisierung dieses Rechtes dar. Die bewährten Grundsätze des bisherigen Rechtes sind beibehalten worden: Nach wie vor sind neue, gewerblich anwendbare Erfindungen patentfähig, werden Patente (Haupt- oder Zusatzpatente) von einem besondern Amte auf Grund einer Anmeldung durch den Erfinder oder dessen Rechtsnachfolger erteilt, gilt vor dem Amte der Anmelder als patentberechtigt, sind für Patente, falls sie nicht vor ihrer Höchstdauer erlöschen sollen, Jahresgebühren zu entrichten, besteht Ausführungszwang, kann der Richter zu Unrecht erteilte Patente vernichten usw. Geändert werden durch das neue Gesetz lediglich Einzelheiten der Ausgestaltung der Rechtsgrundsätze, wobei die Änderungen zum Teil allerdings von erheblicher praktischer Bedeutung sind (vgl. Kapitel III unten).

## II. Die Struktur des neuen Gesetzes

Das Streben der Redaktoren, ein klares Gesetzeswerk zu schaffen, ist schon an der äußeren Struktur des Gesetzes zu erkennen: Die 118 Artikel, deren jeder mit einem Randtitel versehen ist, sind in 5 «Titel» (Hauptabteilungen) gruppiert und jeder Titel (mit Ausnahme des letzten) gliedert sich seinerseits in 7 bzw. 3 betitelte «Abschnitte» (Unterabteilungen), deren jeder 1 bis 16 «Artikel» enthält. Jeder Abschnitt regelt ein Teilgebiet weitgehend vollständig, so daß in den Artikeln Rückbeziehungen selten vorkommen, was der Benutzer des Gesetzes als Erleichterung empfinden wird.

Die Gliederung des Gesetzes sieht wie folgt aus:

### *Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen*

1. Abschnitt: Voraussetzungen und Wirkung des Patentbesitzes (Art. 1–16).
2. Abschnitt: Prioritätsrecht (Art. 17–23).
3. Abschnitt: Änderungen im Bestand des Patentbesitzes (Art. 24–28).
4. Abschnitt: Änderungen im Recht auf das Patent und im Recht am Patent; Lizenzerteilung (Art. 29–34).
5. Abschnitt: Gesetzliche Beschränkungen im Recht aus dem Patent (Art. 35–40).
6. Abschnitt: Gebühren und Zahlungsposten (Art. 41–46).
7. Abschnitt: Wiedereinsetzung in den früheren Stand (Art. 47–48).

### *Zweiter Titel: Die Patenterteilung*

1. Abschnitt: Die Patentanmeldung (Art. 49–58).
2. Abschnitt: Das Prüfungsverfahren (Art. 59).
3. Abschnitt: Patentregister; Veröffentlichungen des Amtes (Art. 50–65).

*Dritter Titel: Rechtsschutz*

1. Abschnitt: Gemeinsame Bestimmungen für den zivilrechtlichen und strafrechtlichen Schutz (Art. 66–71).
2. Abschnitt: Besondere Bestimmungen für den zivilrechtlichen Schutz (Art. 72–80).
3. Abschnitt: Besondere Bestimmungen für den strafrechtlichen Schutz (Art. 81–86).

*Vierter Titel: Einführung der amtlichen Vorprüfung*

1. Abschnitt: Schrittweise Einführung der Vorprüfung und Organisation des Amtes für Geistiges Eigentum (Art. 87–95).
2. Abschnitt: Das Prüfungsverfahren (Art. 96–107).
3. Abschnitt: Besondere Bestimmungen (Art. 108).

*Schlußtitel: Ausführungs- und Übergangsbestimmungen (Art. 109–118)*

Die übersichtliche Gliederung des Gesetzes darf vor allem auch deswegen als besondere Leistung gewertet werden, weil eine Inkraftsetzung des Gesetzes in Teilen und Stufen beabsichtigt ist (Näheres hierüber in Kapitel IV unten). Die geschickte Gliederung des Gesetzes wird die Beibehaltung der Übersicht über das geltende Recht ermöglichen, auch wenn sich die etappenweise Inkraftsetzung des Gesetzes über mehrere Jahre oder gar Jahrzehnte hinausziehen sollte.

### **III. Die Neuerungen im Patentgesetz 1954**

Zur Zeit ist die hier interessierende Materie geregelt im Patentgesetz von 1907 (abgeändert 1926 und 1928) und im Prioritätsgesetz von 1928. Die beigelegte «Tabelle der Beziehungen zwischen neuem und altem Patentgesetz» soll einen vollständigen Überblick über die Beziehungen zwischen altem und neuem Rechte vermitteln:

In den beiden ersten Kolonnen werden die Artikel des neuen Gesetzes und mittels Stichworten deren Inhalt aufgeführt;

in der dritten Kolonne wird angegeben, welcher Artikel des alten Patent- bzw. Prioritätsgesetzes dem betreffenden Artikel des neuen Gesetzes entspricht;

in Kolonne IV/1–4 wird eine Klassifizierung der Änderungen nach Maßgabe des Ausmaßes der Neuerung für jeden Artikel versucht und in Kolonne V wird durch Stichworte auf den Inhalt der Neuerungen hingewiesen.

Trotz allen Strebens nach Objektivität enthält die Tabelle naturgemäß subjektive Elemente; möge sie gleichwohl dem Leser die Gewinnung einer Übersicht über die Gesetzesänderungen erleichtern.

### a) Neuerungen ohne Vorlage im alten Patentgesetz

(Kolonne IV/4 der Tabelle)

Auch diese Neuerungen sind ihrer Bedeutung nach von sehr unterschiedlichem Einfluß auf die Umgestaltung des schweizerischen Patentrechtes und sollen in entsprechender Gruppierung besprochen werden:

#### a) Neuerungen von wesentlicher Bedeutung

Die amtliche Vorprüfung der Patentanmeldungen wird geregelt in Art. 87 bis 107. Das Verfahren entspricht in seinen Grundzügen demjenigen Deutschlands:

Die Behandlung des Patentgesuches ist zunächst Sache der mit einem technisch gebildeten Beamten besetzten Prüfungsstelle; diese ist zuständig für die Vorprüfung des Gesuches, welche mit der Zurückweisung oder Bekanntmachung desselben abgeschlossen wird. Nach der Bekanntmachung erteilt die Prüfungsstelle das Patent, falls kein Einspruch erhoben worden ist.

Die Patentabteilung, welche aus Juristen und technisch gebildeten Mitgliedern besteht und in der Besetzung von drei Mitgliedern, einschließlich des Vorprüfers, entscheidet, führt das Einspruchsverfahren durch und erteilt oder versagt das Patent.

Der unterlegene Anmelder oder Einsprecher hat das Recht zur Beschwerde. Die Beschwerdeabteilung, welche aus juristisch und technisch gebildeten, den ersten Instanzen nicht angehörenden Mitgliedern besteht, entscheidet in der Besetzung mit 3 Mitgliedern; ist die Beschwerde begründet, wird die Abteilung, je nach Aktenlage, entweder das Gesuch an die Vorinstanz zurückweisen oder selbst das Patent erteilen. Entscheidungen der Beschwerdeabteilung können nicht weitergezogen werden (Art. 117).

Für Einzelheiten (Fristen, Gebühren usw.) siehe den Gesetzestext. Es ist beabsichtigt, die Vorprüfung nicht alsbald mit der Inkraftsetzung des neuen Patentgesetzes einzuführen, sondern später und dann stufenweise (vgl. hierüber Kapitel IV unten).

Als weitere bedeutsame Neuerung wird die *Wiedereinsetzung in den früheren Stand* eingeführt (Art. 47–48). Hierdurch soll die harte Folge der unverschuldeten Versäumung einer gesetzlichen oder gesetzten Frist gemildert werden. Die Wiedereinsetzung wird nur während höchstens eines Jahres nach Fristablauf gewährt; das Gesuch ist innert 2 Monaten nach

Wegfall des Hindernisses einzureichen, unter Nachholung der versäumten Handlung. Dritte Zwischenbenützer erhalten ein Weiterbenützungsrecht, wenn durch Wiedereinsetzung ein erloschenes Patent oder eine abgelaufene Prioritätsfrist wieder auflebt; im ersteren Falle ist das Weiterbenützungsrecht entschädigungspflichtig.

### *β) Neuerungen im Rechtsschutz*

In einer Reihe neuer Bestimmungen finden die Erfahrungen, die bei der rechtlichen Durchsetzung von Patenten unter dem bisherigen Rechte gemacht wurden, ihren Niederschlag; es handelt sich, etwa mit Ausnahme von Art. 86, nicht um grundlegende Neuerungen, sondern um solche, die einerseits der Vereinheitlichung und Verbesserung der richterlichen Spruchpraxis und andererseits der Vermeidung von Überspannung des Patentrechtes dienen sollen.

Ausdrücklich wird nunmehr festgelegt, daß der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch auch bei mangelndem Verschulden des beklagten Verletzers gegeben sind (Art. 72) und daß die Gerichte auch Klagen zur Feststellung eines patentrechtlichen Tatbestandes oder Rechtsverhältnisses an die Hand zu nehmen haben (Art. 74).

Dem Umstande Rechnung tragend, daß der durch Patentverletzung geschädigte Kläger oft nicht in der Lage ist, seine Ersatzforderung von vorneherein zu beziffern, wird nun bestimmt, daß dem Richter anheimgegeben werden kann, dies erst später, auf Grund der Beweisaufnahme, zu tun (Art. 73<sup>2</sup>); die Klage kann erst nach Erteilung des Patentbeschlusses angehoben werden (Art. 73<sup>3</sup>). Die Vorschriften über vorsorgliche Maßnahmen sind den Bedürfnissen der Praxis besser und konkreter angepaßt worden, z. T. in Angleichung an die entsprechenden Bestimmungen im UWG (Art. 77–80).

Bei den strafrechtlichen Schutzbestimmungen sind die allgemeinen Vorschriften des StGB anwendbar erklärt worden (Art. 83). Besonders bemerkenswert scheint hier die Behandlung der Fälle, in welchen der Angeschuldigte die Einrede der Nichtigkeit erhebt: Der Strafrichter kann, falls es sich um ein ohne Vorprüfung erteiltes Patent handelt, oder falls der Angeschuldigte in bezug auf ein vorgeprüftes Patent dessen Nichtigkeit glaubhaft macht, den Verletzten veranlassen, beim zuständigen Zivilrichter Klage auf Feststellung der Rechtsbeständigkeit des Patentbeschlusses zu erheben; der

weitere Gang des Strafverfahrens richtet sich dann nach dem Ergebnis des Feststellungsprozesses (Art. 86). Wenn auch zu begrüßen ist, daß der hier regelmäßig weniger erfahrene Strafrichter nicht zur Beurteilung der Rechtsbeständigkeit von Patenten gezwungen sein soll, so bildet doch die Art der Regelung des Problems einen bedenklichen Einbruch in das sonst geltende Prinzip der Präsuntion der Gültigkeit eines ordnungsgemäß vom Staate verliehenen Rechtes.

Einer unbilligen Benachteiligung des wegen Patentverletzung Beklagten wirken entgegen die Bestimmungen über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegen Ausspionierung durch den Patentprozeß (Art. 68) und über die Tragung der Prozeßkosten durch denjenigen Kläger, der seine Klage auf ein Patent stützt, das er schon in einem früheren Prozesse gegen den gleichen Kläger wegen der gleichen Handlung hätte geltend machen können (Art. 71).

### *γ) Weitere Neuerungen ohne wesentliche Bedeutung*

Eine Gruppe von Neuerungen bringt die Übernahme einiger Institutionen, die sich in ausländischen Patentrechtssystemen bewährt haben, so

die Verpflichtung desjenigen, der sich im Geschäftsverkehr oder in einer Verwarnung u. dgl. des Besitzes eines Patentbesitzer berührt, auf Anfrage hin die Nummer des Schutzrechtes zu nennen (Art. 12),

die Verpflichtung des Inhabers eines unter Unionspriorität erteilten Patentbesitzer dem Nichtigkeitsrichter auf Verlangen Auskunft zu geben über das Schicksal der entsprechenden ausländischen Anmeldung (Art. 26<sup>2</sup>),

die Zubilligung des Rechtes an Patentbesitzer schweizerischer Staatsangehörigkeit sich auf die Pariser Verbandsübereinkunft zu berufen (Art. 16).

Andere Neuerungen passen das heutige Patentrecht durch Ergänzungen den Bedürfnissen der Praxis besser an:

Der früher nur implicite geltende Grundsatz, daß das Patent dem Erfinder oder seinem Rechtsnachfolger gebührt, wird ausdrücklich festgelegt (Art. 3), wobei vor dem Amte der Anmelder als berechtigt gilt (Art. 4), das Amt jedoch entsprechende Erklärungen vom Anmelder zu verlangen hat; der Erfinder wird in der Patentschrift genannt, falls er nicht darauf verzichtet (Art. 5, 6).

Die Vorschriften über Verzicht und Abtretung bei Entwendung werden insoweit ergänzt, daß bei Teil-Verzicht oder -Abtretung gegebenenfalls ohne Prioritätsverlust neue Patente errichtet werden können (Art. 25, 30), wobei die Gebührenpflicht besonders geregelt ist (Art. 43, 45).

Bestehende Praxis kodifiziert die Bestimmung, welche festlegt, durch welche Handlungen ein Anmeldedatum begründet wird (Art. 56).

Die Entwicklung der Technik machte eine Bestimmung über Atomkernreaktionen notwendig; diese werden den für chemische Verfahren geltenden Vorschriften unterstellt (Art. 54).

Dem Schutze von Staatsinteressen dient die Vorschrift, daß der Erwerb einer Lizenz durch den Bund nicht veröffentlicht zu werden braucht (Art. 62).

Selbstverständlich finden sich auch unter den Übergangsbestimmungen (einschließlich Art. 108) Vorschriften, die im bestehenden Gesetze kein Vorbild haben; hiervon wird in Kapitel IV hiernach die Rede sein.

## **b) Bedeutungsvolle Veränderungen bestehender Patentrechtsvorschriften** (Kolonne IV/3 der Tabelle)

Hier ist zunächst auf die Änderung der Bestimmung über die absoluten Patentversagungsgründe (Art. 2) hinzuweisen: Die chemischen Textilveredlungsverfahren werden nunmehr patentfähig, wobei diese Änderung allerdings erst mit der Einführung der Vorprüfung eintreten wird (Art. 111). Ferner ist bei Arznei-, Nahrungs- und Futtermitteln sowie bei Getränken eine Gesetzeslücke geschlossen worden, indem diese Stoffe selbst nun unter allen Umständen nicht patentfähig sind; die Herstellungsverfahren können patentiert werden, bei Arzneimitteln allerdings nur die chemischen (Art. 2).

Die Höchstdauer der Patente ist einheitlich auf 18 Jahre vom Anmeldetag an festgesetzt worden; die bisherige Sonderbestimmung, die für Arzneimittelherstellungspatente eine kürzere Dauer stipulierte, ist verschwunden.

Die Vorschrift über den Inhalt von Patenten betreffend chemische Verfahren ist normalisiert worden: Während bisher ein solches Patent in der Regel nur eine einzige, streng individualisierte Reaktion beinhalten durfte, können nun Äquivalent-Gruppen in ein Patent eingeschlossen werden (Art. 53).

Schließlich sind die Kompetenzen des Bundesgerichtes in seiner Eigenschaft als Berufungsinstanz für Streitigkeiten über Erfindungspatente erweitert worden: Hinsichtlich der technischen Verhältnisse wurde die Bindung des Bundesgerichtes an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz aufgehoben, so daß eine neue Beweisaufnahme und eine neue Begutachtung durch Sachverständige stattfinden können; dabei können auch neue Tatsachen und Beweismittel, zu deren Vorbringung in der Vorinstanz keine Möglichkeit oder Veranlassung gegeben war, berücksichtigt werden (Art. 118).

### **c) Andere inhaltliche Veränderungen bestehender Patentrechtsvorschriften**

(Kolonne IV/2 der Tabelle)

An einer großen Reihe von Vorschriften des alten Patentgesetzes wurden Veränderungen vorgenommen, die keine einschneidenden Neuerungen mit sich bringen, sondern das Gesetz den Bedürfnissen der Praxis besser anpassen sollen.

#### *a) Bei den Allgemeinen Bestimmungen*

Hinsichtlich des Neuheitsbegriffes ist festzuhalten, daß vorveröffentlichte Druckschriften nun auch zum maßgeblichen Stande der Technik gehören werden, wenn sie nicht im Inlande vorhanden sind (Art. 7).

Bei völligem oder teilweisem Aufhören eines Hauptpatentes durch Urteil oder Verzicht wird dem unbeabsichtigten Erlöschen zugeordneter Zusatzpatente dadurch begegnet, daß das Amt verpflichtet wird, den Inhaber gegebenenfalls zur Einreichung eines Umwandlungsantrages aufzufordern (Art. 10).

Für ungeprüfte Patente kann der Bundesrat durch Verordnung ein besonderes Patentzeichen schaffen (Art. 11).

Eine Ausstellungspriorität kann nun nur noch aus Ausstellung an einer internationalen Ausstellung abgeleitet werden (Art. 21).

Die Möglichkeiten der Patentbeschränkung durch Verzicht wurden erweitert: Nicht nur können, wie bisher, einzelne Ansprüche gestrichen oder Haupt- und Unteransprüche zusammengelegt werden, sondern es kann, allerdings nur einmal und nur während der ersten 4 Jahre des Bestehens eines Patentes, der Hauptanspruch durch Neuformulierung beschränkt werden

(Art. 24); erleichtert wird die Beschränkung auch durch die neue Möglichkeit der Errichtung neuer Patente für wegen Nichteinheitlichkeit herausfallende Teile der Erfindung (Art. 25).

Die Nichtigkeitsklage wegen Entwendung der Erfindung (Art. 26<sup>2</sup>, Ziff. 6) steht nun nur noch dem berechtigten Eigentümer der Erfindung zu (Art. 28).

Die Abtretungsklage wird nun auch für Patentanmeldungen gegeben (Art. 29); sie muß vor Ablauf von 2 Jahren seit der Ausgabe der Patentschrift angeboten werden; für die Klage gegen den bösgläubigen Entwender gibt es keine Präklusivfrist (Art. 31).

Die «Enteignung» des Patentbesitzes im öffentlichen Interesse ersetzt die bisherige «Zurücknahme»; sie kann nunmehr vom Bundesrat (statt vom Parlament) ausgesprochen werden und gibt Anspruch auf volle Entschädigung (Art. 32).

Hinsichtlich des Rechtsüberganges wird festgelegt, daß auch das Recht auf das Patent vererbt wird; die Wirkung der Vornahme bzw. Unterlassung von Registereintragung betreffend Rechte am Patente wird verdeutlicht (Art. 33).

Das Zwangslizenzrecht wurde ergänzt durch die Bestimmung, daß der Inhaber eines abhängigen Patentbesitzes eine Lizenz am beherrschenden Patente nicht nur dann beanspruchen kann, wenn seine Erfindung einen besonders bedeutenden Fortschritt verkörpert, sondern auch, wenn sie (nur) einem ganz anderen Zwecke dient (Art. 36). Die Vorschriften über Zwangslizenzierung bzw. Löschung des Patentbesitzes bei Unterlassung der Ausführung der Erfindung sind der Londoner Fassung der Pariser Verbandsvereinbarung angepaßt worden; neu ist hier die Zwangslizenzierung als vorsorgliche richterliche Maßnahme (Art. 37, 38).

Eine Reihe von patentamtlichen Gebühren ist erhöht worden (Art. 41, 42, 108); die Möglichkeiten, Bedürftigen Gebühren zu stunden, wurden erweitert (Art. 44).

### *β) Beim amtlichen Erteilungsverfahren*

Zu den bisher zugelassenen 3 Formen von Hauptansprüchen, nämlich solche für Erzeugnisse, Verfahren und Ausführungsmittel, kommen Verwendungsansprüche neu hinzu; demgemäß kann nun ein Patent bis zu vier Patentansprüchen (in spezifisch festgelegten Kombinationen) enthalten (Art. 52). Einer unnötigen

Vielzahl von Unteransprüchen soll dadurch entgegengewirkt werden, daß die Aufstellung von mehr als 5 Unteransprüchen pro Patentanspruch gebührenpflichtig gemacht wurde (Art. 55).

Abgezwigten Anmeldungen wird nun das Anmeldedatum der Stammanmeldung nur zuerkannt, wenn das Teilgesuch bei der Einreichung ausdrücklich als solches gekennzeichnet wird (Art. 57).

Die Möglichkeit, das Anmeldedatum durch spontanen Antrag zu verschieben, wurde aufgehoben (vgl. Art. 58).

### *γ) Beim Rechtsschutz*

Die Verlegung der Beweislast im Verletzungsstreite, welche das alte Patentgesetz für neue Erzeugnisse chemischer Verfahrenspatente als Surrogat für das Fehlen des Erzeugnisschutzes gewährte, wird nunmehr auf alle neuen Erzeugnisse patentierter Verfahren ausgedehnt; überdies wird der Richter angewiesen, auch im Streite über ein bekanntes Erzeugnis die Beweislastverlegung zu verfügen, falls der Patentinhaber eine Patentverletzung glaubhaft macht (Art. 67).

Die Modifizierung der Vorschrift über die Urteilsveröffentlichung ermöglicht nunmehr auch dem freigesprochenen Angeeschuldigten, eine Urteilsveröffentlichung zu erwirken (Art. 70).

Für zivilrechtliche Klagen des Patentinhabers oder gegen letzteren werden im neuen Gesetze die Gerichtsstände sehr sorgfältig und vollständig festgelegt; neu wird für Verletzungsklagen auch der Gerichtsstand des Erfolgsortes zur Verfügung gestellt (Art. 75). Die in einzelnen Kantonen mißverständene Bestimmung des alten Patentgesetzes, wonach jeder Kanton für zivilrechtliche Patentstreitigkeit eine einzige «Instanz» zu bestimmen habe, wird nun dahin verdeutlicht, daß jeder Kanton hierfür eine einzige «Gerichtsstelle» zu bezeichnen habe (Art. 76).

Abgesehen davon, daß die Bestimmungen über vorsorgliche richterliche Maßnahmen Neuerungen enthalten, die im alten Patentgesetz nicht vorgezeichnet waren (vgl. hierüber Abschnitt *a/β* oben), sind auch bestehende Regelungen modifiziert worden; so wurde die Frist für die Einleitung der ordentlichen Klage verlängert, diese Klage nicht für alle Fälle zwingend vorgeschrieben, wohl aber die Sicherheitsleistung durch den Antragsteller u. a. m. (Art. 77–80).

Die strafrechtlichen Sanktionen sind verschärft worden; das Antragsrecht bei Patentverletzung verjährt nun erst 6 Monate nach dem Tage, an welchem dem Verletzten der Täter bekannt wird; der Begriff der Patentberühmung wird verdeutlicht (Art. 81, 82).

Der Gerichtsstand am Wohnort des Täters entfällt, derjenige am Erfolgsort der Tat ist neu statuiert (Art. 84).

Die Strafverfolgung bleibt Sache der Kantone; die Urteile sind der Bundesanwaltschaft zu melden (Art. 86 – Kodifizierung bestehenden Rechtes).

Über die in Kolonne IV/1 angeführten Artikel brauchen keine weiteren Worte verloren zu werden, da jene gegenüber dem alten Gesetze entweder nicht geändert oder nur sprachlich oder rein formal neu gefaßt worden sind.

In zusammenfassender Übersicht kann festgehalten werden, daß das neue Patentgesetz wenige Änderungen von weitreichender Bedeutung mit sich bringt: Hierzu rechnen wir die amtliche Vorprüfung, die Verlängerung und Vereinheitlichung der Patentdauer, die Normalisierung der «chemischen Patente», die Abschaffung des «Textilparagraphen». Die große Masse der Änderungen kennzeichnet sich als natürliche Fortentwicklung, als Modernisierung des bestehenden Rechtes; letztere äußert sich vor allem auch in der Verbesserung, Systematik, Gliederung und Untertitelung des Gesetzes.

#### **IV. Die Übergangsbestimmungen**

Bei jeder Gesetzesnovelle bedarf der Übergang vom alten zum neuen Rechte der sorgfältigen Regelung. Für das neue Patentgesetz liegt dieses Problem besonders schwierig, denn die Titel I–III des Gesetzes können und sollen alsbald nach Ausarbeitung der Vollzugsverordnung in Kraft gesetzt werden, während die Ausführung des IV. Titels, d. h. die Einführung der Vorprüfung, den vorgängigen Aufbau des Prüfapparates erfordert; dazu kommt als weitere Erschwerung, daß auch die Vorprüfung selbst nicht auf einmal, sondern stufenweise für verschiedene Gebiete der Technik eingeführt werden soll.

Die Lösung wurde durch verschiedene geschickte Maßnahmen getroffen, deren wichtigste die Gliederung des Gesetzes ist: Die Titel I–III wurden (mit Ausnahme von Art. 86) so gefaßt, als ob es eine Vorprüfung

nicht gebe; die Vorschriften über die Vorprüfung finden sich nur im IV. Titel, dessen letzter Art. 108 bei den unter den Titeln I–III erscheinenden Artikeln diejenigen Änderungen eintreten läßt, welche die Einführung der Vorprüfung nötig macht und diese Änderungen gelten nur für Schutzrechte, die der Vorprüfung tatsächlich unterstellt worden sind. Weiterhin sind die Übergangsbestimmungen des Schlußtitels selbst schon im Hinblick auf die Inkraftsetzung des Gesetzes in Teilen gefaßt worden.

Im einzelnen ist für die Übergangsetappen folgendes bestimmt:

#### **a) Inkraftsetzung ohne Vorprüfung**

Das im alten Patentgesetz niedergelegte Verbot der Patentierung von nicht rein mechanischen Textilveredlungsverfahren bleibt bestehen (Art. 111).

Das neue Recht wird angewendet auch auf am Inkraftsetzungstage bestehende Patente und hängige Anmeldungen mit wenigen Ausnahmen. Dabei gilt für Patente: als Nichtigkeitsgründe gelten nur diejenigen des alten Gesetzes, die Patentdauer bleibt unverändert für Erfindungen, die nach dem neuen Gesetze nicht patentfähig sind, und es findet keine Erfindernennung statt; für Patentgesuche: falls diese Erfindungen betreffen, welche nach altem, nicht aber nach neuem Rechte von der Patentierung ausgeschlossen sind, können die Anmeldungen nur unter Verschiebung des Anmeldedatums auf den Tag der Inkraftsetzung des neuen Patentgesetzes aufrecht erhalten bleiben (Art. 112, 113).

#### **b) Einführung der Vorprüfung**

Die Einführung wird schrittweise für die verschiedenen Gebiete der Technik erfolgen; zunächst kann dies der Bundesrat für die Textilveredlung und die Zeitmessungstechnik anordnen, während die weitere Ausdehnung durch nur dem Referendum unterstellte Parlamentsbeschlüsse erfolgen kann (Art. 87). Mit der Einführung der ersten Stufe der Vorprüfung werden auch nicht-mechanische Textilveredlungsverfahren patentfähig (Art. 111).

Für zu prüfende Patentgesuche, bzw. geprüfte Patente gilt Art. 108, durch welchen verschiedene Artikel der Titel I–III des Gesetzes modifiziert werden, nämlich

Art. 5 (Erfindernennung – Frist)

Art. 9 (Zusatzpatent – Gebühr)

- Art. 19 (Prioritätsrecht – Frist)
- Art. 22 (Prioritätsrecht – Frist)
- Art. 42 (Jahresgebühren – Beträge)
- Art. 44 (Stundung)
- Art. 47 (Wiedereinsetzung)
- Art. 58 (Änderungen der Gesuchsunterlagen – Zeitpunkte)
- Art. 61 (Amtliche Veröffentlichungen – nach Bekanntmachung der Anmeldung)
- Art. 63 (Patentschrift – Entgegenhaltungen)
- Art. 73 (Vorläufiger Schutz nach Bekanntmachung der Anmeldung).

Implicite ist offenbar zu ergänzen, daß Art. 59 (altes Prüfungsverfahren) dahinfällt. Auf Patente und Anmeldungen, welche bei der Einführung der Vorprüfung schon erteilt, bzw. hängig sind, werden die Vorschriften des Titels IV nicht angewendet; hängige Anmeldungen betreffend chemische Textilveredlungsverfahren können unter Verschiebung des Anmeldedatums auf den Tag der Einführung der Vorprüfung bestehen bleiben (Art. 114, 115).

Für zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit gilt das Recht, welches zur Zeit der Handlung in Kraft stand, im Strafrecht mit der Maßgabe, daß das mildere Recht angewendet wird für solche Handlungen, die unter altem Recht begangen wurden, aber erst unter der Herrschaft des neuen Rechtes beurteilt werden (Art. 116).

## V. Schlußbemerkungen

Der Überblick über die Neuerungen im schweizerischen Patentgesetze 1954 mag zum Schlusse führen, daß, abgesehen vom Entschlusse zur allmählichen Einführung der amtlichen Prüfung von Patentanmeldungen auch auf Neuheit und Erfindungshöhe, keine grundsätzliche Neuorientierung, sondern eine evolutionäre Modernisierung des Patentrechtes erfolgt ist. Inhalt und Geschichte des Gesetzes belegen, daß sich die beteiligten Personen, Gremien und Behörden bemühten, bei der Schaffung des Gesetzes ihre Sachkenntnis und Erfahrung beizutragen, die internationalen Verpflichtungen getreulich einzuhalten und den vernünftigen Ausgleich zwischen sich widerstreitenden Interessen verschiedener Volksgruppen zu finden; diesen letzteren Bemühungen vor allem ist es zu verdanken, daß bei der parlamentarischen Beratung des Gesetzes nur bei wenigen Vorschriften wesentliche Meinungsverschiedenheiten zutage

traten, und daß schließlich darauf verzichtet werden konnte, das Referendum gegen das Gesetz zu ergreifen. Möge es nun in solcher Weise angewendet werden, daß es seinem eigentlichen Zwecke – der Förderung des Gemeinwohls – erfolgreich zu dienen vermag!

*Beilage*: Eine Tabelle.

## **La protection des marques internationales en Egypte qui ont été enregistrées avant ou après l'adhésion de ce pays à l'Arrangement de Madrid**

Comme on sait, l'adhésion de l'Egypte à l'Arrangement de Madrid, promulguée par la loi no 165 de 1950, n'est entrée en vigueur, par décret du 21 mai 1951, qu'à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1952.

La question s'est posée de savoir si les marques internationales qui ont été enregistrées au Bureau International pour la Protection de la Propriété Industrielle, à Berne, avant cette date jouissent de protection dans ce pays et quelle est la valeur des renouvellements de telles marques s'ils sont effectués après la date de l'adhésion.

Le Bureau International à Berne, auquel la question fut soumise pour examen, a été à même de donner une réponse qui apporte tout l'éclaircissement désiré.

Il y est dit que l'Egypte est le premier pays qui en adhérant à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques a fait usage de la faculté prévue à l'article 11 (4) de l'Arrangement de limiter les effets de l'adhésion aux marques enregistrées à partir du moment où celle-ci est devenue exécutoire. Il s'en suit que l'Egypte n'a reconnu que les marques enregistrées au Bureau International à Berne à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1952. Les enregistrements internationaux effectués avant cette date ne jouissent donc pas de protection en Egypte. La Légation d'Egypte à Berne avait en son temps précisé en ce sens la portée de son adhésion audit Arrangement (voir «La Propriété Industrielle» no 12 du 31 décembre 1951, page 205).

Quant au renouvellement des marques anciennes opéré après le 1<sup>er</sup> juillet 1952, celles-ci peuvent être reconnues une fois leur renouvellement opéré, étant toutefois entendu que leur réenregistrement n'aura pas la valeur d'un renouvellement et ne confèrera donc pas à la marque, en Egypte, la priorité découlant de l'enregistrement antérieur. Il y a au

surplus lieu de retenir que la marque ne pourra être protégée en Egypte que si elle ne se heurte pas à une marque plus ancienne et encore enregistrée dans ce pays.

Le Bureau International à Berne a bien voulu demander à l'Administration Egyptienne de lui confirmer que l'interprétation qu'il donne aux dispositions est correcte et qu'elle correspond à la pratique de l'Office des marques de fabrique en Egypte. Dans sa réponse, datée du 14 mars 1955, l'Administration Egyptienne a établi que l'avis du Bureau International reflète exactement l'interprétation que l'Egypte a toujours donnée à l'alinéa 4 de l'art. 11 de l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et qu'il est d'ailleurs conforme à l'application que les autorités ont donnée à la susdite disposition.

(Communication de la part de F. Hoffmann-La Roche & Cie Société Anonyme, Bâle, avec le consentement du Bureau International pour la Protection de la Propriété Industrielle, à Berne.)

## **Les travaux de révision de la loi fédérale sur le droit d'auteur**

PLINIO BOLLA, MORCOTE

(Rapport présenté le 3 mars 1955 à l'assemblée générale de l'Association suisse pour la protection du droit d'auteur.)

En réglant le droit d'auteur, notre législateur ne dispose que d'une liberté assez limitée de mouvement.

La Suisse fait partie depuis le début de l'Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques, créée le 9 septembre 1886 et connue sous le nom d'Union de Berne. C'est dire qu'elle est obligée, envers les autres Etats de l'Union et pour autant qu'il s'agit d'œuvres unionistes, d'appliquer sur son territoire les normes directement exécutoires de la Convention d'Union, dans le dernier texte de celle-ci, qu'elle a ratifié. Ces normes sont devenues toujours plus nombreuses et complexes au cours des révisions successives de la Convention d'Union.

Nous pourrions, théoriquement, appliquer aux œuvres nationales un traitement différent, à la condition qu'il ne soit pas plus favorable (art. 4 § 1 Conv. Union). Mais nous porterions ainsi atteinte nous mêmes à nos intérêts. C'est pourquoi la Suisse s'est toujours empressée d'étendre aux œuvres nationales les bienfaits accordés par la Convention d'Union aux œuvres unionistes. Il n'est guère concevable d'ailleurs, même au seul point de vue de la technique législative, qu'un pays unioniste adopte deux systèmes complètement différents de protection, l'un applicable aux œuvres unionistes et l'autre aux œuvres nationales; il en résulterait des inconvénients et des complications intolérables pour les justiciables intéressés; les nombreux éléments de loi uniforme, qu'on trouve dans la Convention d'Union, postulent, en réalité, leur introduction dans l'ordre interne sous la forme de dispositions applicables à toutes les œuvres.

La liberté d'action de la Suisse, dans le domaine du droit d'auteur,

n'est pas limitée seulement par les obligations internationales, qu'elle a assumées. L'Union de Berne s'est constituée pour faire progresser le droit d'auteur. Tout Etat qui en fait partie, a le devoir moral de suivre le mouvement, c'est-à-dire d'approuver au fur et à mesure les révisions, par lesquelles la Convention d'Union s'efforce de s'adapter aux circonstances nouvelles et de se rapprocher toujours plus de son idéal, qui est une protection satisfaisante et efficace des droits des créateurs de l'esprit. Pour empêcher les réformes, qui leur paraissent inacceptables, les Etats de l'Union ont à leur disposition, dans les conférences diplomatiques de révision, l'arme du veto (art. 24 § 3 Conv. Union).

Le devoir moral de ne pas s'arrêter à un stade arriéré du droit conventionnel existe à un degré tout spécial pour la Suisse, qui a été le berceau de l'Union de Berne et à qui la Convention d'Union a confié la tâche de régler l'organisation et de surveiller le fonctionnement du Bureau de l'Union. Noblesse oblige. Mais ce n'est pas uniquement une question de prestige et de bienséance. La communauté internationale impose des obligations à tous ses membres. La neutralité perpétuelle de la Suisse ne fait qu'accentuer notre devoir de rendre à la communauté internationale les services qui sont conformes à notre génie, c'est-à-dire qui se placent en dehors de la participation armée aux conflits. Nous avons un intérêt politique évident à ce que les Unions internationales, qui ont le siège sur notre territoire, gardent et revêtent toujours davantage le caractère de divisions utiles et efficaces de l'administration mondiale en gestation. Les autres Etats comprendraient mal, ou ne comprendraient pas du tout, que la Suisse se cantonne, à l'égard de l'activité d'Unions, telles que celles de Berne ou de Paris, dans une attitude d'agnosticisme, d'indifférence, de scepticisme. A la Conférence diplomatique de Genève de 1952 pour la protection universelle du droit d'auteur, le Brésil s'est étonné que la Suisse n'ait pas encore ratifié l'instrument de Bruxelles du 26 juin 1948 révisant la Convention d'Union; au Congrès de l'ALAI à Montecarlo, l'année dernière, on a évité de justesse qu'un vœu ne soit adressé à nos autorités pour qu'elles ne renvoient pas davantage cette ratification.

On ne voit d'ailleurs pas pourquoi nous refuserions de nous joindre, dès maintenant, aux pays qui forment le groupe de tête dans l'Union de Berne. La ratification de la révision de Bruxelles ne nous impose guère de réformes, dont on puisse dire qu'elles constitueraient pour nous un sacrifice, sous forme d'abandon forcé de conceptions juridiques respectables. Je ne mentionne même pas, à cet égard, l'abrogation de l'art. 21 LFDA (licéité de l'exécution publique au moyen d'instruments mécaniques); cette norme était, dès le début, en ce qui concerne les œuvres

unionistes, contraire au texte de Berlin (13 novembre 1908) de la Convention d'Union et en l'écartant nous ne faisons qu'accomplir, avec quelques décennies de retard, notre devoir envers les autres pays de l'Union (cf. RO 59 II 333). Il en est de même pour les aménagements des exceptions au droit d'auteur en faveur de la presse; ceux-ci sont d'ailleurs d'importance si minime que la Suisse a cru pouvoir s'en passer en faveur des œuvres nationales, lorsqu'elle a ratifié le texte de Rome (2 juin 1928). Il ne reste en réalité que la prolongation de 30 à 50 ans *post mortem auctoris* du délai pour l'exercice des facultés patrimoniales qui font partie du droit d'auteur. Il y a certes quelque chose d'arbitraire dans toute fixation de délai; c'est là une raison de plus pour que nous ne nous entêtions pas, sur ce point, dans un avis particulier, mais, en faisant preuve d'une sage humilité, nous acceptons la durée qui a su acquérir force de *communis opinio* au sein de l'Union. C'est la rançon de toute unification en matière de droit privé.

Il y a également intérêt et urgence à ce que la Suisse ratifie la Convention universelle sur le droit d'auteur, signée à Genève le 6 septembre 1952 (CU); nous pouvons le faire sans devoir apporter préalablement la moindre retouche à notre législation nationale. La CU entrera en vigueur trois mois après le dépôt de douze instruments de ratification, d'acceptation ou d'adhésion, y compris les instruments déposés par 4 Etats ne faisant pas partie de l'Union de Berne. Jusqu'ici 4 ratifications ont été déposées (Andorre, Haïti, Espagne, Etats-Unis d'Amérique) et 4 adhésions sont intervenues (Cambodge, Pakistan, Laos, Costa Rica)<sup>1</sup>; la procédure de ratification ou d'adhésion est engagée dans plusieurs autres Etats et si nous voulons être parmi les 12 pays, où la CU entrera tout d'abord en vigueur simultanément, nous n'avons pas de temps à perdre.

Ceux qui ont suivi, même de loin, la Conférence diplomatique de Genève de 1952 n'auront gardé aucune illusion sur la possibilité d'expansion que l'Union de Berne aurait eu, pendant assez longtemps encore, même sans la stipulation de la CU. La Convention d'Union est toute imprégnée de valeurs européennes, auxquelles, sans aucun orgueil de l'esprit, les Etats de l'Union, européens ou non, restent très attachés, mais qui se concilient parfois difficilement avec les conceptions intellectuelles, sociales, politiques qui l'emportent dans d'autres pays d'autres Continents. Pour englober la plupart de ces pays dans un système multilatéral de protection du droit d'auteur, il fallait les approcher dans un esprit plus

---

<sup>1</sup> Andorre, Haïti, Etats-Unis d'Amérique, Cambodge, Laos, Costa Rica ne font pas partie de l'Union de Berne.

réceptif. C'est ce que l'Unesco a fait. La Convention universelle n'est qu'un début. L'espoir est permis que grâce à elle la protection des droits des auteurs se propagera dans des régions, qui lui étaient restées plus ou moins fermées et qu'elle y passera rapidement d'un stade rudimentaire à des formes plus évoluées. Les Etats Unis d'Amérique, contrairement à des prévisions qui avaient trouvé quelque écho aussi chez nous, ont ratifié avec une rapidité éloquente la CU, ce qui entraînera sous peu la ratification par le Royaume Uni, intéressé plus que tout autre Etat à l'abrogation de la *manufacturing clause* américaine. Nous devons aux auteurs suisses et aux auteurs qui publient pour la première fois en Suisse, de leur procurer la possibilité de se faire protéger aux Etats-Unis, sans passer par un dépôt coûteux et fastidieux et en se bornant à respecter la formalité, en somme anodine, instituée par la CU; aussi en ce qui concerne le droit de traduction, la CU est susceptible de procurer aux œuvres de ressortissants suisses ou publiées pour la première fois en Suisse des avantages dans toute une série de pays appelés à jouer un rôle toujours plus important dans la vie intellectuelle.

La Suisse n'aurait eu et n'aurait des raisons de rester à l'écart de la CU que si celle-ci constituait (et elle aurait certes pu constituer) une menace pour l'Union de Berne. Mais des mesures efficaces ont été prises pour parer à ce danger: les dispositions de la CU ne déployeront aucun effet entre les pays membres de l'Union de Berne; les pays qui quitteront l'Union de Berne, ou qui l'auront quittée après le 1<sup>er</sup> janvier 1951, ne pourront invoquer la CU que dans les rapports avec les pays ne faisant pas partie de cette Union. On a remarqué à raison que ces mesures, dont la seconde, semble-t-il, n'a pas de précédent en droit international public, constituent un hommage éclatant rendu à l'Union de Berne par les pays qui n'en font pas encore partie.

La législation nationale suisse sur le droit d'auteur devant subir un aménagement avant la ratification de l'Acte de Bruxelles (1948), la tentative était forte de procéder à une révision intégrale de la LDA du 7 février 1922. Celle-ci est une copie quelque peu servile de textes allemands, qui ne constituent pas un modèle de technique législative et qui sont désormais considérés comme surannés dans leur propre pays. Lors de la rédaction de la LF du 7 février 1922 on ignorait la radiodiffusion, la télévision, le film sonore, les magnétophones et les recordophones; la photocopie et la microcopie ne donnaient pas encore ombrage aux éditeurs; l'industrie phonographique n'avait pas acquis de loin l'importance que lui a valu de nos jours la perfection de ses enregistrements. Pourquoi ne pas rédiger *ex novo* une loi fédérale sur le droit d'auteur, tenant compte des

progrès de la technique et permettant au justiciable de se renseigner d'une façon aussi sûre que rapide sur ses droits et sur ses obligations?

Il fallut déchanter rapidement. Le domaine du droit d'auteur est caractérisé aujourd'hui par une très grande fluidité. Des institutions juridiques, qui ont été mises sur pied en vue de la multiplication, par l'imprimerie, des résonances de l'écrivain, peuvent-elles s'appliquer, sans des réformes de structure, aux nouvelles formes de diffusion des œuvres littéraires et artistiques, caractérisées par des investissements de plus en plus lourds et par l'étendue toujours plus grande des cercles de personnes qu'elles permettent d'atteindre, grâce aussi à la cascade de techniques en techniques, d'arts en arts?

Convient-il de continuer à envisager uniquement l'hypothèse, qui est presque une fiction ou un exemple d'école, de la personne physique ayant créé une œuvre déterminée et qui en autorise la reproduction ou l'exécution publique, et ignorer dans la loi, le rôle des sociétés d'auteur, sans lesquelles la perception serait quasiment impossible, mais dont l'activité est caractérisée par la coalition des intérêts?

S'il faut repenser tout le problème, le moment présent est-il bien choisi? Les créateurs de l'esprit ne risquent-ils pas de trop devoir sacrifier à l'intérêt public, à un moment où la propriété elle-même s'infléchit vers une espèce de fonction sociale et où l'Etat tend à faire, de l'utilisation sociale de l'art, une sorte de service public? Un tarissement de la source libre de la création artistique ne serait-il pas la conséquence de tout excès de socialisation dans le domaine des Muses?

La Convention d'Union va certainement remplir, au cours des prochaines décennies, une fonction salutaire, à laquelle les fondateurs de l'Union de Berne n'avaient probablement pas pensé: celle de frein pour les législateurs nationaux, qui seraient tentés de s'emballer dans des voies nouvelles, sous le prétexte de la diffusion de la culture et de la libre circulation des idées.

Quoiqu'il en soit, les rapports entre le film sonore et le droit d'auteur font actuellement l'objet d'études sérieuses sur le plan international. Il convient que le législateur suisse les suive attentivement; la création littéraire et artistique n'est pas aussi territoriale que la propriété foncière et elle ne se prête guère à l'originalité des solutions autochtones. Cette enquête, à laquelle se livre le Bureau de l'Union de Berne, a d'ailleurs eu, pour nous, un premier résultat favorable; elle nous a permis de constater que l'inconvénient principal, dont se plaignent à l'étranger les producteurs de films, soit les abus dans l'exercice du droit moral, ne se vérifie pas, ou en tout cas pas dans la même mesure, chez nous, où nous ne connais-

sons pas la saisie en quelque sorte automatique, mais uniquement des mesures provisionnelles, que le juge n'accorde qu'à bon escient, après que ses narines subtiles ont senti, en l'espèce, le *fummus boni juris*.

Le Bureau de l'Union de Berne s'occupe, depuis des années, avec le BIT et l'Unesco, de mettre sur pied une convention internationale pour la protection des droits des artistes exécutants, des fabricants de disques et des organismes de radiodiffusion. Nous ne devrions pas être loin du but. Les revendications des artistes exécutants surtout paraissent justifiées (je parle du principe, non de la mesure), vu l'atteinte profonde que l'essor et l'utilisation généralisées des méthodes et techniques d'enregistrement et de diffusion sonore et visuelle ont eu sur les conditions d'existence et de travail de ces auxiliaires indispensables des auteurs. Il serait imprudent que la Suisse règle aujourd'hui ces problèmes, sur le plan national, au risque de devoir réformer demain sa loi pour l'adapter aux solutions qui auront prévalu internationalement. En attendant, on ne saurait priver chez nous les artistes exécutants de ce début de protection, que leur accorde l'art. 4 al. 2 LFDA, quoique cette norme soit, sans aucun doute, un corps étranger dans le système de notre loi.

Il faudra régler un jour, cela me paraît certain, le problème des reproductions faites, à des fins privées, par les moyens modernes de la photocopie, de la microcopie et des appareils enregistreurs, tels que magnétophones et recordophones. La tempête qu'a soulevé dans la presse le seul fait que ce problème ait été évoqué prouve toutefois que les conditions d'une intervention législative sont encore loin d'être réalisées. Ce n'est que par la formation, sur cette question, d'une *communis opinio* dans les États, dont nous partageons la civilisation, qu'on pourra peut-être convaincre le public suisse que, si le droit d'auteur doit s'arrêter là où commence la sphère privée, cette frontière ne peut être fixée une fois pour toutes, *ne varietur*, sans tenir compte des possibilités que la technique moderne offre de transformer en usine perfectionnée le foyer le plus paisible.

Si l'on tient compte de tous ces éléments, on ne peut, à mon avis, que considérer comme empreinte de sagesse la décision du Conseil fédéral<sup>1</sup> de limiter la révision de la LFDA à ce qui est strictement indispensable pour permettre la ratification, par la Suisse, des instruments de Bruxelles et de Genève. Il y a une hiérarchie dans les urgences et l'art de la politique législative veut qu'elle soit respectée.

---

<sup>1</sup> Le Royaume-Uni vient de s'engager dans la même voie (cf. le «bill» du 15 février 1955); il paraît que le Gouvernement de Bonn va suivre l'exemple; dans ces deux États les travaux en vue de la révision totale des lois sur le droit d'auteur étaient pourtant très avancés.

La décision du Conseil fédéral s'est traduite en la présentation aux Chambres des trois messages du 12 octobre 1954, proposant l'approbation de la Convention d'Union révisée à Bruxelles et celle de la CU et de ses deux protocoles annexes 1 et 2, ainsi qu'une révision partielle de la LDA du 7 décembre 1922. Dans cette dernière serait introduit, entre autres, un art. 68 bis qui permettrait, à l'avenir, à la Suisse de participer rapidement à de nouvelles versions de la Convention d'Union sans que les auteurs d'œuvre d'origine suisse soient traités moins favorablement.

C'est au Conseil national qu'a été reconnue la priorité.

La Commission du CN s'est occupée des trois messages, aux cours de deux sessions, en novembre 1954 et en janvier de cette année. Une troisième session est prévue pour le 9 mars prochain. La Commission a décidé de recommander au Conseil l'acceptation des propositions du Conseil fédéral, sauf sur quelques points touchant la révision de la LFDA.

Le vœu a été repris tout d'abord que les œuvres cinématographiques soient expressément mentionnées à l'art. 1<sup>er</sup> LDA, comme elles le sont, depuis la révision de Bruxelles, à l'art. 2 § 1<sup>er</sup> de la Convention d'Union. Le vœu peut paraître, à première vue, fondé. Les œuvres cinématographiques figurent actuellement, à l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 LDA, sous la rubrique des œuvres littéraires et avec les termes «les arrangements scéniques fixés par la cinématographie ou par un procédé analogue et constituant une création originale». Or cette dernière condition n'a pas de raison d'exister, du moment qu'elle vaut, d'après la LDA, pour toutes les œuvres protégées; il faut d'autre part un effort pour ramener toutes les créations cinématographiques originales à un arrangement scénique (qu'on pense à ce chef d'œuvre tout récent qu'est le film de Walt Disney sur le désert vivant); enfin, parmi les créateurs intellectuels du film, il y en a dont la prestation n'a rien à faire avec les œuvres littéraires. D'autre part, toutefois, à la différence de l'art. 2 al. 1<sup>er</sup> de la Convention de Berne, qui définit le terme d'œuvres littéraires et artistiques surtout par une série d'exemples assemblés pêle-mêle, l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 LDA distingue entre les œuvres littéraires, les œuvres musicales, les œuvres des arts figuratifs et cette distinction revient tout le long de la loi: où insérer les œuvres cinématographiques? quelles seraient, dans chaque hypothèse, les répercussions sur les autres normes? et sur la jurisprudence? J'ai présent à l'esprit l'arrêt 16 mars 1948, SUISA c. Koch (RO 74 II 106), où le TF a jugé que le compositeur de la musique du film a sur elle un droit d'auteur propre, et non pas seulement un droit d'auteur commun au sens de l'art. 7 LDA, la collaboration, aux termes de cette dernière disposition, n'étant concevable qu'à l'égard d'une œuvre d'une seule et même espèce. Par

conséquent, et *de lege lata*, le TF a jugé que les compositeurs de la musique du film sont fondés à percevoir une redevance spéciale pour l'autorisation d'exécuter l'œuvre publiquement. Ce principe mérite-t-il d'être consacré, *de lege ferenda*? On peut être de différent avis là-dessus. Mais, si l'on veut trancher ce problème, qu'on le fasse ouvertement, et non pas par la bande, au moyen de la mention, apparemment anodine, de l'œuvre cinématographique à l'art. 1<sup>er</sup> LFDA. Il va sans dire que, en bonne technique législative, si l'on voulait étendre la réforme partielle à la réglementation du film, il faudrait envisager cette réglementation dans son ensemble, et non seulement sur un point de détail.

Si les propositions du Conseil fédéral étaient adoptées, aucun inconvénient ne pourrait découler, pour les auteurs d'œuvres cinématographiques d'origine suisse, de la rédaction quelque peu défectueuse de l'art. 1 al. 2 LDA; car lesdits auteurs seraient fondés à invoquer l'art. 2 § 1<sup>er</sup> Conv.Union, grâce à la disposition nouvelle de l'art. 68 bis LDA.

La Commission du CN propose une définition quelque peu différente de l'enregistrement éphémère. *Ubi veritas?*

Enfin, un membre de la Commission du CN voudrait que la licéité des emprunts au cours de reportages ne porte pas seulement sur les œuvres littéraires ou artistiques mais aussi sur les «Veranstaltungen mit öffentlichem Interesse». Un tel amendement sort complètement du cadre d'une loi sur le droit d'auteur.

Rien, en tout cas, jusqu'ici ne fait craindre que la révision partielle n'aboutisse pas, dans un temps raisonnable.

Si, comme nous le souhaitons, les 3 messages passeront le cap de la délibération par les Chambres et, le cas échéant, du referendum, les travaux préparatoires en vue de la révision totale de la LFDA devraient être commencés sans tarder et poursuivis sans hâte mais sans d'inutiles attermoissements.

Ai-je qualité pour me prononcer, en simple citoyen, sur une question de méthode?

La rédaction d'un avant-projet par un spécialiste, même éminent, ne constituerait pas, selon moi, un sérieux pas en avant. Ce qui importe davantage, me semble-t-il, c'est d'aboutir, sur toute une série de points névralgiques, à un équilibre raisonnable et équitable des intérêts en présence. Pourquoi la révision totale ne serait-elle pas prise en main par le Bureau de la propriété intellectuelle? Il serait loisible à celui-ci de se faire assister par un comité restreint d'experts, où seraient appelés à siéger des juristes désintéressés et versés dans le droit d'auteur. La Commission pourrait se diviser en plusieurs sous-commissions, dont chacune entendrait

les porte-parole des cercles intéressés à un groupe de problèmes et proposerait des solutions. Le Bureau, en tant que secrétariat de la Commission, préparerait les documents de travail, comprenant notamment des extraits des lois les plus modernes et des projets à l'étude dans les principaux pays ainsi que des renseignements sur les travaux qui se poursuivent dans le domaine international. Après que les matériaux auraient été ainsi assemblés, le moment serait venu de faire appel à un bon architecte.

**Zu Art. 33bis des bundesrätlichen Entwurfs  
eines Bundesgesetzes zur Änderung des Bundesgesetzes  
betreffend das Urheberrecht an Werken  
der Literatur und Kunst (vom 12. Oktober 1954)  
betreffend ephemere Schall- oder Bildträger<sup>1</sup>**

THEODOR MOLL, BASEL

1. Das geltende Urheberrechtsgesetz vom 7. Dezember 1922 gewährt dem Urheber eines Werkes der Literatur und Kunst das ausschließliche Recht, das Werk durch irgendein Verfahren wiederzugeben (Art. 12, Ziff. 1). Dieses Recht schließt insbesondere die ausschließliche Befugnis in sich, das Werk auf Instrumente zu übertragen, die dazu dienen, es mechanisch vorzutragen oder aufzuführen (Art. 13, Ziff. 2). Auf Grund dieser klaren und eindeutigen Rechtslage besteht zwischen der MECHANLIZENZ, Schweizerische Gesellschaft für Mechanische Urheberrechte, und dem durch diese vertretenen Bureau International de l'Édition Mécanique (BIEM), welchen die Urheber von Werken der Tonkunst mit und ohne Text die Verwaltung ihrer Rechte anvertraut haben, einerseits, und der Schweizerischen Rundpruchgesellschaft, andererseits, ein Vertrag, welcher der Rundpruchgesellschaft das Recht einräumt, gegen Entrichtung

---

<sup>1</sup> BBl 1954 II S. 669 ff. mit bundesrätlicher Botschaft S. 639 ff. Zum Problem der «*émission différée*» und der ephemeren Schall- oder Bildträger vgl.: *Tournier*, l'Émission différée, in *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1948 Nr. 62 S. 46 f.; *Desbois* in *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1948 Nr. 65 S. 308 ff. und *Straschnov* daselbst S. 318 ff.; *Bolla* in *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1949 Nrn. 67–68 S. 116 ff. und *Buser* daselbst S. 137 ff.; *Vilbois*, Les émissions différées et le droit d'auteur, in *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1949 Nr. 69 S. 317 ff.; *Tournier*, La notion d'enregistrement éphémère, in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, Janvier 1954 II S. 31 ff., *Chamrath*, Das Rechtsproblem der ephemeren Schallaufnahme für den Rundfunk, in *Ufita* 1955 XIX S. 34 ff., und *Troller*, Die internationalen Beziehungen in den Referentenentwürfen zur Urheberrechtsreform, Berlin, 1955, S. 36 ff.

einer jährlichen Pauschale das Repertoire der MECHANLIZENZ und des BIEM in Form sogenannter Eigenaufnahmen zu Sendezwecken beliebig häufig auf Instrumente zu übertragen, die dazu dienen, es mechanisch vorzutragen oder aufzuführen. Die Schweizerische Rundpruchgesellschaft ist dabei absolut frei, die derart hergestellten Aufnahmen in Archiven aufzubewahren, um sie bei Gelegenheit erneut zu Sendungen zu benutzen. Sie darf ihre Eigenaufnahmen ferner an diejenigen ausländischen Sendegesellschaften weitergeben, die mit dem BIEM und durch dessen Vertretung auch mit der MECHANLIZENZ in einem analogen Vertragsverhältnis stehen. Zurzeit ist unseres Wissens auf Grund der bestehenden Verträge ein unbeschränkter Austausch von Eigenaufnahmen mit den Sendegesellschaften von Frankreich, Italien, Westdeutschland, England, Luxemburg, Monaco, Andorra u. a. möglich. Die Schweizerische Rundpruchgesellschaft kann ihre Eigenaufnahmen nach der ersten Sendung aber auch sogleich wieder vernichten bzw. löschen. Eine Verpflichtung hiezu besteht jedoch in keinem Fall.

2. Die *Organisation Internationale de Radiodiffusion* (OIR) und ihre Nachfolgerin, die *Union Européenne de Radiodiffusion* (UER), stellen sich demgegenüber seit den dreißiger Jahren auf den Standpunkt, es sei nicht richtig, daß die Sendeunternehmen neben der Sendeerlaubnis vom Urheber auch noch eine spezielle Erlaubnis, Eigenaufnahmen zu Sendezwecken herzustellen, einholen müsse<sup>2</sup>. Die Herstellung von Eigenaufnahmen sei eine notwendige technische Vorbereitungshandlung für den eigentlichen Sendeakt und damit integrierender Bestandteil der Sendung und nicht etwa eine unter das mechanische Reproduktionsrecht des Urhebers fallende Reproduktion seines Werkes. Die Sendeerlaubnis enthalte infolgedessen bereits notwendigerweise die Erlaubnis, die zur Sendung bestimmten Werke vorgängig auf mechanische Instrumente aufzunehmen.

In Befolgung dieser Politik schlug die OIR der Brüsseler Revisionskonferenz der Berner Union vor, die folgende Bestimmung als Absatz 4 eines neuen, das Senderecht des Urhebers regelnden Art. 11 bis in die Übereinkunft hineinzunehmen<sup>3</sup>:

«L'enregistrement de sons et d'images uniquement destiné aux besoins de la radiodiffusion ne requiert pas l'autorisation de l'auteur prévue à l'article 13 et n'est assujéti à aucune rémunération.»

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu und zum folgenden: *Desbois* in *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1948 Nr. 62 S. 21 ff. und *Straschnov* daselbst S. 33 ff.

<sup>3</sup> *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1948 Nr. 62 S. 32 und 42.

Zur Begründung dieser vorgeschlagenen Konventionsbestimmung wurde angeführt<sup>4</sup>:

«L'enregistrement effectué pour les besoins propres de la radiodiffusion a un caractère nettement différent de la reproduction mécanique régie par l'article 13, celle-ci constituant un mode particulier d'exploitation des œuvres de l'esprit au même titre que la radiodiffusion.

L'enregistrement radiophonique a pour objet exclusif la diffusion radiophonique de l'œuvre et ne constitue qu'un des moyens techniques indispensables à l'exploitation normale de la radiodiffusion moderne qui doit atteindre à des heures appropriées un vaste auditoire réparti sur tous les points du globe.

Le fait d'enregistrer une œuvre aux fins exclusives d'en effectuer la radiodiffusion ne saurait, en tout état de cause, porter un préjudice à l'auteur, ni du point de vue de son droit moral, ni du point de vue de son droit à une juste rémunération. Bien au contraire, l'enregistrement facilite, dans une large mesure, la radiodiffusion de l'œuvre dont l'exécution donne lieu, au profit de l'auteur, au payement d'une rémunération. Il est donc inexact de prétendre que les auteurs ne peuvent tirer un profit pécuniaire de l'exécution par la radiodiffusion de leurs œuvres préalablement enregistrées. Mais il serait illogique de grever l'émission radiophonique faite au moyen d'un enregistrement d'une double rémunération se rapportant, d'une part, à l'acte d'enregistrement et, d'autre part, à l'acte de diffusion parce que ces deux actes concourent à un seul et même but: la radiodiffusion de l'œuvre.

Or, l'acte final de radiodiffusion étant uniforme, que l'émission soit faite en direct ou au moyen d'un enregistrement, il est certain que le choix des moyens employés ne doit, en aucun cas, influencer sur la rémunération due à l'auteur.»

*In Brüssel* wurde dieser Antrag auf vollständige Negicrung des mechanischen Reproduktionsrechts gegenüber den Sendeunternehmen hauptsächlich durch die *Delegation von Monaco* vertreten<sup>5</sup>. Ihm stand der Vorschlag eines Abs. 3 des neu zu schaffenden Art. 11 bis des Berner Büros und der belgischen Regierung mit folgendem Wortlaut gegenüber<sup>6</sup>:

«Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l'alinéa premier n'implique pas l'autorisation d'enregistrer, au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, l'œuvre radiodiffusée.»

Begründet wurde der Vorschlag des Berner Büros und der belgischen Regierung wie folgt<sup>7</sup>:

«Nous proposons de compléter l'article 11 bis par un alinéa 3 nouveau, concernant l'enregistrement des radioémissions sur disques et autres appareils analogues. Sauf stipulation contraire, ni le réceptionnaire ne doit être autorisé à utiliser les ondes à cette fin, ni la compagnie émettrice à fixer l'œuvre sur un disque, si elle n'est investie que du

<sup>4</sup> A. a. O. S. 44 f.

<sup>5</sup> Documents de la Conférence réunie à Bruxelles, Berne 1951, S. 271 ff., insbesondere S. 276, Ziff. 4, und S. 284.

<sup>6</sup> A. a. O. S. 270.

<sup>7</sup> A. a. O. S. 268 f.

droit de radiodiffusion. L'autorisation de radiodiffuser n'implique pas in dubio celle de fixer sur disques l'œuvre radiodiffusée. La compagnie émettrice ne pourra pas décharger sa responsabilité, fondée sur l'article 13 de la Convention, en objectant que l'enregistrement phonographique avait pour but unique l'utilisation du disque dans la radiodiffusion. La sous-commission de l'Association littéraire et artistique internationale a trouvé cette proposition superflue, l'article 13 actuel permettant, à son avis, d'arriver à la même conclusion. Même s'il en était ainsi — et nous n'en sommes pas persuadés — il ne serait pas inopportun d'apporter en la matière le maximum de précision. En effet, si l'auteur reçoit, en vertu de l'article 11 bis, le droit exclusif de radiodiffusion, on pourrait en déduire que toute utilisation quelconque de l'œuvre radiodiffusée avec son autorisation est licite. Telle a été précisément la thèse du Tribunal du Reich, pour autant du moins qu'il s'agissait de la diffusion par haut-parleur. Notre proposition de réserver à l'auteur cette forme de communication au public combat la théorie allemande. Mais la précaution que nous voudrions prendre à l'encontre du haut-parleur n'est pas moins indiquée à l'encontre de l'enregistrement phonographique. Autrement, on pourrait être tenté de soutenir que la radiodiffusion embrasse toutes les utilisations de l'œuvre qui ne sont pas expressément réservées. Sans doute l'article 13 accorde-t-il à l'auteur le droit d'autoriser la fixation de ses œuvres musicales sur des disques phonographiques. Cependant un tribunal pourrait quand même décider qu'une pareille fixation, réalisée d'après une émission radiophonique, n'est pas sujette à une autorisation spéciale, le droit de radiodiffusion englobant cet usage de l'œuvre. Dans tous les cas, il paraît prudent de ne pas laisser s'accréditer une interprétation, selon nous dangereuse. Bien entendu, la règle que nous proposons de formuler n'a rien d'un principe de droit impératif: l'auteur demeurerait toujours libre de céder à la compagnie de radiodiffusion avec laquelle il traite non seulement le droit de propager son œuvre par la T.S.F., mais aussi celui de procéder à des enregistrements de l'œuvre (ou d'autoriser un tiers à les effectuer). Mais de semblables arrangements ne se présumeraient pas: ils devraient chaque fois être clairement stipulés.»

An der Konferenz wurde die Beratung über die zukünftige Regelung des Senderechts des Urhebers einer von *alt Bundesgerichtspräsident Dr. Plinio Bolla* präsierten Unterkommission anvertraut<sup>8</sup>. Nachdem Monaco im Laufe der langwierigen Debatten angesichts der vollständigen Aussichtslosigkeit, seinen Vorschlag durchzubringen, diesen zurückzog und auch Holland, Polen und Ungarn ihre Vorschläge, welche zwischen dem monegassischen und demjenigen des Berner Büros und der belgischen Regierung einen Kompromiß zu erreichen suchten, zurückgezogen hatten, konzentrierte sich das Interesse auf einen modifizierten schweizerischen Vorschlag mit folgendem Wortlaut<sup>9</sup>:

«L'autorisation accordée conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup>, implique, pour l'organisme qui l'a obtenue, le droit d'enregistrer l'œuvre au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, si pour des raisons techniques ou d'horaire, la radiodiffusion de

<sup>8</sup> Über den Gang der Verhandlungen vgl. das Protokoll a. a. O. S. 283 ff. und *Bolla* in *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1949 Nrn. 67–68 S. 116 ff.

<sup>9</sup> Documents de Bruxelles S. 298.

l'œuvre doit être différée; dans ce cas, ledit instrument, après avoir servi à la diffusion de l'œuvre dans le cadre d'un programme unique, doit être détruit ou être rendu impropre à un nouvel usage.»

Die Diskussion wogte hin und her. Dem schweizerischen Vorschlag wurde vorgeworfen, er gehe zuviel in Details. Derjenige des Berner Büros und der belgischen Regierung stieß auf den hartnäckigen Widerstand der Delegation Monacos. Dänemark, Schweden und Norwegen schlugen vor, in der Konvention überhaupt nicht von den Eigenaufnahmen der Sendegesellschaft zu sprechen, was wiederum bei der niederländischen Delegation auf Ablehnung stieß. Schließlich konnte abseits der offiziellen Debatten ein Text gefunden werden, der einstimmig angenommen wurde, um künftig als Abs. 3 von Art. 11 bis Bestandteil der Berner Übereinkunft zu bilden<sup>10</sup>:

«Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article n'implique pas l'autorisation d'enregistrer, au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, l'œuvre radiodiffusée. Est toutefois réservé aux législations des Pays de l'Union le régime des enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions. Ces législations pourront autoriser la conservation de ces enregistrements dans des archives officielles en raison de leur caractère exceptionnel de documentation.»

3. *Abs. 3 von Art. 11 bis der Berner Übereinkunft in der Brüsseler Fassung* stellt vorerst im Sinne des Vorschlags des Berner Büros und der belgischen Regierung fest, daß, sofern keine gegenteilige Vereinbarung zwischen den Beteiligten vorliegt, die vom Urheber einem Sendeunternehmen erteilte Erlaubnis, seine Werke zu senden, die Erlaubnis nicht einschließt, das gesendete Werk auf Schall- oder Bildträger festzuhalten. Den Gesetzgebungen der Verbandsländer bleibt jedoch vorbehalten, Bestimmungen zu erlassen, über die von einem Sendeunternehmen mit seinen eigenen Mitteln und für seine eigenen Sendungen vorgenommenen «ephemerer» Schall- oder Bildaufnahmen, wobei die Gesetzgebung weiter gestatten kann, daß diese Schall- oder Bildträger auf Grund ihres außergewöhnlichen Dokumentationscharakters in amtlichen Archiven aufbewahrt werden dürfen.

Dem Wortlaut des ersten Satzes dieser Bestimmung ist mit jeder nur gewünschten Eindeutigkeit zu entnehmen, daß der Standpunkt der OIR, wonach die Herstellung von Eigenaufnahmen durch die Rundspruchorganisationen nicht eine Reproduktion im Sinne des traditionellen Urheberrechts darstelle, sondern lediglich als ein unentbehrliches, unselbständiges technisches Moment des modernen Sendevorgangs selber,

<sup>10</sup> A. a. O. S. 540.

ja als ein Bestandteil der Sendung zu betrachten und zu behandeln sei, was wiederum bedeute, daß die Einräumung der Sendeerlaubnis durch den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger bereits schon die Ermächtigung zur Herstellung von Schall- oder Bildträgern durch das Sendeunternehmen enthalte, in Brüssel zugunsten des Vorschlags des Berner Büros und der belgischen Regierung abgelehnt worden ist. Im Sinne eines Entgegenkommens und eines Kompromisses wurde allerdings den Verbandsländern die Möglichkeit offengelassen, in ihren Gesetzgebungen für sogenannte ephemere Schall- oder Bildaufnahmen ein Ausnahmeregime zugunsten der Sendegesellschaft einzuführen. Eine Verpflichtung der nationalen Gesetzgeber hiezu besteht jedoch nicht.

4. Was versteht nun aber die Berner Übereinkunft unter «ephemeren» Schall- oder Bildträgern? Dem Konventionstext ist als Begriffsmerkmal nur zu entnehmen, daß es sich um Eigenaufnahmen des Sendeunternehmens handelt, die mit seinen eigenen Mitteln und für seine eigenen Sendungen hergestellt werden. Aufnahmen, die nicht mit eigenen Mitteln hergestellt werden und die für den Austausch mit andern Sendunternehmen bestimmt sind, können somit nicht unter das Ausnahmeregime fallen. Aus der Bestimmung, daß die Verbandsländer die Archivierung einzelner ephemerer Schall- oder Bildträger auf Grund ihres außergewöhnlichen Dokumentationswerkes vorsehen dürfen, kann «e contrario» geschlossen werden, daß die ephemeren Schall- oder Bildträger normalerweise nach einem bestimmten Zeitpunkt zerstört oder sonstwie unbrauchbar gemacht werden müssen<sup>11</sup>. Wann dieser Zeitpunkt gekommen ist, geht aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht hervor. Insbesondere sagt in dieser Richtung der Begriff «ephemer» nichts genaues. Ebenso wenig ist dem Wortlaut Näheres über die Verwendungsmöglichkeiten der ephemeren Schall- oder Bildträger während ihrer Lebensdauer zu entnehmen.

In Anbetracht der äußerst *lückenhaften* Vorschrift sind wir auf eine sinn-gemäße Auslegung des Wortlauts nach der «ratio legis» angewiesen, wobei wir uns der Materialien in Gestalt der Eingaben der Verbandsländer zu Art. 11 bis des Programms und des Beratungsprotokolls der Brüsseler Konferenz als Hilfsmittel bedienen können. Einen wertvollen Hinweis gab der Präsident der Unterkommission zur Behandlung des Senderrechts an der Brüsseler Konferenz, alt Bundesgerichtspräsident *Bolla*, selber<sup>12</sup>:

«La «ratio legis» est, selon nous, que l'intérêt constitue la mesure de tout droit et que l'auteur, ayant autorisé la radiodiffusion, n'a pas d'intérêt légitime (toujours sous

<sup>11</sup> So auch *Bolla* in *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1949 Nr. 67–68 S. 121 f.

<sup>12</sup> In *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1949 Nr. 67–68 S. 119 f.

réserve du droit moral, art. 6 bis) à ce que l'œuvre soit exécutée par des moyens vivants (c'est-à-dire directement) plutôt qu'au moyen d'un enregistrement mécanique, si ce dernier n'est pas destiné à conserver une vie propre, indépendante, et si son emploi est déterminé uniquement par des nécessités techniques ou d'horaire (par exemple l'artiste exécutant n'est pas disponible à l'heure où le programme sera radiodiffusé, ou bien l'émission ne peut pas être faite à la même heure pour le public entier que l'organisme de radiodiffusion veut atteindre, à cause des différences d'heures représentées par les fuseaux horaires). En revanche, l'intérêt légitime de l'auteur à jouir du droit d'autoriser spécialement l'enregistrement reparaît aussitôt que l'enregistrement fait en vue de la radiodiffusion est destiné à servir à un usage analogue à celui auquel servent les appareils mécaniques ordinaires.»

Auf Grund dieser Überlegungen kommt *Bolla* hinsichtlich der Verwendungsmöglichkeit und der Lebensdauer des vom Sendeunternehmen mit seinen eigenen Mitteln für seine eigenen Sendungen hergestellten ephemeren Schall- oder Bildträgern, zu folgendem Schluß<sup>13</sup>:

«Pour définir les enregistrements éphémères, il faut, à notre avis, tenir compte de la raison de la discrimination en leur faveur. L'enregistrement éphémère est un enregistrement rendu nécessaire pour des raisons techniques ou d'horaire, par opposition à l'enregistrement effectué afin de se procurer un appareil mécanique lequel, à la façon d'un disque phonographique, puisse servir à de multiples radiodiffusions ou exécutions en général. Mais l'enregistrement ne cesse pas nécessairement d'être éphémère par le seul fait qu'il sert à plusieurs émissions; l'organisme de radiodiffusion peut disposer de plusieurs stations émettrices qui s'adressent à des publics différents (par exemple à la métropole et à des colonies situées dans un autre hémisphère) et qui utilisent soit des gammes d'ondes différentes, soit différentes techniques (modulation d'amplitude, de fréquence, etc.). Dans la règle, les émissions multiples devront, pour ne pas faire perdre à l'enregistrement son caractère éphémère, être celles d'un programme unique; mais une nouvelle émission dans le cadre d'un nouveau programme, par exemple au cours d'une revue radiophonique hebdomadaire, ne nous paraît pas absolument exclue.

Dans la règle, l'enregistrement éphémère doit être radiodiffusé dans un délai déterminé. Ce délai ne sera pas toujours nécessairement très court; en effet, l'organisme de radiodiffusion peut se trouver dans la nécessité de préparer plusieurs semaines ou même quelques mois d'avance des enregistrements en vue d'un événement qui donnera lieu à une émission (par exemple une inauguration, le couronnement d'un souverain, etc.).»

Abschließend bekennt *Bolla* jedoch, daß die Tragweite des Begriffs ephemere Schall- und Bildaufnahmen hinsichtlich seiner Grenzen dennoch unbestimmt bleibe. Da die Verbandsländer nicht verpflichtet seien, die Möglichkeiten auszuschöpfen, welche ihnen die Konvention lasse, sei eine restriktive Interpretation des Begriffs erlaubt.

Einen weiteren Hinweis auf den Charakter und das Wesen des ephemeren Schall- und Bildträgers gibt uns *Dr. Rodolphe de Reding* in seinem im Monat Dezember des Jahres 1948 erschienen Werk «Droit d'auteur

<sup>13</sup> A. a. O. S. 121.

et Radiodiffusion». Der Verfasser geht im IX. Abschnitt seiner Arbeit über die «émission différée» Seite 38 ff. davon aus, daß drei verschiedene Arten von Sendungen mittels Schall- oder Bildaufnahmen («enregistrements») zu unterscheiden seien:

1. Sendungen mit Hilfe von normalen, dauerhaften Eigenaufnahmen, wobei diese Aufnahmen archiviert werden, um wiederholten Sendungen dienen zu können,
2. Sendungen mit Hilfe von im Handel befindlichen Industrieschallplatten, und
3. eben die Sendung mit Hilfe von ephemeren Schall- oder Bildträgern, die der Autor in Klammern als «émission différée» bezeichnet.

Diese «émission différée» wird Seite 38 folgendermaßen beschrieben:

«Le studio procède, pour des motifs techniques ou horaires, à l'enregistrement d'un programme en vue d'une émission ultérieure et unique soit sur son émetteur, soit sur d'autres. C'est ce que nous appelons en langage de radio une «émission différée».»

Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen zitiert *de Reding* die Definition, welche die Union Internationale de Radiodiffusion (UIR) der «émission différée» gegeben hat:

«L'émission différée est une émission qui, pour des raisons techniques et horaires, a été enregistrée préalablement en vue d'une diffusion unique sur leur propre réseau ou sur les émetteurs étrangers dans un laps de temps déterminé. L'enregistrement doit être rendu inutilisable après l'émission.»

Schließlich verläßt jedoch *de Reding* seine bisher konsequent einghaltene Linie auf Seite 41 f. und tönt bereits die durch die Schweizerische Rundspruchgesellschaft im Laufe der in Gang befindlichen Revision des Urheberrechtsgesetzes verfolgte Politik an, welche dahingeht, eine möglichst große Bresche in das mechanische Reproduktionsrecht des Urhebers zu schlagen, das ihr gegenüber im heutigen Zeitpunkt noch voll gewahrt ist, indem er – ohne eine nähere Begründung zu geben – ganz unvermittelt ausführt, der Begriff «ephemere Schall- oder Bildträger» decke sich nicht mit dem Begriff «émission différée», vielmehr sei der Gesetzgeber bei der Definition der ephemeren Schall- oder Bildträger nicht an die für die «émission différée» gegebenen Begriffsbestimmungen gebunden<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> «Comme nous l'avons vu au chapitre II, la Convention d'Union traite, au second paragraphe de l'alinéa 3 de l'article 11 bis la question de l'enregistrement éphémère, ce qui revient à dire de «l'émission différée»: c'est là un réel progrès. Pourtant – de l'avis de M. Georges Straschnov, l'éminent juriste de l'OIR, avis que nous partageons – ceci ne signifie pas que la notion «enregistrement éphémère» et la notion «émission différée» se recouvrent. En effet, lorsqu'il définira l'enregistrement éphémère, le législateur ne sera pas obligé de tenir compte des définitions données précédemment de l'émission différée» (S. 41 f.).

5. Dem aus der Feder von alt Bundesgerichtspräsident *Bolla* stammenden *Bericht betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst*<sup>15</sup>, sowie dem Verhandlungsprotokoll der vom Bundesrat eingesetzten *Expertenkommission* für die Begutachtung des Vorentwurfes *Bolla*, die vom 23. bis 25. November 1953 in Bern tagte, kann entnommen werden, daß die Schweizerische Rundspruchgesellschaft vom Gesetzgeber verlangte, er solle von der Möglichkeit der Einführung eines Ausnahmeregimes zu ihren Gunsten hinsichtlich der ephemeren Schall- oder Bildträger Gebrauch machen. Der Entwurf *Bolla* kam diesem Begehren nach und schlug die Übernahme des folgenden Textes als neuen Art. 33bis mit dem Marginale «ephemere Tonträger» vor<sup>15</sup>:

«Sofern keine gegenseitige Vereinbarung vorliegt, schließt eine gemäß Art. 12, Ziff. 5 dieses Gesetzes gewährte Erlaubnis nicht die Erlaubnis ein, das durch Rundspruch gesendete Werk auf Schall- oder Bildträgern festzuhalten.

Das Sendeunternehmen, das die Erlaubnis gemäß Art. 12, Ziff. 5 dieses Gesetzes erhalten hat, ist jedoch berechtigt, mit seinen eigenen Mitteln und für seine eigenen Sendungen das zur Sendung bestimmte Werk auf Ton- oder Bildträger aufzunehmen, unter der Bedingung, daß der Ton- oder Bildträger innert einer Frist von 28 Tagen seit der Herstellung wieder vernichtet oder unbrauchbar gemacht wird.»

Die derart hergestellten ephemeren Schall- oder Bildträger hätten innerhalb der Frist von 28 Tagen seit ihrer Herstellung offenbar auf sämtlichen Sendern und Richtstrahlern unbeschränkt gesendet werden dürfen. Hingegen lehnte es der Entwurf ab, die Archivierung dieser Schall- oder Bildträger zuzulassen, mit der Begründung, daß ein Tonträger in Wirklichkeit nicht mehr ephemere sei, wenn er dazu bestimmt sei, aufbewahrt zu werden. Die Aufbewahrung habe ja offensichtlich vor allem den Zweck, eine spätere Radiosendung zu ermöglichen<sup>16</sup>.

6. In der *Diskussion der Expertenkommission* sah sich die Schweizerische Rundspruchgesellschaft einer geschlossenen Front von Experten gegenüber, die sich in der Meinung, daß Rundspruch und Autoren eine vertragliche Lösung treffen sollen, gegen die Aufnahme der vorgeschlagenen Sonderbestimmung in das Gesetz aussprachen<sup>17</sup>. Man war deshalb allgemein erstaunt, im Herbst 1954 im bundesrätlichen Entwurf eines Bundesgesetzes zur Änderung des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, der auf Grund des Ergebnisses der Beratungen in der Expertenkommission ausgearbeitet worden war, um

<sup>15</sup> Vom Eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum unter dem Datum des 28. Februar 1953 vervielfältigt.

<sup>16</sup> Bericht *Bolla* betr. die Teilrevision S. 30.

<sup>17</sup> Verhandlungsprotokoll S. 28 ff.

mit der bundesrätlichen Botschaft vom 12. Oktober 1954 dem Parlament vorgelegt zu werden, einen *neugefaßten Artikel 33bis* präsentiert zu erhalten, welcher einen äußerst weitgehenden Einbruch in das mechanische Reproduktionsrecht des Urhebers vorsieht. Unter dem Marginalie «ephemere Schall- oder Bildträger» schlug der *Bundesrat* folgende Vorschrift vor<sup>18</sup>:

«Sofern keine gegenteilige Vereinbarung vorliegt, schließt eine gemäß Art. 12, Ziff. 5, gewährte Ermächtigung nicht die Erlaubnis ein, das zur Sendung bestimmte Werk auf Schall- oder Bildträgern festzuhalten.

Das Sendeunternehmen, das eine Ermächtigung gemäß Art. 12, Ziff. 5, erhalten hat, ist jedoch berechtigt, mit seinen eigenen Mitteln das Werk für seine eigenen Sendungen auf einem Schall- oder Bildträger festzuhalten. Es darf indessen das Werk mittels des so hergestellten Schall- oder Bildträgers höchstens zweimal über jeden seiner Sender oder Richtstrahler senden. Alle diese Sendungen müssen innerhalb einer Frist von 28 Tagen seit der ersten, über irgendeine jener Sendeeinrichtungen durchgeführten Sendung vorgenommen werden. Nach Ablauf dieser Frist ist der Schall- oder Bildträger zu vernichten oder unbrauchbar zu machen.»

In der *Botschaft* dazu wird zur Begründung ausgeführt<sup>19</sup>, die Rundfunkunternehmungen seien gezwungen, für ihre Sendungen im voraus ein genaues zeitliches Programm aufzustellen. In vielen Fällen sei es den Vortragenden Autoren oder Künstlern nicht möglich, zu der im Programm vorgesehenen Zeit vor dem Mikrophon zu erscheinen. Die technische Vervollkommnung der Tonaufnahmegeräte habe nun die Möglichkeit gebracht, die Vorträge usw. zunächst auf einer Schallplatte oder auf einem Tonband aufzunehmen, welches dann den Vortragenden zu der im Programm vorgesehenen Zeit vor dem Mikrophon ersetze. Dieses Vorgehen werde sodann sehr oft auch im Interesse des Vortragenden benützt, da es ermögliche, nicht gelungene Partien des ersten Vortrages durch verbesserte Wiederholungen zu ersetzen. Die Rundfunkunternehmungen würden nun geltend machen, daß die Zahlung einer Entschädigung für das mechanische Reproduktionsrecht sich in denjenigen Fällen nicht rechtfertige, wo es nur darum gehe, den Vortragenden aus Gründen der erwähnten Art vor dem Mikrophon zu ersetzen. Die Botschaft führt weiter aus, es habe in der Expertenkommission von den Gegnern der vorgesehenen Vorschrift nicht bestritten werden können, daß das Sendeunternehmen auf die Herstellung von Tonträgern für die Durchführung seiner Programme in hohem Maße angewiesen sei. Es müsse daher ein Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber und denjenigen der Sendegesellschaft gefunden werden. Der Vortragende habe nun kein schutzwürdiges Interesse daran, seinen Vortrag direkt vor dem Mikro-

<sup>18</sup> BBl 1954 II S. 671.

<sup>19</sup> A. a. O. S. 659 ff.

phon zu halten. Er dürfe daher die Herstellung eines Tonträgers nicht von Bedingungen abhängig machen, die über dasjenige hinausgehen, was er für die Sendeerlaubnis zu beanspruchen habe, sofern der Tonträger nicht zu dauernder Verwendung bestimmt werde. Angesichts der unbestreitbaren Wichtigkeit einer solchen Ordnung für das Sendeunternehmen auf der einen Seite und des Widerstandes der Urheber auf der andern Seite sei nicht zu erwarten, daß eine allseitig befriedigende Dauerlösung zwischen den beteiligten Parteien auf vertraglichem Weg erzielt werden könne. Infolgedessen müsse diese Einschränkung des in Art. 12, Abs. 1, Ziff. 1, und Art. 13, Abs. 1, Ziff. 2 des Gesetzes gewährleisteten Rechtes im Gesetze geregelt werden. Der Einwand der Urheber und der ausübenden Künstler, eine solche Sondervorschrift sei überflüssig, da die Schweizerische Rundspruchgesellschaft das Recht zur Herstellung von Eigenaufnahmen von der zuständigen Urhebergesellschaft pauschal erwerbe, wurde vom Bundesrat ebenfalls als nicht schlüssig abgelehnt und mit der vielsagenden Bemerkung abgetan, daß zweifellos die Höhe der Pauschalentschädigung durch den Umstand beeinflußt werde, ob das Rundfunkunternehmen befugt sei oder nicht befugt sei, solche ephemere Tonträger anzufertigen.

In der Folge führte die *Botschaft* weiter aus,

- daß der Umstand, daß eine mit Hilfe eines solchen Ton- oder Bildträgers vorgenommene Werkaufführung gleichzeitig mit der Rundfunksendung der Rundspruchgesellschaft auch noch durch die Drahtrundspruchorganisation durch Draht verbreitet werde, nichts daran ändere, daß dieser Ton- oder Bildträger als für die eigene Sendung der Rundspruchgesellschaft hergestellt gelte,
- daß das Begehren der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft, dem Tonträger für Sendungen über jeden einzelnen ihrer Sender mit Einschluß des Kurzwellensenders und bei diesem über jeden Richtstrahler unabhängig voneinander benützen zu dürfen, gerechtfertigt sei,
- daß auch die von der Rundspruchgesellschaft beanspruchte zweimalige Verwendung pro Sender und pro Richtstrahler zuzulassen sei, obwohl zweifellos eine einmalige Verwendung dem ephemeren Charakter am besten entsprechen würde, und
- daß der Vorschlag, die Frist, innert welcher der Tonträger benützt werden dürfe, auf 28 Tage seit der ersten Sendung zu bemessen, in der Expertenkommission von keiner Seite bemängelt worden sei.

Wie ist diese Begründung zu würdigen?

7. *Auszugehen ist von der heutigen Rechtslage.* Bei dem zwischen der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft und der MECHANLIZENZ herrschenden Vertragssystem verdient in erster Linie hervorgehoben zu werden, daß die Rundspruchgesellschaft bei der Herstellung von Eigenaufnahmen keinerlei Beschränkungen unterworfen ist. Der Vertrag gibt der Rundspruchgesellschaft das Recht, gegen eine pauschale Entschädigung so viele Eigenaufnahmen, seien es dauerhafte oder ephemere, zur Durchführung einer «*émission différée*» bestimmte, herzustellen, wie sie nur wünscht. Es wird vor allen Dingen nicht etwa ein Unterschied zwischen dauerhaften Eigenaufnahmen zu Archivierungs- und Austauschzwecken und ephemeren, die nach Gebrauch zerstört werden müßten, gemacht. Jede Eigenaufnahme darf die Rundspruchgesellschaft beliebig lang aufbewahren, beliebig oft zu Sendungen benützen und an andere nationale Rundspruchgesellschaften weitergeben, welche mit dem BIEM und durch dieses auch mit der MECHANLIZENZ in einem analogen Vertragsverhältnis stehen. Wenn deshalb von Seiten des Rundspruchs zur Stützung seiner Begehren geltend gemacht wird, der Widerstand der Autoren gegen die Einführung eines Sonderregimes für die ephemeren Schall- und Bildträger richte sich letztlich gegen deren eigene Interessen, weil das Rundfunkunternehmen mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit sich veranlaßt sehe, indirekte Sendungen mehr oder weniger einzuschränken zugunsten der für die Werkübergabe im allgemeinen ungünstigeren Direktsendungen<sup>20</sup>, so kann das für die schweizerischen Verhältnisse unter gar keinen Umständen zutreffen, indem die Schweizerische Rundspruchgesellschaft unter dem geltenden Vertragssystem überhaupt keinen Anlaß hat, sich bei der Herstellung ephemerer Eigenaufnahmen in irgendwelcher Beziehung Zurückhaltung zu auferlegen. Soviel uns bekannt ist, haben die Urheber nie die Absicht geäußert, an diesem Pauschalsystem irgend etwas ändern zu wollen. Die Diskussion um die allfällige Einführung eines Ausnahmeregimes zugunsten der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft und zu Lasten der Urheber kann sich somit nicht darum drehen, daß der Rundspruchgesellschaft neue technische Möglichkeiten erschlossen werden müßten, die ihr unter dem heutigen Vertragssystem etwa entzogen wären. Die Schweizerische Rundspruchgesellschaft macht sich seit Jahren tagtäglich die sämtlichen Vorteile der ephemeren Schall- oder Bildträger und der «*émission différée*» ungeschmälert zu eigen, unter Entrichtung allerdings des den Urhebern

---

<sup>20</sup> So *Chamrath* in *Ufita* 1955 XIX S. 41 f.

auf Grund des heutigen Gesetzesrechts und der bestehenden Verträge im Rahmen der jährlichen Pauschale für die Herstellung von Eigenaufnahmen geschuldeten gerechten Lohns. Der vom Bundesrat vorgeschlagene neue Art. 33bis hat deshalb einzig zum Zweck, die der Urheberrechtsgesellschaft für die Herstellung von Eigenaufnahmen geschuldete Jahrespauschale zu kürzen. Eine andere Wirkung könnte er nicht haben. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, überrascht die Tendenz des Rundspruchs, den Rahmen des gewünschten Ausnahmeregimes soweit wie möglich zu ziehen, nicht. Je mehr Eigenaufnahmen künftig unter dem Sammelbegriff der ephemeren Schall- oder Bildträger subsumiert werden könnten, desto mehr würde sich das Verhältnis der Anzahl der ephemeren Schall- oder Bildträger zur Anzahl der dauerhaften zugunsten der ersten verschieben und umso größer wäre die Reduktion der Jahrespauschale, welche verlangt würde.

Es dürfte sich erübrigen, viele Worte darüber zu verlieren, daß das Interesse des Sendeunternehmens an der Senkung des für die Herstellung von Eigenaufnahmen an die Urheber zu bezahlenden Betrages keinen genügenden Grund zur Normierung eines Ausnahmeartikels wie des vorliegenden Art. 33bis bildet. Wäre dem anders, so hätte die Brüsseler Revisionskonferenz den Vorschlag des Berner Büros und der belgischen Regierung auf Wahrung des mechanischen Reproduktionsrechts des Urhebers gegenüber den Sendeunternehmungen *ex iure conventionis* ihre Zustimmung versagen und vorschreiben müssen, daß in der Erteilung der Sendeerlaubnis auch die Ermächtigung zur Herstellung von Schall- oder Bildträgern zu Sendezwecken enthalten sei.

8. Mit dem bisher Gesagten ist zwar immer noch keine Antwort gegeben auf die Frage, was die Brüsseler Fassung der Berner Übereinkunft eigentlich unter der ephemeren Schall- oder Bildaufnahme verstanden haben will. *Eine nur oberflächliche Prüfung aber ergibt, daß der bundesrätliche ephemere Schall- oder Bildträger in verschiedener Hinsicht über die Ausnahmenvorschrift von Art. 11bis Abs. 3 der revidierten Berner Übereinkunft weit hinausgeht.*

Auf Grund des vorgeschlagenen Art. 33bis hätte es die Schweizerische Rundspruchgesellschaft in der Hand, sogenannte ephemere Schall- oder Bildträger jahrelang, ja unbeschränkt aufbewahren zu können, ehe sie zu einer Sendung verwendet würden. Schon damit würde der Unterschied zwischen einem dauerhaften und einem ephemeren Schall- oder Bildträger vollständig verwischt. Ob ein in den Archiven der verschiedenen Studios befindlicher Schall- oder Bildträger ein ephemerer im Sinne der vorgesehenen Ausnahmenvorschrift oder ein normaler, unter das aus-

schließliche mechanische Reproduktionsrecht des Urhebers fallender sein sollte, wäre für die Urheber und, falls nicht eine ganz rigorose und kostspielige Kontrolle ständig unterhalten würde, auch für die Rundpruchgesellschaft, überhaupt nicht mehr feststellbar. Mißbräuchen wäre Tür und Tor geöffnet. Es bedarf keines großen Scharfsinnes, um zu erkennen, daß solche Schall- oder Bildträger keine ephemeren im Sinne der revidierten Berner Übereinkunft mehr sein können.

Dann aber soll nach dem bundesrätlichen Entwurf die Schweizerische Rundpruchgesellschaft den ephemeren Schall- oder Bildträger nach einer ersten Sendung, die unter Umständen erst nach Jahren erfolgt, nicht etwa sofort zerstören oder sonstwie unbrauchbar machen müssen, sondern die Möglichkeit haben, ihn innerhalb einer Frist von 28 Tagen für eine zweite Sendung über jeden ihrer Sender oder Richtstrahler gesondert benutzen können. Auch diese extensive Ausgestaltung des Regimes der Schall- oder Bildträger findet in der bundesrätlichen Botschaft – abgesehen von der Feststellung, daß die Schweizerische Rundpruchgesellschaft das Recht zur Vornahme einer zweiten Sendung pro Sender und pro Richtstrahler beanspruche – keine Begründung.

9. Unterzieht man nun aber darüber hinaus die materielle Begründung, welche die bundesrätliche Botschaft zu Art. 33bis gibt, einer näheren Prüfung, so kann man feststellen, daß das dort Gesagte ausnahmslos demjenigen entspricht, das *de Reding* in seinem bereits zitierten Werk zur Begründung des von ihm für die «*émission différée*» vorgeschlagenen Ausnahmeregimes vorbringt und das sich auf folgende einfache Formel reduzieren läßt: *Immer dann, wenn aus technischen oder zeitlichen Gründen eine Sendung nicht in dem Augenblick erfolgen kann, wo sich im Sendestudio oder anderswo die zur Sendung bestimmten Vorgänge abspielen und wo der Schall- oder Bildträger, welcher zur Überbrückung der Zeitspanne hergestellt wird, nicht seine ihm eigene Funktion erfüllt, wiederholte unkörperliche Wiedergaben seines Schall- oder Bildinhaltes zu ermöglichen, sondern eben nur zur Überbrückung technischer oder zeitlicher Schwierigkeiten bei der Vornahme einer sogenannten aufgeschobenen Sendung dient, und nicht etwa wiederholte Sendungen ermöglichen soll, wie der dauerhafte Schall- oder Bildträger, immer dann soll die vorherige mechanische Reproduktion der Sendung als integrierender Bestandteil der nachfolgenden Ausstrahlung betrachtet werden und der zu diesem Zweck hergestellte ephemere Schall- oder Bildträger, der unmittelbar nach der Sendung zerstört oder sonstwie unbrauchbar gemacht werden müßte, vom ausschließlichen mechanischen Reproduktionsrecht des Urhebers ausgenommen werden können.* Wenn in diesem Umfang die Normierung von Ausnahmenvorschriften zugunsten der Sendunternehmung noch diskutiert werden könnte, so muß auf der andern

Seite festgestellt werden, daß die Verwendung einer Eigenaufnahme zu einer zweiten, späteren Sendung, handle es sich dabei auch um eine solche über einen anderen Sender oder sogar Richtstrahler, in jedem Fall eine über das Erfordernis der «*émission différée*» hinausgehende Verwendung des Schall- oder Bildträgers darstellt, welche dem Sendeunternehmen erst durch die eigentliche charakteristische Eigenschaft des Schall- oder Bildträgers erlaubt wird, beliebige Wiederholungen der fixierten Töne oder Bilder zu ermöglichen. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Sendegesellschaft, wenn sie Schall- oder Bildträger herstellt, um die Vornahme *wiederholter* Sendungen zu verschiedenen Zeitpunkten zu ermöglichen, ohne zum Beispiel die Künstler oder sonstigen Personen wiederholt zu beanspruchen und selbstverständlich auch jedesmal zu honorieren, den Inhabern der mechanischen Rechte an den gesendeten Geisteswerken – welche zudem nicht unbedingt identisch mit den Inhabern der Senderechte sein müssen – auch noch die normale Ausübung des mechanischen Reproduktionsrechts versagt haben will. Hier endet die zeitliche oder technische Notwendigkeit zur Herstellung eines ephemeren Schall- oder Bildträgers und damit das Interesse des Rundspruchs an einer Durchbrechung des ausschließlichen mechanischen Reproduktionsrechts und beginnt das rechtliche Interesse der Urheber an der Partizipierung am finanziellen Nutzen, welchen die Herstellung und Verwendung von Eigenaufnahmen der Rundspruchgesellschaft ermöglicht.

Unseres Erachtens stellt das Erfordernis, daß mit dem ephemeren Schall- oder Bildträger der revidierten Berner Übereinkunft nur eine einzige Sendung veranstaltet werden darf, das einzig brauchbare Kriterium dar, um die Urheber und ihre Rechtsnachfolger von einer allzuempfindlichen Durchlöcherung ihres mechanischen Reproduktionsrechts der Sendeunternehmung gegenüber, die man in Brüssel nicht gewollt hat, zu schützen. Das Kriterium entspricht den Bedürfnissen der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft, welche die bundesrätliche Botschaft als schützenswert erachtet, vollständig: den Interessen der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft, den Vortragenden aus technischen oder zeitlichen Gründen bisweilen vor dem Mikrophon zu ersetzen und, mit andern Worten, eine aufgeschobene Sendung durchzuführen, wäre gebührend Rechnung getragen. Der Rundspruchgesellschaft aber *wiederholte* Sendungen mit Hilfe eines Schall- oder Bildträgers zu ermöglichen, ohne daß die Inhaber der mechanischen Reproduktionsrechte begrüßt werden müßten, würde ein über die Berücksichtigung berechtigter technischer und zeitlicher Interessen hinausgehendes Geschenk auf dem Rücken der Urheber darstellen.

Wenn – mit *Bolla*<sup>21</sup> – gesagt werden kann, daß das Interesse das Maß jedes Rechts bilde, so kann unseres Erachtens nicht wegdiskutiert werden, daß dem Inhaber des mechanischen Reproduktionsrechts ein berechtigtes Interesse an der Ausübung seines Rechts dann nicht abgesprochen werden kann, wenn die Sendeunternehmung von ihr hergestellte Schall- oder Bildträger nicht nur dazu benutzt, um eine Sendung aus technischen oder zeitlichen Gründen aufzuschieben, sondern darüber hinaus dazu, an Stelle einer einzigen Sendung eine Mehrzahl von Sendungen zu verschiedenen Zeitpunkten durchzuführen. Hier dient der Schall- oder Bildträger nicht mehr nur der Durchführung und Aufschiebung einer Sendung, sondern erfüllt seine eigentliche Funktion, wiederholte unkörperliche Wiedergaben seines Inhalts zu ermöglichen und damit dem Sendeunternehmen als überaus nützlichem Hilfsmittel ganz enorme Ausgaben für die Entlohnung des künstlerischen und technischen Personals, welches für die Wiederholungen der Sendung entbehrlich geworden ist, zu ersparen.

Entsprechend der Bezeichnung dieser Schall- oder Bildträger als «ephemere» müßte ihre Verwendung zur Durchführung einer «*émission différée*» innerhalb eines bestimmten, kurzen Zeitabschnitts erfolgen, dessen Festsetzung an sich Ermessenssache ist. Immerhin deutet das Wort «ephemer» an, daß von Tagen, vielleicht sogar Wochen, unter keinen Umständen jedoch von Monaten oder Jahren die Rede sein kann. Auch in dieser Beziehung schießt der bundesrätliche Entwurf weit über das Ziel hinaus, indem er keinerlei zeitliche Grenze zieht, nach deren Überschreitung der ephemere Schall- oder Bildträger unbrauchbar gemacht werden müßte, selbst wenn noch keine Sendung erfolgt ist.

10. Nach sorgfältiger Prüfung der Interessenlage, von Argumenten und Gegenargumenten, sprach sich die *nationalrätliche Kommission* zur Vorbereitung des bundesrätlichen Entwurfs vom 12. Oktober 1954, die am 21. Januar dieses Jahres in Davos zu ihrer zweiten Session zusammentrat, gegen den vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 33bis aus, war jedoch geneigt, im Sinne einer echten «*émission différée*» eine Ausnahmenvorschrift für ephemere Schall- oder Bildträger zu akzeptieren, die der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft das Recht verleihen würde,

---

<sup>21</sup> In *Revue Internationale de la Radioélectricité* 1949 Nr. 67–68 S. 119 und im Bericht betr. die Teilrevision S. 28, wobei der Autor jedoch – entgegen der hier vertretenen Auffassung – zum Schluß kommt, daß auch eine Mehrzahl zeitlich auseinanderliegender Sendungen zugelassen werden könne (Vgl. Anm. 13). Wo aber soll die Grenze gezogen werden zum sogenannten «dauerhaften» Schall- oder Bildträger, der ja unter Umständen auch nur sehr selten zu Sendungen verwendet wird?

ohne den Urheber oder seine Rechtsnachfolger zu befragen und ohne ihnen hiefür eine Vergütung ausrichten zu müssen, Schall- oder Bildträger herstellen zu können, die innerhalb der Frist von sechs Monaten zu einer einzigen Sendung über einen oder gleichzeitig über mehrere Sender oder Richtstrahler verwendet werden dürfen, wobei der Schall- oder Bildträger unmittelbar nach der Sendung, in jedem Fall aber nach Ablauf der Frist von sechs Monaten zu zerstören oder sonstwie unbrauchbar zu machen sei.

Der Tagespresse war in der Folge zu entnehmen<sup>22</sup>, daß die nationalrätliche Kommission, nachdem die Schweizerische Rundspruchgesellschaft unklare Auskünfte gegeben hatte, es nicht als notwendig betrachtete, einen neuen Art. 33bis in das Gesetz einzufügen, da die Rechte der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft zu weit gehen und diejenigen der Autoren beeinträchtigen würden. Die Kommission ließ deshalb durch ihre Referenten Dr. Hans Oprecht und Prof. Tell Perrin Streichung beantragen, ohne eine abgeänderte Fassung vorzuschlagen. Der *Rat* stimmte diesem Antrag am 23. März 1955 ohne Gegenstimme zu. Ebenfalls laut Zeitungsmeldungen<sup>23</sup> beschloß die *ständerrätliche Kommission*, die am 19. und 20. April 1955 in Lugano tagte, dem Ständerat die Annahme des bundesrätlichen Entwurfs mit den vom Nationalrat beschlossenen Änderungen zu beantragen. Es ist somit zu erwarten, daß auch der Ständerat sich der Einführung eines Ausnahmeregimes bezüglich ephemerer Schall- oder Bildträger widersetzen wird. Damit wäre die Schweiz jeglicher Auslegungsschwierigkeiten von Art. 11bis Abs. 3 der revidierten Berner Übereinkunft enthoben. Die Gefahr einer konventionswidrigen Interpretation dieser höchst unklaren Ausnahmenvorschrift vom mechanischen Wiedergaberecht des Urhebers wird fortbestehen in denjenigen Verbandsländern, deren Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art. 11bis Abs. 3 zur Legiferierung Gebrauch macht.

---

<sup>22</sup> Neue Zürcher Zeitung, Abendausgabe Nr. 759 vom 23. März 1955.

<sup>23</sup> National-Zeitung Nr. 185 vom 24. April 1955.

# Schweizerische Rechtsprechung

OTTO IRMINGER, ZÜRICH

## Markenrecht und Unlauterer Wettbewerb

*MSchG Art. 3; UWG Art. 1 Abs. 2 lit. d.*

Die Verwendung einer gemeinfreien Sachbezeichnung, selbst wenn diese mit der Marke eines Konkurrenten verwechselbar ist, ist kein unlauterer Wettbewerb. Begriff der Sachbezeichnung. – Nichtigkeit täuschender Marken.

BGE 80 II 171 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 22. Juni 1954 i. S. Aswag AG. gegen Ri-Ri AG.

Die Aswag AG. und die Ri-Ri AG. brachten in den letzten Jahren neben den von ihnen hergestellten bzw. vertriebenen Reißverschlüssen neuartige Verschlüsse in den Handel, die sich von den eigentlichen Reißverschlüssen dadurch unterscheiden, daß der Schieber nicht die Verbindung oder Trennung zweier Zahnketten bewirkt, sondern auf einer einzigen Zahnkette gleitet und durch Hinunterdrücken der Lasche an jeder beliebigen Stelle festgeklemmt werden kann. Für diese Art von Verschlüssen verwendet die Aswag AG. die Marke «CLIX», die sie seit 1948 sowohl im schweizerischen wie im internationalen Markenregister für «Reißverschlüsse und deren Bestandteile» hatte eintragen lassen. Die Ri-Ri AG. bezeichnet die von ihr vertriebenen verstellbaren Verschlüsse in Prospekten, Rechnungen usw. mit «riri-Clip» oder «Clip» schlechthin. Die Aswag AG. erblickte in diesem Vorgehen der Ri-Ri AG. wegen Verwechselbarkeit der Bezeichnung «Clip» mit ihrer Marke «Clix» eine Verletzung ihrer Markenrechte sowie unlauteren Wettbewerb. Nach Einleitung des Prozesses ließ die Klägerin das Wort «Clip» ebenfalls als Marke «für Reißverschlüsse und verstellbare Verschlüsse aller Art» im schweizerischen Markenregister eintragen. Die Beklagte erhob Wider-

klage auf Nichtigerklärung und Löschung der Marke «Clip» der Klägerin, weil «Clip» als Sachbezeichnung Gemeingut sei.

Das Handelsgericht Zürich schützte mit Urteil vom 11. Dezember 1953 die wettbewerbsrechtlichen Feststellungs- und Unterlassungsbegehren der Klage in dem Sinne, daß die Verwendung des Wortes «Clip» zur Bezeichnung des ganzen Verschlusses oder unter schlagwortartiger Hervorhebung gegenüber dem weiteren Text einen unlauteren Wettbewerb darstelle und der Beklagten untersagt werde. Die auf Markenrecht gestützten Begehren dagegen wies es mangels markenmäßiger Verwendung der Bezeichnung «Clip» durch die Beklagte ab. Ebenso wurden das Schadenersatz- und das Publikationsbegehren der Klägerin abgewiesen. Beide Parteien erklärten die Berufung an das Bundesgericht.

1. Im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren blieb Gegenstand der Hauptklage einzig noch die Frage, ob nicht der markenmäßige Gebrauch der mit der Marke «Clix» der Klägerin verwechselbaren Bezeichnungen «Clip» und «ri-Clip» durch die Beklagte für die von ihr vertriebenen verstellbaren Verschlüsse einen unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG darstelle.

a) Diese Frage ist, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, zu verneinen, wenn «Clip» eine Sachbezeichnung, eine Beschaffenheitsangabe darstellt. Denn aus den gleichen Gründen, aus denen ein Geschäftsmann keine Markenschutzrechte zu erlangen vermag an Worten, die zur Bezeichnung einer Ware dienen oder auf ihre Eigenschaften hinweisen (BGE 79 II 102, 70 II 243, 70 I 196, 63 II 426 f.), kann er auch unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts einem Konkurrenten die Verwendung solcher Sachbezeichnungen nicht verwehren. Hier wie dort kann es nicht statthaft sein, daß er eine beschreibende Angabe der genannten Art für sich allein in Anspruch nimmt und sich so gegenüber seinen Konkurrenten einen geschäftlichen Vorsprung verschafft. Solche Sachbezeichnungen müssen als Gemeingut auch im Bereiche des Wettbewerbsrechtes dem allgemeinen Verkehr freigehalten werden, soweit nach dem Sprachgebrauch das Bedürfnis besteht, sie zur Bezeichnung einer Ware zur Verfügung zu haben. Sonst würde auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht ein Schutz gewährt, der durch die Markenrechtsgesetzgebung ausdrücklich ausgeschlossen werden soll. Verwechselbarkeit einer gemeinfreien Sachbezeichnung mit der Marke eines Konkurrenten ändert hieran nichts. Wer eine Marke wählt, die an eine gemeinfreie Sachbezeichnung anklingt und darum ein sogenanntes schwaches Warenzeichen darstellt, hat die Folgen daraus hinzunehmen.

b) Ob ein Ausdruck als Beschaffenheitsangabe im vorstehenden Sinne

zu gelten habe, ist gleichfalls nach von der Rechtsprechung zum Markenrecht entwickelten Grundsätzen zu entscheiden, da die Gleichheit des Zweckes auch die Übereinstimmung hinsichtlich des Begriffsinhaltes erheischt. Danach gilt als Beschaffenheitsangabe nicht schon jede entfernte Anspielung, bei der die sachliche Beziehung zur Ware erst unter Zuhilfenahme der Phantasie, auf dem Wege der Ideenverbindung, der Gedankenassoziation erkennbar wird. Vielmehr muß die Bezeichnung in einem so engen Zusammenhang mit der Ware stehen, daß sie unmittelbar auf eine bestimmte Beschaffenheit hinweist.

2. Die Vorinstanz hat auf Grund des vorgelegten Beweismaterials festgestellt, daß auf dem Gebiete der Schreibartikel, der Bijouterie und der Lederwaren die Bezeichnung «Clip» heute in der Schweiz zur Sachbezeichnung für eine bestimmte Art des Verschlusses oder der Befestigung geworden ist, nämlich für diejenige mittels einer Klemmvorrichtung. So spricht man allgemein von Clips an Füllfederhaltern und Bleistiften und meint damit die Klappen, mit denen diese Gegenstände an der Taschenkante angesteckt werden. Clip heißt sodann auch der Halter, mit dem die Krawatte am Hemd festgeklemmt wird, um ihr Flattern zu verhindern. Die Bezeichnung wird ferner verwendet für Verschlüsse von modischen Damenhandtaschen. Als Clip werden aber auch Schmuckstücke bezeichnet, die durch Festklappen am Ohr, als Brosche an Damenkleidern oder als Agraffen an Damenhüten befestigt werden. In diesen letzteren Fällen gilt, wie die Vorinstanz darlegt, die Bezeichnung also für Gegenstände, an denen die Klemmvorrichtung nach Größe und Wert nicht den Hauptbestandteil bildet. Die Klemmvorrichtung, die ursprünglich allein «Clip» hieß, ist zur Bezeichnung des ganzen Gegenstandes geworden, zu dessen Befestigung sie dient.

Hinsichtlich der hier in Frage stehenden Kleiderverschlüsse ist die Vorinstanz dagegen zum Ergebnis gelangt, daß «Clip» sich bis heute noch nicht allgemein als Bezeichnung des ganzen Verschlusses eingelebt habe. Als «Clip» könne allenfalls der einen wesentlichen Bestandteil des Verschlusses bildende Schieber mit der Klemmvorrichtung gelten. Da dieser aber kaum sichtbar sei und darum an Bedeutung gegenüber der einem Reißverschluß ähnlichen Kette zurücktrete, bedürfe es für die Übertragung der Sachbezeichnung «Clip» auf den ganzen Verschluß eines nicht einfachen Denkvorganges unter Zuhilfenahme der Phantasie. Gestützt auf diese Erwägungen hat die Vorinstanz daher das Vorliegen einer Sachbezeichnung abgelehnt und die Verwendung der Bezeichnung «Clip» durch die Beklagte für den ganzen Verschluß als unlautere Wettbewerbshandlung erachtet. Weil der Schieber mit der Klemmvorrichtung

für sich allein dem verkehrüblichen Begriffe des «Clip» entspreche, hat sie es aber immerhin als zulässig erklärt, diesen Ausdruck ohne schlagwortartige Hervorhebung rein zu beschreibender Verwendung im laufenden Text zu gebrauchen.

3. Diese Auffassung beruht auf einer unrichtigen Problemstellung. Entgegen der Meinung der Vorinstanz kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Bezeichnung «Clip» für die in Frage stehenden Verschlüsse bereits allgemein gebräuchlich sei. Es können vielmehr auch neue, bisher ungebräuchliche Ausdrücke im Gemeingut stehende Beschaffenheitsangaben darstellen, sofern sie nur die Ware in allgemein verständlicher Weise beschreiben. Maßgebend ist, ob das betreffende Wort, sobald es im Geschäftsverkehr beim Vertrieb der Ware gebraucht wird, nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Kreisen als Hinweis auf die Beschaffenheit der Ware aufgefaßt werden kann (Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl. S. 38).

Geht man davon aus, daß in verschiedenen Geschäftszweigen das Wort «Clip» in der Schweiz zur Sachbezeichnung für Klemmvorrichtungen geworden ist und sogar zur Bezeichnung von ganzen Gegenständen dient, die an Stelle bisher üblicher andersartiger Verschlüsse eine Klemmvorrichtung aufweisen, und zieht man andererseits in Betracht, daß das technisch wesentliche Merkmal, durch das sich die in Frage stehenden verstellbaren Verschlüsse vom bisherigen üblichen Reißverschluß unterscheiden, gerade in der allgemein als «Clip» bezeichneten Klemmvorrichtung besteht, so kann nicht zweifelhaft sein, daß auch bei verstellbaren Verschlüssen die Bezeichnung «Clip» als Sachbezeichnung angesehen werden muß. Einer besonderen Zuhilfenahme der Phantasie bedarf es entgegen der Meinung der Vorinstanz hiezu nicht. Daß die Klemmvorrichtung bei den verstellbaren Verschlüssen kaum sichtbar ist, hat entgegen der Meinung der Vorinstanz keine Bedeutung. Die Bezeichnung «Clip» hat sich im Verkehr auch durchgesetzt für Gegenstände, bei denen, wie namentlich bei Schmuckstücken (Ohr- und Broschenclips), die Klemmvorrichtung nicht nur nach Größe und Wert nicht den Hauptbestandteil bildet, sondern auch nur noch zum Teil oder sogar überhaupt nicht mehr sichtbar ist.

Ist demnach das Wort «Clip» auch für den in Frage stehenden Verschluß als Sachbezeichnung anzusehen, so bedeutet seine Verwendung durch die Beklagte keinen unlauteren Wettbewerb.

4. Da nach den Ausführungen zur Hauptklage «Clip» als im Gemeingut stehende Sachbezeichnung zu gelten hat, erweist sich die Gegenstand

der Widerklage bildende Marke «Clip» der Klägerin als nichtig. Die gegen ihre Nichtigerklärung gerichtete Berufung der Klägerin ist daher unbegründet. Das gilt auch für die von der Klägerin gestellten Eventualbegehren, den Schutzbereich ihrer Marke auf verstellbare Verschlüsse ohne Klammern bzw. Klemmen oder auf gewöhnliche Reißverschlüsse zu beschränken. Für solche Verschlüsse stellt die Marke «Clip» zwar keine Beschaffenheitsangabe dar. Ihre Zulassung in dem von der Klägerin verlangten Sinne wäre aber zur Täuschung der Käuferschaft geeignet. Denn die Bezeichnung «Clip» würde den Eindruck erwecken, es handle sich bei den so bezeichneten Verschlüssen um solche mit einer Klemmvorrichtung. Marken, die zur Täuschung des Publikums Anlaß geben können, sind aber nach ständiger Rechtsprechung unzulässig, da sie im Sinne von Art. 3 Abs. 3 MSchG gegen die guten Sitten verstoßen (BGE 69 II 203 und dort erwähnte Entscheide).

\* \* \*

Auswirkung von entschädigungsloser Enteignung von Fabrikationsbetrieben auf die Markenrechte der alten Betriebsinhaber.

Unmöglichkeit der Begründung neuer schweizerischer Markenrechte seitens des nationalisierten Betriebes durch früheren Gebrauch der Marken trotz Übertragung der Markeneintragungen auf den nationalisierten Betrieb.

Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 19. Oktober 1954 und bestätigendes Berufungsurteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 15. März 1955 in Sachen Bleistiftfabrik KOH-I-NOOR L. & C. Hardtmuth, Nationalunternehmen, Budweis/Tschechoslovakei, Klägerin, gegen Firma Waser & Co., Zürich, Beklagte.

(Es wird bezüglich des nachstehenden Urteils vergleichend auf das in Jahrgang 1953 unserer Zeitschrift, Heft 2, Seiten 200–212 publizierte Urteil des Zivilgerichtes Basel-Stadt vom 31. Dezember 1952 verwiesen, das aber ohne Überprüfung in einem bundesgerichtlichen Berufungsverfahren in Rechtskraft erwachsen ist. Das nachstehend publizierte Urteil des Handelsgerichtes Zürich dagegen ist vom Bundesgericht im Berufungsverfahren mit seiner Begründung bestätigt worden, so daß nun erstmals ein bundesgerichtliches Berufungsurteil über die Markenenteignungen in Zusammenhang mit der Enteignung und Verstaatlichung ganzer Unternehmen in Oststaaten vorliegt, das sich überdies auch noch über die Frage der Wirksamkeit der formellen Übertragung der Marken-

registrierungen im internationalen bzw. schweizerischen Markenregister und über die Frage der Möglichkeit rechtswirksamer Erwerbung eigener schweizerischer Markenrechte durch den verstaatlichten Betrieb durch früheren Gebrauch (bevor die Inhaber des enteigneten Unternehmens wieder zu Gebrauch ihrer alten Marken in der Schweiz in der Lage waren) ausspricht. Wegen der hieraus sich ergebenden Bedeutung dieses Urteils und weil es voraussichtlich in der offiziellen Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen nicht zur Publikation kommen wird, weil die handelsgerichtliche Urteilsbegründung in vollem Umfang bestätigt wurde, publizieren wir dasselbe in extenso. Das Urteil wurde uns zu diesem Zwecke von Herrn Dr. O. Irminger, Zürich, zur Verfügung gestellt.)

*Klagebegehren:*

- a) Es sei gerichtlich festzustellen, daß die Beklagte die Rechte der Klägerin an den Wort- und Bildzeichen KOH-I-NOOR und MEPHISTO, die Rechte der Klägerin an der Firma KOH-I-NOOR, L. & C. Hardtmuth verletzt hat und daß die Beklagte gegenüber der Klägerin unlauteren Wettbewerb begangen hat.
- b) Es sei der Beklagten gerichtlich zu untersagen, das Wort- und Bildzeichen KOH-I-NOOR, das Wortzeichen KOH-I-NOOR, das Zeichen MEPHISTO und die Firma KOH-I-NOOR, L. & C. Hardtmuth im Zusammenhang mit dem Angebot und Verkauf von Bleistiften und andern Schreibmaterialien in irgendeiner Weise zu verwenden.
- c) Die Beklagte habe der Klägerin eine Schadenersatzsumme von Fr. 50 000.— zu zahlen.
- d) Das Urteil sei je zweimal auf Kosten der Beklagten in den Zeitschriften «Der Papeterist», «Schweizerisches Handelsamtsblatt», «Information», je viertelseitig zu veröffentlichen.

*Tatsachen und Rechtsgründe:*

1. Die Bleistiftfabrik Hardtmuth wurde im Jahre 1790 durch Josef Hardtmuth in Wien begründet (Klageantwortschrift S. 8; act. 30/42 unten). Ludwig und Carl Hardtmuth, die Söhne des Gründers, bildeten 1827 die Firma Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth und verlegten deren Sitz 1848 nach Budweis, das damals noch zur österreichisch-ungarischen Monarchie gehörte und 1918 zur Tschechoslowakischen Republik kam (act. 48/1). Seit dem 7. März 1897 wurde das Unternehmen unter der rechtlichen Form einer offenen Handelsgesellschaft betrieben (act. 30/10),

seit dem Jahre 1919 unter der ständig verwendeten Firmenbezeichnung KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth. Einer Übersicht über den Aufbau des Hardtmuth-Konzerns im Jahre 1945 ist zu entnehmen, daß Gesellschafter des Stammhauses waren Mathilde Gräfin Lamezan-Salins, Johann von Herring-Frankensdorf, Anna von Hardtmuth, Maria Prinzessin de Rohan, Anni von Hardtmuth und Dr. Franz von Hardtmuth (act. 30/41).

2. Am 24. Oktober 1945 erließ der Präsident der Tschechoslowakischen Republik das Dekret Nr. 100 über die Nationalisierung von Bergwerken und einzelner Industriebetriebe (vgl. für die Einzelheiten act. 30/2). Danach fielen der Verstaatlichung unter anderen anheim Betriebe für Holzverarbeitung mit mehr als 300 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Ziff. 18). Hievon wurde auch die KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth betroffen, deren Nationalisierung der Handelsminister am 27. Oktober 1945 anordnete (act. 30/5). Die heutige Klägerin ist als juristische Person des tschechoslowakischen Rechts durch Verfügung des Handelsministeriums vom 7. März 1946 gegründet worden (act. 14).

3. Die Firma KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth war Inhaberin einer Reihe von Marken, so der im schweizerischen Register eingetragenen Marke Nr. 108471 und der im internationalen Register eingetragenen Marken Nr. 82305, 90430, 92510, 104176, 105969, 110588, 135858, 139560, 145247, 146751, 108516 und 140088. Die Klägerin hat alle diese Marken auf sich übertragen lassen (act. 1b-13).

4. Die Gesellschafter der verstaatlichten Unternehmung verließen die Tschechoslowakei, soweit sie dort gelebt hatten, und paßten den Konzernaufbau den veränderten Verhältnissen an (vgl. die Übersicht 1951, act. 30/43). So wurde am 3. April 1950 die Verlegung des Sitzes des Stammhauses von Budweis nach Paris beschlossen mit gleichzeitiger Umwandlung in eine GmbH unter der Firma «Fabrique de Crayons Koh-i-noor L. & C. Hardtmuth société à responsabilité limitée» (act. 48/20); schon zuvor hatte hier eine Zweigniederlassung bestanden. Ein weiterer Schwerpunkt im neuen Konzernaufbau liegt in Österreich mit den beiden Firmen Koh-i-noor Bleistiftfabriken L. & C. Hardtmuth in Wien und Koh-i-noor Bleistiftfabrik GmbH in Attnang-Puchheim (vgl. die Übersicht 1951 in act. 30/43 und für die Entwicklung der Wiener Unternehmung die Handelsregisterauszüge act. 48/21 ff.).

5. Die Beklagte ist Generalvertreterin des Wiener Unternehmens für die Schweiz (act. 16 und 17) und vertreibt hier die Erzeugnisse der österreichischen Fabrik.

6. Mit der vorliegenden Klage, die am 8. April 1953 anhängig ge-

macht wurde, begehrt die Klägerin die gerichtliche Feststellung, daß die Beklagte ihre Rechte an den Wort- und Bildzeichen KOH-I-NOOR und MEPHISTO sowie ihre Rechte an der Firma KOH-I-NOOR L. & C. Hardtmuth verletzt und ihr gegenüber unlautern Wettbewerb begangen habe. Sodann will sie der Beklagten gerichtlich untersagen lassen, das Wort- und Bildzeichen KOH-I-NOOR, das Wortzeichen KOH-I-NOOR, das Zeichen MEPHISTO und die Firma KOH-I-NOOR L. & C. Hardtmuth in Zusammenhang mit dem Angebot und Verkauf von Bleistiften und andern Schreibmaterialien in irgendeiner Weise zu verwenden. Die weiteren Klagebegehren sind auf Festsetzung einer Schadenersatzsumme und auf Urteilsveröffentlichung gerichtet.

Ein Parallelprozeß schwebt vor dem Handelsgericht des Kantons Bern mit der Pariser und der Wiener Firma des Hardtmuth-Konzerns als Klägerinnen und der heutigen Klägerin als Beklagte. Danach soll umgekehrt dieser gerichtlich verboten werden, zur Kennzeichnung ihrer Produkte oder sonstwie im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnungen KOH-I-NOOR, HARDTMUTH, MEPHISTO, ELEPHANT oder das Bild eines Elefanten zu verwenden; ferner soll ihr gerichtlich untersagt werden, in ihren geschäftlichen Beziehungen mit der Schweiz als Firmenname, auf Drucksachen, Reklamen oder sonstwie im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnungen KOH-I-NOOR und/oder L. & C. Hardtmuth zu benützen. Mit weiteren Klagebegehren will sodann die Pariser Firma feststellen lassen, daß die verschiedenen, nunmehr auf den Namen des Nationalunternehmens eingetragenen Marken ihr zustünden, soweit sie die Schweiz betreffen (vgl. den Wortlaut der Klagebegehren in act. 48/16 S. 2).

7. Gegenstand des Berner und des Zürcher Prozesses ist nicht der nämliche. Während in jenem geklärt werden soll, ob die Pariser Firma als Rechtsnachfolgerin des Budweiser Mutterhauses Inhaberin der Markenrechte sei und zu diesem Behufe vermutlich die Vorgänge bei der Verlegung des Sitzes von Budweis nach Paris und die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sowie weitere damit im Zusammenhang stehende Fragen geprüft werden müssen, erschöpft sich die Beurteilung im Zürcher Prozeß in der Antwort auf die Frage, ob die Klägerin die von ihr in den Klagebegehren 1 und 2 aufgeführten Rechte, welche die Beklagte verletzt haben soll, besitze. Nicht zu untersuchen ist dagegen, wem allenfalls bei Verneinung der Frage diese Rechte zustehen. Unter diesen Umständen fehlt es am Grund zu einer Einstellung des Zürcher Verfahrens, wie sie noch im Beschluß vom 3. Oktober 1953 für die Zeit nach Abschluß des Hauptverfahrens

ins Auge gefaßt worden war; dazu kommt, daß die Beklagte ihrerseits am Einstellungsbegehren nicht mehr festhält (Dupliktschrift S. 86).

8. Der Klage liegt die Annahme zugrunde, die Klägerin sei als Nachfolgerin der früheren offenen Handelsgesellschaft KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth in Budweis zu betrachten, von der sie im Rahmen der Geschäftsübernahme auch deren Markenrechte erworben habe.

Gemäß dem Dekret des Präsidenten der Tschechoslowakischen Republik vom 24. Oktober 1945 (act. 30/2) erwarb zunächst der tschechoslowakische Staat das Eigentumsrecht an den nationalisierten Betrieben, und zwar betraf die Nationalisierung sämtliche Immobilien, Gebäude und Einrichtungen, welche dem Betrieb des nationalisierten Unternehmens dienten, sämtliches Zubehör des Unternehmens, einschließlich aller Rechte (Patente, Lizenzen, Gewerbeberechtigungen, Marken, Muster und dgl.), Wechsel, Wertpapiere, Einlagebücher, Bargeld und zum Unternehmen gehörige Außenstände, sowie alle fertigen Fabrikate, Halbfabrikate, Vorräte und Materialien (§ 4). Die Vermögensmassen der nationalisierten Betriebe flossen ihrerseits in die vom Handelsminister zu errichtenden Nationalunternehmen (§ 12). Sodann wurde angeordnet, daß das Nationalunternehmen, sofern es im Wesen irgendeinem nationalisierten Betrieb entspreche, die bisherige Firmenbezeichnung dieses Betriebes benutzen könne; für diesen Fall wurde der ehemalige Firmeninhaber verpflichtet, seine eigene Firmenbezeichnung zu ändern oder zu ergänzen, damit sie sich deutlich von der Firma des Nationalunternehmens unterscheide (§ 15).

9. Nach schweizerischer Rechtsauffassung stellt die sogenannte Nationalisierung der offenen Handelsgesellschaft KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth eine entschädigungslose Enteignung ihrer Gesellschafter dar.

Die Klägerin stellt zwar (Replik, act. 39, S. 7) die Behauptung auf, die Prinzessin Rohan habe eine Entschädigung erhalten. Da sie es aber unterlassen hat, dem Gericht die Einzelheiten der behaupteten Entschädigung, wie namentlich Höhe, Art und Zeitpunkt, bekanntzugeben, kann auf das lediglich allgemein gehaltene Vorbringen nicht abgestellt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, Prinzessin Rohan sei nicht schadlos gehalten worden.

Mit Bezug auf die übrigen sechs Gesellschafter wird anerkannt, daß die Enteignung entschädigungslos erfolgte. Gerade diese Tatsache würde übrigens die Enteignung selbst dann zu einer entschädigungslosen stemmeln, wenn Prinzessin Rohan eine Entschädigung sollte erhalten haben.

Könnte doch richtigerweise nicht gesagt werden, die offene Handelsgesellschaft sei, durch Entrichtung von Entschädigungen an ihre Gesellschafter, entschädigt worden, wenn eine Schadloshaltung nur gegenüber einem von insgesamt sieben Gesellschaftern erfolgt wäre.

Es entspricht ständiger schweizerischer Rechtsprechung, ausländischen Gesetzen konfiskatorischen Charakters die Beachtung zu versagen (BGE 74 II S. 224, 79 II S. 87; SJZ 49 S. 343 Nr. 142; Niederer, IPR S. 300 II und die in Anm. 14 wiedergegebene Zusammenstellung der Judikatur; Gutachten Bolla act. 30/10 S. 11; Gutachten Niederer act. 48/16 S. 4 ff.). Dabei spielt in Fällen wie dem vorliegenden die Frage, ob es sich bei der ausländischen Norm um eine solche des öffentlichen Rechts handle, die vom einheimischen Richter im allgemeinen wohl von vornherein nicht zu beachten ist (vgl. hiezu im einzelnen BGE 79 II S. 95), oder ob der ausländische Rechtssatz als privatrechtlich zu betrachten sei, im Ergebnis nicht diejenige Rolle, welche ihr angesichts der rechtlichen Verschiedenheiten zuzukommen scheint. Denn immer dann, wenn der privatrechtliche Charakter der ausländischen Norm nach den Regeln des internationalen Privatrechts ihre grundsätzliche Beachtung über die Grenzen des ausländischen Staates hinaus erheischte, scheidet die Anwendbarkeit im Inland daran, daß der einheimische *ordre public* dem Richter verbietet, sie seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Ob öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches ausländisches Recht zur Erörterung stehe, kann daher regelmäßig dahingestellt bleiben, sofern sich ergibt, daß der Zwang zur Anwendung des ausländischen Rechtssatzes, sollte er privatrechtlicher Natur sein, das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzen würde (BGE 64 II S. 98). Von diesem Gesichtspunkt aus wird im Falle BGE 79 II S. 87 ff. die Bejahung der Frage, ob der schweizerische *ordre public* der Anerkennung der dort streitigen beiden privatrechtlichen Akte entgegenstehe (S. 97), zum nämlichen Ergebnis führen, zu dem das Zürcher Obergericht auf Grund der Annahme gelangte, auszugehen sei von einem öffentlich-rechtlichen Akt, so daß alsdann die vom Bundesgericht getroffene Zuordnung zum privaten Recht anstatt zum öffentlichen Recht für den Ausgang des Prozesses bedeutungslos wird. Die Tatsache, daß derart zwei Wege zum gleichen Ziel führen, mag der Grund für die von Niederer (Gutachten S. 4) gerügte Vermengung der Grundsätze von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts und der Vorbehaltsklausel des *ordre public* in der Gerichtspraxis sein.

10. Die Klägerin hält dafür, daß der Vorbehalt des schweizerischen *ordre public* bei Nationalisierungen von der Art der hier streitigen nicht

wirksam werde, weil derartige Akte nur dann nicht anerkannt werden dürften, wenn es sich um solche der Brutalität, wie Versklavung oder dergleichen, handle (Replik S. 34 unter Hinweis auf Seidl-Hohenveldern, Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, Berlin/Tübingen 1952, S. 47 ff.). Dabei wird indessen übersehen, daß nach schweizerischer Rechtsauffassung – und sie allein ist maßgebend bei der Beurteilung der Frage, ob die Vorbehaltsklausel des *ordre public* die Beachtung einer ausländischen Norm verbiete – der Schutz nicht bloß in extremen Fällen, also bei eigentlichen Akten der Brutalität, versagt wird, sondern schon bei Verletzung der Eigentumsgarantie schlechthin, wie sie die Enteignung ohne Entschädigung darstellt (SJZ 49 S. 344 lit. b und dortige Zitate). Daran hat sich bis in die jüngste Zeit nichts geändert, obwohl der Wirkungsbereich des *ordre public* mit Rücksicht auf die namentlich während der Zeit des zweiten Weltkrieges auch in der Schweiz notwendig gewordenen staatlichen Eingriffe in die Sphäre des Einzelnen immer wieder überprüft wurde (vgl. hiezu außer der Abhandlung von Schindler, Besitzen konfiskatorische Gesetze außerterritoriale Wirkung?, in Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, 1946, S. 65 ff., neuestens Niederer, Der völkerrechtliche Schutz des Privateigentums, in Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, S. 547 ff.). Um der Vollständigkeit willen ist festzuhalten, daß auch eine genügende Binnenbeziehung des Streitverhältnisses zur schweizerischen Rechtsordnung vorhanden wäre, sollte auf dieses Erfordernis etwas ankommen, was vom Handelsgericht seinerzeit (SJZ 38 S. 33 Nr. 3) im Gegensatz zum Zürcher Obergericht (ZR 39 Nr. 95) verneint worden ist. Denn im Schrifttum (Niederer, IPR S. 296) wird die Auffassung vertreten, eine Binnenbeziehung sei immer gegeben, wenn eine der beteiligten Parteien im Inland wohne, wie es hier für die Beklagte, eine Kommanditgesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich, zutrifft, oder wenn sich der Streitgegenstand im Inland befindet, eine Voraussetzung, die ebenfalls erfüllt ist, weil durch den Prozeß zu klären ist, ob die Klägerin der Beklagten den Gebrauch der streitigen Marken auf dem Gebiete der Schweiz untersagen dürfe. Dahingestellt bleiben kann bei dieser Rechtsfolge, ob das Nationalisierungsdekret auch noch aus dem weiteren Grunde nicht anwendbar wäre, weil nach dem Vorbringen der Beklagten mit ihm unter Verletzung des Prinzips der Rechtsgleichheit eine Diskriminierung bestimmter Volksgruppen verbunden ist, indem gemäß § 7 lit. b die Leistung eines Ersatzes, von einigen Ausnahmen abgesehen, ausgeschlossen wurde gegenüber natürlichen Personen deutscher oder ungarischer Nationalität und dadurch ein nach schweizerischer Auffassung verpöntes Ausnahmerecht

geschaffen wurde (vgl. bezüglich der Diskriminierung aus rassischen oder religiösen Gründen SJZ 49 S. 346 lit. f unter Hinweis auf BGE 68 II S. 377; ferner act. 48/1 ff.). Offenglassen werden kann aber auch, ob die Vorhalte der Klägerin gegenüber dem Gesellschafter Dr. Friedrich Herring von Frankensdorf (Replik S. 7) stichhaltig seien, obwohl nicht einmal behauptet wird, daß ihre Begründetheit in einem rechtmäßigen Verfahren und unter Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Beschuldigten, insbesondere auch unter Beachtung der Einwände und Entlastungstatsachen (vgl. Duplik S. 18 ff.) geprüft worden sei. Selbst wenn nämlich die Verweigerung einer Entschädigung an den genannten Gesellschafter noch als gerechtfertigt oder wenigstens als vertretbar erschiene, so bliebe doch die Feststellung bestehen, daß mit Bezug auf die übrigen sechs Gesellschafter nach der eigenen Darstellung der Klägerin kein Anlaß zur Verweigerung einer Entschädigung vorlag, eben mit Ausnahme der den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzenden Dekretsbestimmung.

Aus allen diesen Gründen muß es dem schweizerischen Richter verwehrt bleiben, die durch die Nationalisierung der Firma KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth bewirkte entschädigungslose Enteignung der Gesellschafter anzuerkennen.

11. Alsdann kann die Klägerin aber auch nicht den Schutz der schweizerischen Gerichte anrufen zur Verteidigung von Rechten, die sie auf Grund der Übernahme des Vermögens des enteigneten Unternehmens beansprucht; denn die tatsächliche Herrschaft über dieses konnte sie nur dadurch erlangen, daß durch einen staatlichen Hoheitsakt die wirklichen Eigentümer ihres Eigentums beraubt worden sind. Würde die Vermögensübertragung auf die Klägerin und damit der Übergang der einzelnen Rechte, wie sie im Nationalisierungsdekret aufgeführt sind, anerkannt, so ließe das auf einen Verzicht darauf hinaus, zu prüfen, ob das Nationalisierungsdekret als Akt öffentlichen Rechts oder wegen der Unvereinbarkeit mit dem einheimischen *ordre public* unbeachtlich sei. Macht somit die Klägerin geltend, von der Nationalisierung seien auch die Firmen- und Markenrechte der KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth betroffen worden, dergestalt, daß sie selber fortan zum ausschließlichen Gebrauch der Firma und der Marken befugt sei, so verkennt sie, daß die Übernahme der ursprünglichen Firma in diejenige des Nationalunternehmens wie sowohl der tatsächliche Gebrauch der Marken als auch namentlich die Möglichkeit zu der Änderung der Eintragungen im schweizerischen und im internationalen Markenregister einzig darauf zurückzuführen sind, daß die Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft

entschädigungslos enteignet und die enteigneten Rechte hernach ihr überlassen wurden. Entgegen der Meinung der Klägerin (Replik S. 36) kann ihr daher für das Gebiet der Schweiz mit Bezug auf die Firmen- und Markenrechte keineswegs die Stellung einer Rechtsnachfolgerin zuerkannt werden.

12. Auf den Schutz des Firmenrechts kann sich die Klägerin mangels Eintragung ihrer Firma im schweizerischen Handelsregister nicht berufen (BGE 79 II S. 305 ff.), und die Anrufung der Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb scheidet an der Unverbindlichkeit von § 15 Abs. 3 des Nationalisierungsdekrets, wonach ein Nationalunternehmen die bisherige Firmenbezeichnung des enteigneten Betriebes benutzen darf und in diesem Fall der ehemalige Firmeninhaber verpflichtet ist, seine eigene Firmenbezeichnung zu ändern oder zu ergänzen, damit sie sich deutlich von der Firma des Nationalunternehmens unterscheidet. Entsprechendes gilt mit Bezug auf die Marken. Dabei spielt die Frage des sogenannten Belegenseins der Marken praktisch keine Rolle. Die Fragestellung hat nämlich richtigerweise so zu lauten, ob die Klägerin in der Schweiz Rechte an Marken durchsetzen könne, über die sie – nach einheimischer Auffassung – unrechtmäßig verfügt. Das ist zu verneinen, und zwar unbekümmert um die Eintragungen in den Markenregistern, die hier nur einen Rechtsschein begründen, aber nichts daran ändern, daß der Unberechtigte auch als solcher behandelt wird. Der Hinweis auf einen angeblichen originären Erwerb von Markenrechten nützt der Klägerin ebenfalls nichts. Denn wiederum gibt den Ausschlag die Feststellung, daß ihre ganze Tätigkeit, einschließlich der Propaganda für die Erzeugnisse unter Benützung der streitigen Marken, auf der Nationalisierung der Firma KOH-I-NOOR Bleistiftfabrik L. & C. Hardtmuth fußt. Wollte man der Betrachtungsweise der Klägerin (Replik S. 36) beipflichten, so hieße das nichts anderes, als auf einem Umweg das Nationalisierungsdekret doch auch für die schweizerischen Gerichte verbindlich erklären. Davon kann aber keine Rede sein; es geht nicht an, Rechtsätze auf Unrecht anzuwenden, um dieses Recht werden zu lassen (im gleichen Sinne das Gutachten Niederer S. 56 ff.).

13. Stehen somit der Klägerin weder Firmen- noch Markenrechte zu, die auf dem Gebiet der Schweiz geschützt werden könnten, so fehlt es schon begrifflich an einem Verhalten der Beklagten, das als Verletzung solcher Rechte oder als unlauterer Wettbewerb anzusehen wäre. Alsdann kann der Beklagten von der Klägerin aber auch nicht verboten werden, in der Schweiz die im zweiten Klagebegehren aufgeführten Bezeichnungen zu verwenden. Vielmehr muß die Klage im vollen Umfang abgewiesen werden.

Die Klage ist aus den genannten Gründen in allen Rechtsbegehren abgewiesen worden.

Mit Urteil vom 15. März 1955 hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes nach mündlicher Berufungsverhandlung das handelsgerichtliche Urteil vollumfänglich bestätigt und die dagegen von der Klägerin erklärte Berufung abgewiesen, und zwar

*in Erwägung:*

daß die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht auf offen-sichtlichem Versehen beruhen und daher für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 63 Abs. 2 OG),

daß die rechtlichen Erörterungen des angefochtenen Entscheides zu-treffen und für die Abweisung der Klage ausreichen,

daß infolgedessen nicht untersucht zu werden braucht, ob die Klage nicht auch aus sonstigen rechtlichen Gesichtspunkten (wie insbesondere wegen Beschränkung der Wirksamkeit von staatlichen Enteignungsmaß-nahmen auf das eigene Staatsgebiet und daheriger Nichterfassung im Ausland gelegener Vermögenswerte) als unbegründet zu erachten wäre.

\* \* \*

*MSchG Art. 3, 9 und 14; PVÜ Art. 6 lit. B Ziff. 2 und 3*

Verweigerung des Schutzes in der Schweiz gegenüber zwei international hinterlegten Wortmarken, weil sie für die Gegenstände des Waren-verzeichnisses, je nach deren Beschaffenheit, Sachbezeichnungen sind, irreführend wirken können oder bloßen Defensivcharakter haben.

BGE 80 I 381 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 21. Dezember 1954 i. S. Firma Fühner & ABmus gegen Eidgenössisches Amt für geistiges Eigentum.

Die Firma Fühner & ABmus ließ ihre in Deutschland hinterlegten Marken «Goldfront» und «Goldhelm» im internationalen Register verzeichnen wie folgt:

Nr. 170 938 Goldfront: Métaux précieux, objets en or, en argent, en nickel et en aluminium, objets en maillechort, en métal anglais et en alliages de métaux semblables, bijouterie en vrai et en faux, objets léoniques, garnitures d'arbres de Noël.

Nr. 170 939 Goldhelm: Métaux précieux, objets en or, en argent, en nickel et en aluminium, objets en maillechort, en métal anglais et en alliages de métaux semblables, bijouterie en vrai et en faux, objets léoniques.

Auf die Anzeige dieser Eintragung hin verweigerte das Eidgenössische Amt für geistiges Eigentum am 28. Mai 1954 die Aufnahme in das schweizerische Register.

Das Bundesgericht wies die hiegegen gerichtete Verwaltungsbeschwerde aus folgenden Erwägungen ab:

Durch die Darlegungen in der Beschwerdeantwort und die unterbreiteten Akten ist erbracht, daß namentlich in der schweizerischen Uhrenindustrie Benennungen wie Goldshell, Goldshield, Goldweld, Goldseal, Goldcoat, Goldarmour, Goldclad, Gold-Front, Frontor, Goldcape, Goldcover, Goldhood und Coiffe or (= Goldhelm) als Sachbezeichnungen für Erzeugnisse aus Metall mit dickerer Goldauflage als bei den gewöhnlichen goldplattierten oder Doubléwaren (wenigstens 250 statt 8 bis höchstens 40 Mikron) verwendet werden. Was für einen so wichtigen und weitschichtigen Wirtschaftsbereich zutrifft, muß allgemein gelten. Als Marken für Gegenstände mit Goldüberzug sind daher die Wortverbindungen Goldfront und Goldhelm untauglich. Für Gegenstände mit einem lediglich wie Gold ausschenden Überzug wären sie irreführend und deswegen unzulässig. Daß sie für Gegenstände aus Gold gebraucht werden wollen, läßt sich unmöglich annehmen, weil sie ja hier herabsetzend wirken würden. Aus dem einen und andern Grunde drängt sich die Vermutung des Amtes auf, daß die gewählten Ausdrücke gemäß ihrer hinweisenden Bedeutung überhaupt nur für Gegenstände mit Goldüberzug benützt werden sollen. Dann ist aber die Folgerung unabweischlich, daß sie für alle sonst erwähnten Waren reinen Defensivcharakter haben, weshalb jene unbeachtet bleiben können.

Die Anerkennung der umstrittenen Marken in Deutschland ist belanglos. Wie das Amt richtig bemerkt, hat unter dem für die Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte die Schweiz selbständig zu befinden und dabei auf schweizerische Verhältnisse abzustellen (BGE 76 I 169 Erw. I am Ende).

\* \* \*

*UWG Art. 1 ff.*

Tätigkeit zu Erwerbszwecken als Voraussetzung der Anwendung der Regeln über unlauteren Wettbewerb.

BGE 80 II 165 ff.; Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 6. April 1954 i. S. Bertholet gegen Société suisse des commerçants et consorts.

Roger Bertholet, Inhaber und Direktor eines Institutes für Lehrkurse auf dem Korrespondenzweg, genannt Ecole Ber, in Genf, klagte wegen

unlauteren Wettbewerbes und wegen rechtswidriger Schadenszufügung nach Art. 41 ff. OR gegen die Société suisse des commerçants (SSC) und Konsorten, weil die SSC, die öffentliche Abend-Lehrkurse in Genf durchführt, in verschiedener Weise gegen briefliche Lehrkurse allgemein und gegen die Ecole Ber insbesondere vorgegangen war, und zwar durch Verzeigung beim Staatsrat, durch eine Petition an den Großen Rat, in der sie Bertholet heftig angriff, und durch eine in der Folge eingestellte Strafanzeige gegen Bertholet wegen Betruges. Die SSC hatte ihre Angriffe auch in der Presse publiziert, insbesondere in ihrem eigenen Organ «L'Employé Genevois».

Die Genfer Cour de Justice hat die Klage, soweit sie sich auf unlauteren Wettbewerb berief, materiell, und soweit sie sich auf Art. 41 ff. OR stützte, wegen Unzuständigkeit abgewiesen. Der Abweisung hinsichtlich unlauteren Wettbewerbes lag die Erwägung zugrunde, daß unlauterer Wettbewerb nur bei Konkurrenz zu Erwerbszwecken vorliegen könne. Die SSC sei aber eine Gesellschaft, die im Interesse des öffentlichen Wohles tätig sei, die ihrerseits nicht selbst solche Lehrkurse veranstalte, sondern sich darauf beschränke, für diese Kurse zu werben und die Einschreibegelder einzukassieren. Wenn es auch zutrefte, daß die Organisation dieser Kurse einen kleinen Gewinn ergebe, so verbleibe dieser andererseits der Commission für diese Kurse. Es sei daher die SSC nicht in Konkurrenz zu Bertholet getreten.

Das Bundesgericht hat im Berufungsverfahren das vorinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache zur materiellen Entscheidung auf Grund des UWG an die Vorinstanz zurückgewiesen. Es hat in seinem Entscheid folgende Grundsätze aufgestellt:

1. Die Vorschriften des UWG gelten für den gesamten Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit, insbesondere auch für die zu Erwerbszwecken ausgeübte Tätigkeit im Gebiete des Unterrichtswesens.

2. Die bloße Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit bewirkt die Anwendbarkeit des UWG; unerheblich ist, ob sie vorab auf die Erzielung eines Gewinnes oder auf die Erreichung eines idealen Zweckes gerichtet sei.

\* \* \*

*UWG Art. 13*

UWG Art. 13 ist bei Verwendung des von einem Konkurrenten hergestellten, aber nicht geschützten Isolators als Muster jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn die Herkunft nicht ersichtlich ist.

SJZ 1954, Bd. 50, S. 379 f.; Urteil des Obergerichtes des Kantons Appenzell-Außerrhoden vom 25. September 1950.

Dem Angeschuldigten wird seitens des Klägers vorgeworfen, er habe durch die Versendung des von ihm hergestellten Isolators Art. 13 lit. d UWG verletzt. Nach dieser Bestimmung macht sich strafbar, wer Maßnahmen trifft, um Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen. Eine solche wettbewerbsrechtlich strafbare Maßnahme kann dem Angeschuldigten nicht zur Last gelegt werden. Das Wegfeilen des auf dem Artikel des Klägers aufgepreßten Namens «Lory» und die nachherige Verwendung des auf diese Weise abgeänderten Isolators war nicht geeignet, Verwechslungen mit dem Artikel des Klägers herbeizuführen. Der Angeschuldigte wollte ja gerade durch die Entfernung des Namens «Lory» vermeiden, daß bei seinen Kunden die Auffassung entstehe, er stelle Isolatoren gleicher Beschaffenheit und Güte her, wie der Kläger. Durch die Beseitigung des Namens wurde aus einem bestimmten, unterscheidbaren Isolator «Lory» des Klägers ein unbestimmter Isolator, wie sie schon lange bekannt waren und heute häufig hergestellt werden.

Der Angeschuldigte hat in seiner schriftlichen Offerte auch in keiner Weise auf den Kläger oder seine Produkte Bezug genommen oder Angaben gemacht, die eine Verwechslung gemäß Art. 13 lit. d UWG ermöglichen würden. Er führte vielmehr wahrheitsgetreu aus, daß er im Besitz einer Spritzgußmaschine und in der Lage sei, Isolatoren «gemäß beiliegendem Muster» herzustellen. Durch die Verwendung eines derartigen technischen Bestandteiles als Muster hat er den Straftatbestand des Art. 13 UWG keineswegs erfüllt. Ist die Ausgestaltung einer Ware technisch bedingt, so kann sie von jedem Konkurrenten verwendet werden, soweit nicht der Schutz des Patent- oder Modellrechtes eingreift (Troller, a. a. O. S. 204).

Der Angeschuldigte ist demnach von der Vorinstanz mit Recht von Schuld und Strafe freigesprochen worden. Ist sein Verhalten auch bis zu einem gewissen Grade stoßend und die Annahme eines Mißbrauches des Wettbewerbes (durch die Verwendung eines vom Kläger hergestellten Isolators als Muster) nicht zum vornherein von der Hand zu weisen, so muß eben darauf hingewiesen werden, daß ein Verstoß gegen Treu und Glauben im wirtschaftlichen Wettbewerb nur strafbar ist, wenn er sich in einer in Art. 13 lit. a bis g UWG abschließend aufgezählten Form abspielt (vgl. BGE 74 IV 200). Ein solcher Verstoß liegt hier nicht vor.

## **Muster- und Modellschutz und unlauterer Wettbewerb**

*MMG Art. 2, 3; UWG Art. 1*

Die einheitliche Färbung der Rückseite eines Kohlepapiers bildet kein nach MMG schutzfähiges Muster. – Die Herstellung eines Konkurrenzproduktes mit gleichgefärbter Rückseite ist nicht unlauterer Wettbewerb.

BIZR 1955, Bd. 56, Nr. 1, S. 1 ff.; Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 30. März 1954 und Urteil der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 18. Oktober 1954 i.S. K. AG. gegen C. AG.

Die K. AG. hat 1944 ein internationales Muster für Kohlepapier mit Metallpigmentrücken in verschiedenen Farben, u.a. Gold, hinterlegt. Die C. AG. stellt ihrerseits seit 1952 Kohlepapier mit Goldrücken her. Beschriftung und Verzierung der beiden Papiere sind gänzlich verschieden. Die K. AG. erblickte im Verhalten der C. AG. eine Verletzung der Musterschutzrechte und unlauteren Wettbewerb. Das Handelsgericht Zürich betrachtete die Gestaltung des Kohlepapiers der K. AG. als nach MMG nicht schutzfähig und verneinte andererseits das Vorliegen unlauteren Wettbewerbes. Vgl. die Begründung des Handelsgerichtes hiefür in BIZR a. a. O.

Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil im abgekürzten Verfahren nach Art. 60 Abs. 2 OG mit folgender Begründung:

Soweit die Klage sich auf Muster- und Modellrecht stützt, vermöchte sie nur durchzudringen, wenn der von der Klägerin auf der Rückseite ihres Kohlepapiers angebrachte goldfarbene Metallpigmentbelag als sogenanntes Geschmacksmuster angesprochen werden könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der streitige Belag dient vielmehr, wenn nicht ausschließlich, so doch vorwiegend Nützlichkeitszwecken und strebt technische Wirkungen an, was nach Art. 3 MMG und den dazu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen eine Schutzfähigkeit nach Muster- und Modellrecht ausschließt (vgl. BGE 71 I 136, 69 II 428, 55 II 223). Daß der Belag vorwiegend technische Wirkungen anstrebt, erhellt schlüssig aus den eigenen Ausführungen der Klägerin in ihrem Werbematerial. Danach soll der Vorteil des Metallpigmentrückens darin liegen, daß Farb- und Rückseite sich deutlich voneinander unterscheiden, daß die Widerstandsfähigkeit des Kohlepapiers erhöht wird, daß es besonders handlich ist, daß es flach liegt, in der Maschine nicht rutscht und mehr und schärfere Durchschläge liefert. Angesichts dieser verschiedenen Hinweise auf den Nützlichkeitszweck des Rückenbelages ist es belanglos, daß die Vorinstanz weitere Ausführungen des klägerischen Reklame-materials über die Vorzüge der verwendeten «hochviskosen Farbmasse»

und des «Farbauftrags Hart» versehentlich ebenfalls auf die Rückenpräparation statt auf die farbgebende Vorderseite des Kohlepapiers bezogen hat.

Nun verleiht zwar der Goldfarbenbelag dem Kohlepapier auch ein gefälliges Aussehen, so daß insofern von einem ästhetischen Effekt gesprochen werden kann. Allein diese bloß nebenbei erzielte Wirkung tritt gegenüber den in erster Linie verfolgten Nützlichkeitszwecken derart in den Hintergrund, daß ihr entgegen der Meinung der Vorinstanz keine entscheidende Bedeutung beizumessen ist. Es ist denn auch bezeichnend, daß die Klägerin selber in ihrem Werbematerial diese ästhetische Wirkung mit keinem Worte erwähnt, während doch auf ihr nach Sinn und Zweck des Muster- und Modellrechts das Hauptgewicht liegen müßte. Das gefällige Aussehen des Papierrückens erscheint vielmehr als bloßer Ausfluß der um der erwähnten praktischen Vorzüge willen vorgenommenen Ausstattung mit dem Metallpigmentbelag.

Die streitige Ausstattung ist somit schon aus diesem Grunde nicht des Musterschutzes fähig. Auf die weiteren, übrigens zutreffenden Erwägungen, aus denen die Vorinstanz die Gültigkeit der von der Klägerin vorgenommenen Musterhinterlegung verneint hat, braucht deshalb nicht näher eingetreten zu werden.

Um des in zweiter Linie beanspruchten wettbewerbsrechtlichen Schutzes teilhaftig zu sein, müßte die von der Klägerin für ihr Kohlepapier verwendete Ausstattung entweder kraft ihrer Originalität oder dank ihrer Durchsetzung im Verkehr (sogenannte Verkehrsgeltung) die Wirkung eines Hinweises auf die Klägerin als Herstellerin haben, oder sie müßte mindestens geeignet sein, bei der Kundschaft die Vorstellung einer bestimmten Qualität der Ware zu wecken (BGE 72 II 393 ff., 79 II 319 ff.).

Der Gesichtspunkt der Originalität scheidet jedoch zum vorneherein aus. Denn entgegen der Meinung der Klägerin kann in der Idee, auf der Rückseite des Kohlepapiers statt eines Belages in irgendeiner andern Farbe einen solchen in Goldfarbe anzubringen, nichts Originelles erblickt werden. Die Goldfarbe ist von jeher für die Ausstattung unzähliger Handelsartikel verwendet worden und vermag daher für sich allein, unabhängig von irgendwelcher zusätzlichen figürlichen Gestaltung der Ausstattung nicht als Hinweis auf einen bestimmten Hersteller zu wirken. Fehlt es aber an der Originalität, so kann die vom Handelsgericht aufgeworfene Frage offen bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen die Ausstattungsoriginalität überhaupt einen Rechtsschutz aus UWG zu begründen vermag, wenn die Ausstattung Gegenstand einer nach MMG nicht schutzfähigen Musterhinterlegung bildet.

Eine Verkehrsgeltung der streitigen Ausstattung in dem Sinn, daß die maßgebenden Abnehmerkreise aus dem goldfarbenen Rückenbelag des Kohlepapiers ohne weiteres auf die Klägerin als Herstellerin schließen, hat die Vorinstanz verneint. Diese Feststellung tatsächlicher Natur bindet das Bundesgericht. Denn die Vorinstanz ist vom rechtlich zutreffenden Begriff der Verkehrsgeltung ausgegangen, und ihre Schlußfolgerungen beruhen weder auf einer Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften, noch auf einem offensichtlichen Versehen in tatsächlicher Hinsicht. Ob im übrigen die Beweiswürdigung des Handelsgerichts, auch soweit es sich um bloß antizipierte Würdigung handelt, materiell haltbar sei, hat das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht zu überprüfen. Auf die von der Klägerin hieran geübte Kritik kann daher nicht eingetreten werden.

Ob schließlich die Ausstattung eines Kohlepapiers mit einem Goldrücken von den maßgebenden Abnehmerkreisen allgemein als Hinweis auf eine besonders gute Qualität der Ware aufgefaßt werde, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst falls dies zutreffen sollte, könnte von einer mißbräuchlichen und daher unlauteren Ausbeutung dieses Umstandes durch die Beklagte nur gesprochen werden, wenn sie unter der beanstandeten Aufmachung eine Ware von geringerer Qualität anböte. Nur dann bestünde nämlich die Gefahr, daß sie sich durch Täuschung der Abnehmer über die Qualität ihrer Ware zum Nachteil der Mitbewerber einen wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Vorsprung verschaffen könnte (vgl. BGE 72 II 396). Daß das von der Beklagten mit Goldrücken ausgestattete Kohlepapier in qualitativer Hinsicht nicht den Erwartungen entspreche, die eine solche Aufmachung beim Publikum allenfalls erwecken könnte, behauptet aber die Klägerin nicht. Damit fehlen auch die Voraussetzungen für einen wettbewerbsrechtlichen Schutz unter diesem Gesichtspunkt.

\* \* \*

*UWG Art. 1, 2; OR Art. 44, 52*

Wenn ein Kaufmann wahrheitswidrig durch seine Reklame den Eindruck erweckt, daß er Vertreter oder Agent des Fabrikanten sei, dessen Produkte er offeriert, liegt unlauteres Wettbewerbshandeln vor.

Der Verkauf eines Produktes durch einen Kaufmann, der in dieser Hinsicht durch keinen Vertrag gebunden ist, zu einem Preis, der unter dem Preise liegt, den der schweizerische Generalvertreter für dieses Produkt den Wiederverkäufern vorschreibt, bildet in der Regel keinen unlauteren Wettbewerb.

Der Verkauf eines Produktes unterhalb seines üblichen Verkaufspreises, insbesondere der Verkauf zu einem Verlustpreis, bildet nur dann unlauteren Wettbewerb, wenn besondere Umstände den Verkauf zu diesem Preis als den guten Sitten zuwiderlaufend erscheinen lassen. Das kann der Fall sein, wenn der Handeltreibende eine erhebliche Werbung betreibt, obwohl er nur einen sehr kleinen Stock derjenigen Produkte besitzt, die er zu einem ungewohnt niedrigen Preise offeriert; diesfalls besteht eventuell Grund zur Annahme, daß er damit einzig das Ziel verfolgt, seinen Konkurrenten zu schaden.

Die Tatsache allein, daß ein Handeltreibender von dem von ihm verkauften Produkt eine vom Fabrikanten angebrachte Kontrollnummer entfernt, ist an sich kein Tatbestand, der unter das Gesetz betr. unlauteren Wettbewerb fallen würde. Das wäre nur dann der Fall, wenn angenommen werden müßte, daß der Fabrikant des Produktes, seine Vertreter oder die Käufer desselben ein schutzwürdiges Interesse daran hätten, daß die verkauften Produkte die Kontrollnummer tragen. Daß diese Kontrollnummer für den Fabrikanten die einzige Möglichkeit bietet, den Lieferanten desjenigen festzustellen, der unter dem üblichen Preise das Produkt verkauft, bildet kein solches schutzwürdiges rechtliches Interesse.

Wer in seiner Werbung einen Akt unlauteren Wettbewerbes begeht, kann sich auch dann nicht auf die Einrede der Notwehr nach Art. 52 OR berufen und von seiner Schadenersatzpflicht befreit werden, wenn er vorher selbst das Opfer eines Boykottes von Seiten seiner Konkurrenten war.

Genf, Cour de Justice Civile; Urteil vom 12. Juni 1953 i. S. W. Schutz gegen Torre, publiziert in Sem. Jud., Bd. 76 (1954), S. 525 ff.

## Gesetzesübersicht

September 1954 bis März 1955

### *Bolivien*

Durch ein Gesetz vom 13. Januar 1955 wurde die Pflicht zur Entrichtung von Jahresgebühren zur Aufrechterhaltung von Marken eingeführt.  
(Private Information.)

### *Dominikanische Republik*

Gemäß einem am 1. Januar 1955 in Kraft getretenen Gesetz muß zur Einfuhr von pharmazeutischen Spezialitäten eine Lizenz eingeholt werden; Handelsmarken können für derartige Produkte nur nach Bewilligung durch das Gesundheitsministerium eingetragen werden.  
(Private Information.)

### *Neuseeland*

Neue, dem englischen Gesetz nachgebildete Patents, Designs und Trade Marks Acts werden demnächst in Kraft treten.  
(Patent and Trade Mark Review, Oktober 1954.)

### *Republik Haiti*

Am 22. Juli 1954 wurde ein neues Markengesetz erlassen, das die Eintragung von Marken für pharmazeutische Produkte als obligatorisch erklärt. Die betreffenden Packungen, ausgenommen Musterpackungen, müssen einen Markenschutzvermerk tragen.  
(«Le Moniteur» vom 16. August 1954, Private Information.)

(Mitgeteilt von der Patentabteilung der CIBA Aktiengesellschaft.)

## Aus der Praxis des Auslandes

### *Italien*

*Der auf Grund einer ausschließlichen Markenlizenz zukommende Schutz wirkt auch gegenüber der ausländischen Marke, sobald diese im Verkehr erscheint.*

Entscheid des Appellationshofes von Genua vom 30. April/28. Mai 1954 i. S. Soc. P. gegen B. GmbH.

Die italienische Firma P. hat 1936 vom Stammhaus in den USA das Recht zur ausschließlichen Benutzung der Marke «Palmolive» erhalten, die ursprünglich nur auf den Namen der ausländischen Gesellschaft eingetragen worden war. Der Lizenzvertrag, welcher auch das ausschließliche Recht zur Herstellung und zum Vertrieb der mit der «Palmolive» gekennzeichneten Seife einschloß, war vorschriftsgemäß beim Patentamt registriert worden. In ihrer Eigenschaft als Lizenznehmerin ließ die Soc. P. Seifen, welche durch die B. GmbH auch unter dem Namen «Palmolive» verkauft wurden, beschlagnehmen.

In der Begründung untersucht das Appellationsgericht von Genua zuerst, welche Wirkung einem Lizenzvertrag dieser Art zukommt. Von der Interessenlage ausgehend wird der Firma P. das Recht zuerkannt, nicht nur gegenüber der Lizenzgeberin, sondern auch gegenüber jedem Dritten ihr Ausschließlichkeitsrecht geltend zu machen. Ferner setzt sich die Appellationsinstanz mit der Einrede der Nichtigkeit der Marke «Palmolive» auf Grund der Bestimmungen von Art. 6 und 6 bis PVÜ (Haager Fassung) sowie der Vorschrift, daß Marken nur mit dem zugehörigen Geschäft übertragen werden dürfen, auseinander. Die vom Stammhaus in Italien gemäß italienischem Recht vorgenommene Eintragung der Marke «Palmolive» steht sicher im Einklang mit den oben erwähnten Bestimmungen der PVÜ. Weil zudem ein Hauptzweck des Lizenzvertrages darin bestand, der Klägerin das Recht zur Herstellung der «Palmolive»-Seife zu übertragen, ist erwiesen, daß die vom italienischen Recht geforderte Übertragung des entsprechenden Geschäftsteils stattgefunden hat. Der Einwand der Nichtigkeit der Marke «Palmolive» muß somit zurückgewiesen werden.

Da nach Ansicht des Gerichts einzig die Rechtsverhältnisse in Italien maßgebend sind, wurde die Beklagte zum Beweis, daß die betr. «Palmolive»-Seife vom Stammhaus hergestellt wurde und bei einer Versteigerung erstanden worden war, nicht zugelassen. Das erstinstanzliche Urteil wurde deshalb bestätigt und die Firma B. zu Schadenersatz verurteilt.

(Vgl. für das schweizerische Recht den ähnlichen Entscheid in BGE 78 II 164.)

### *Österreich*

*Bei der Beurteilung, ob eine Wortbildmarke, deren graphische und farbige Gestaltung eine Hervorhebung des Wortbestandteils bewirkt, sich genügend von einer reinen Wortmarke unterscheidet, ist einzig auf den Wortklang abzustellen, ungeachtet dessen, ob diese kombinierte Marke auch noch eine bekannte Firmenbezeichnung enthält.*

Entscheid der Nichtigkeitsabteilung des österreichischen Patentamtes i. S. S. AG. gegen F. K. vom 1. Dezember 1954 (nicht publiziert).

Die S. AG. klagte auf Feststellung, daß die von ihr geschaffene Wortbildmarke «Arkotine», die zur Bezeichnung von Schädlingsbekämpfungsmitteln bestimmt ist, nicht mit der auch für Schädlingsbekämpfungsmittel eingetragenen Marke «Arco» verwechselbar sei. In der Begründung weist die Feststellungsklägerin darauf hin, daß schon der Wortbestandteil ihrer kombinierten Marke nicht mit der Phantasiebezeichnung des Beklagten verwechselt werden könne, nachdem «Arkotine» auf der dritten Silbe betont werde und im Erinnerungsbild des Käufers den Eindruck eines längeren Wortes zurücklasse. Jede noch bestehende Verwechslungsgefahr wird nach Ansicht der Klägerin dadurch vermieden, daß der betr. Wortbestandteil ihrer Marke durch einen in originellen Farben ausgeführten Bildbestandteil und durch die Beifügung ihres bestbekannten Firmenzeichens ergänzt wird.

Die Nichtigkeitsabteilung des österreichischen Patentamtes hat die Feststellungsklage als unbegründet abgewiesen. In der Begründung stellt sie vorerst fest, daß bei einer Wortbildmarke, wie sie hier vorliegt, den augenfälligsten Bestandteil das Wort, d. h. der Phantasienamen «Arkotine» bildet. Dies wird nach Ansicht der Nichtigkeitsabteilung im zu behandelnden Fall durch die graphische Aufmachung und die farbige Gestaltung noch verdeutlicht. Gegenüber einer reinen Wortmarke, die selbst kein Farbelement aufweist, muß allein auf den Wortklang abge-

stellt werden, da nur er eine Unterscheidung beider Marken gewährleisten kann. Daran ändert die Beifügung des Firmenkennzeichens nichts, nachdem dem Durchschnittskäufer in der Regel jegliche Kenntnis der Firmenverhältnisse abgeht, auch wenn es sich um eine Firma von Welt-ruf handelt. Ferner steht das kaufende Publikum im ungewissen, ob es sich beim betr. Firmenkennzeichen nicht um dasjenige eines Wiederverkäu-fers handelt.

Die Schlußfolgerung der Nichtigkeitsabteilung lautet dahin, daß das Interesse des Käufers, dem die klägerische Marke im geschäftlichen Ver-kehr entgegentritt, sich ausschließlich auf das den Gesamteindruck dieses Zeichens bestimmende Wort «Arkotine» konzentriert, in dem er aber sowohl klanglich wie bildlich das Wort «Arco» – die belangte Marke – als kennzeichnenden Bestandteil wiederzufinden glaubt. Die Verwechsel-barkeit der beiden Marken wurde deshalb bejaht und die Feststellungs-klage abgewiesen.

### U.S.A.

*Schutz der nicht-technisch bedingten Ausstattung vor sklavischer Nachahmung.*

Entscheid des District Court E.D., Michigan, S. Div. i.S. S. Co., v. W. P. Co., vom 24. Juni 1954 (102 USPQ) 116.

Das Patent der Klägerin, welches eine längliche Klammer zum Ge-brauch in der Industrie umfaßte, war abgelaufen, weshalb sich die Frage stellte, ob die Beklagte eine sklavische Nachahmung derselben verkaufen dürfe, sofern darauf die Marke angebracht sei.

Gemäß der in den Entscheiden *Singer Mfg. Co., v. Junc Mfg. Co.* (163 U.S. 169) und *Kellogg Co. v. Nat. Biscuit Co.* (305 U.S. 111, 39 USPQ 296) aufgestellten Regel dürfen alle technisch bedingten Kon-struktionsmerkmale nachgemacht werden, wenn der Patentschutz abge-laufen ist. Anders verhält es sich mit der Ausstattung (non-functional parts), sobald diese genügend Unterscheidungskraft besitzt, um die Waren der Klägerin zu kennzeichnen. Nachdem feststeht, daß die Be-klagte die Klammern der Klägerin auch in der nicht-technisch bedingten äußeren Ausstattung kopiert hat und dabei so weit gegangen ist, daß sie in der Reklame ein Abbild der klägerischen Klammer benutzte, liegt eine Verletzung der Billigkeitsrechte vor, und die Klägerin hat Anrecht auf eine Verfügung im summarischen Verfahren (vgl. für die Schweiz BGE 79 II 316).

*Als Dienstleistungsmarken können nur solche Zeichen eingetragen werden, die im Zusammenhang mit dem Verkauf oder der Reklame von Dienstleistungen im Handel gebraucht werden.*

Entscheid des Commissioner of Patents i. S. ex parte A. Steel Corp. vom 9. Juli 1954 (102 USPQ 124).

Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung des Wortes «Armco» als Dienstleistungsmarke für Beratungen im Zusammenhang mit verschiedenen Verwendungsmöglichkeiten und Herstellungsverfahren von Stahlprodukten. Die Marke wird nach Angabe der Gesuchstellerin auf Bekanntmachungen, die aus ihren Laboratorien stammen und technische Daten enthalten, aufgedruckt.

Der Assistant Commissioner bestätigt den Entscheid des Prüfers, wonach im vorliegenden Fall die Eintragung von «Armco» als Dienstleistungsmarke nicht zu gestatten ist. Die Gesuchstellerin hat dem Patentamt verschiedene Druckschriften vorgelegt, worin unter dem besagten Zeichen Nachrichten über die Verwendung des von ihr verkauften Stahles enthalten sind. Aus diesen Druckschriften geht eindeutig hervor, daß die A. Corp. Stahl verkauft, zukünftigen Kunden gewisse wissenswerte Informationen zur Verfügung stellt und ihnen offeriert, Studien über die Verwendung von Stahlprodukten in ihren eigenen Betrieben zu machen.

Die damit angebotenen Dienstleistungen gehen nicht über das hinaus, was ein Hersteller und Verkäufer von bestimmten Produkten seinen Kunden gewöhnlich anzubieten pflegt. Da somit die Dienstleistungen der Verkaufstätigkeit untergeordnet sind, kann man nicht von besonderen Dienstleistungen sprechen, weshalb sich die Eintragung einer Dienstleistungsmarke nicht rechtfertigen läßt.

(Mitgeteilt von der Rechtsabteilung der Firma J.R. Geigy AG., Basel.)

## Literatur

- Aeberhard, Marcel*: Rechtsnatur und Ausgestaltung der Patentlizenz im deutschen, französischen und schweizerischen Recht. Diss. Bern 1952 (81 S.).
- Baumann, Felix*: Der Rechtsschutz gegen Mißbrauch von Titeln und Berufsbezeichnungen nach schweizerischem Recht, insbesondere nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb. Diss. Basel 1953 (Maschinenschrift).
- Bolla, Plinio, Dr.*: La proprietà industriale nel diritto privato svizzero degli ultimi cento anni. In ZSR, Bd. 71 (1952), S. 351–374.
- Hartmann, Bernhard*: Das Mitbenutzungsrecht an patentierten Erfindungen. Diss. Basel 1952 (Maschinenschrift).
- Kassler, Heinz, dipl. Ing., Dr. iur., Priv. Doz.* und *Koch, Franz F., dipl. Ing., Oberkommissär des österreichischen Patentamtes*: Nachtrag 1954 zum Kommentarwerk «Das österreichische Patentgesetz», Manz'sche Große Gesetzesausgabe, 9. Band (24 S.). Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. 1954.
- Martin-Achard, Edmond, Prof. Dr.*: A propos du grattage du numéro de contrôle sur un produit de marque. In Sem. Jud. 1944, S. 49–52.
- Meister, Jürg*: Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens. Diss. Zürich. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Nr. 191. Verlag H.R. Sauerländer & Co., Aarau.
- Müller, Rätus*: Verhältnis der angewandten Kunst zu den gewerblichen Mustern und Modellbau. Diss. Zürich 1952 (121 S.).
- Pointet, P. J., Prof. Dr.*: Problèmes actuels de la protection internationale des marques de fabrique et de commerce. In Schweiz. Jahrb. f. internat. Recht, Bd. 9, S. 75 ff.

*Sprüngli, Hans Rudolf, Dr.:* Der unlautere Wettbewerb. Grundzüge des Wettbewerbsrechtes in rechtvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen von Frankreich, England, Deutschland und der Schweiz. Zürich 1955. Polygraphischer Verlag AG. (235 S., brosch. Fr. 15.60.)

*Troller, Alois, Dr.:* Die berühmte Marke. In Festgabe des Luzernischen Anwaltsverbandes zum Schweiz. Anwaltstag, S. 54 ff. Luzern 1953.

*Troller, Alois, Dr.:* Das schweizerische Patentgesetz vom 25. Juni 1954. In SJZ Bd. 51 (1955), S. 97–105.

*Troller, Alois, Dr.:* Internationale Zwangsverwertung und Expropriation von Immaterialgütern. Basel 1955. Verlag für Recht und Gesellschaft AG.

*UFITA:* Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht, herausgegeben von Dr.jur. Georg Roeber, Bd. 18 (1954) und ff., München. Verlag für angewandte Wissenschaften, Baden-Baden. Jährlich 6 Hefte. Abonnementspreis bei Bezug in Einzelheften DM 58.80, bei Bezug des ganzen Bandes DM 54.—.

Wir freuen uns, daß nach zehnjährigem Unterbruch diese repräsentative deutsche Zeitschrift des Urheberrechts, Filmrechts, Funkrechts und Theaterrechts zu erneutem Leben auferstanden ist. Und wir zweifeln angesichts der reichen Liste angesehenster ständiger Mitarbeiter aus verschiedenen Ländern, wie auch nach dem Inhalt der ersten Hefte nicht am vollen Erfolg dieses Wiederauferstehens.

## Buchbesprechungen

*Schramm: Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechtes.* S. XXIV, 431. Carl Heymanns Verlag KG, Berlin. Köln 1954.

Die Besorgnis, daß die Wissenschaft des Immaterialgüterrechts und damit auch seine praktische Anwendung an dem immer noch in der Entwicklung begriffenen Spezialistentum leide, wird von vielen geteilt und kommt mancherorts zum Ausdruck. Gewiß ist das Eindringen ins einzelne, das Verfeinern der Erkenntnismittel durch Spezialisten notwendig. Aber das Besinnen auf das Gemeinsame tut ebenso not, wenn nicht das Immaterialgüterrecht vom übrigen Recht ab- und in kleine exklusive Zirkel aufgespalten werden soll, die kommunikationslos nebeneinanderliegen.

Schramm hat das verdienstvolle Wagnis der Gesamtschau und des Aufbaus auf den Grundlagen des bürgerlichen Rechts unternommen. Wenn auch seine Thesen im einzelnen keineswegs nur Zustimmung finden werden – auch der Schreibende sieht sich öfters zum Streitgespräch ermuntert und sogar herausgefordert –, so wird doch niemand die Methode und das Ziel beanstanden.

Das erste Kapitel, das unter dem Titel Territorialitätsprinzip auf 18 Seiten die Grundzüge und auch Einzelheiten des internationalen Privat- und Prozeßrechts behandelt, vermag dieses komplexe Thema an einigen Punkten zentral zu fassen, sonst aber nur zu skizzieren und verführt doch eher zu voreiligen Schlüssen, die allerdings bei Meinungsäußerungen bekannter Autoren anknüpfen, so, wenn vom Verleihen der Rechte durch den Staat gesprochen wird, sogar für das Urheberrecht, obgleich es doch evident ist, daß der Staat nur im Gesetz die Bedingungen des Rechtserwerbs festlegt, so wie das für Sachen-, Erb- und Familienrechte, kurzum für alle Gebiete geschieht, in denen nicht durch einen konstitutiven Verwaltungsakt Rechte verliehen werden, wie das z. B. für das deutsche Patentrecht zutrifft.

Gegenstand des zweiten Kapitels sind Rechtsnatur und Inhalt der Schutzrechte. Zweifel sind zur These zu äußern, daß gewerbliche Schutzrechte im übertragenen Sinne durch Gesetz oder Vertrag entstehen können. Schutzrechte als absolute, gegen Dritte wirkende Rechte können nur durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht, nicht aber durch Vertrag begründet werden. Gerade das von Schramm (S. 20) genannte Beispiel ist der Beweis dafür. Wenn jemand auf Grund seiner Hausrechte einem Filmunternehmer die Aufnahme eines Boxkampfes gestattet, so begründet er damit nicht ein gewerbliches Schutzrecht mit Sperrwirkung gegen Dritte. Das Filmunternehmen erwirbt das Urheberrecht an seiner filmischen Leistung kraft Gesetz. Die exklusive Verfilmungserlaubnis gibt nur dem Filmunternehmer die Möglichkeit, das Ereignis allein festzuhalten.

Ein gutes Beispiel für die erfolgreiche Untersuchungsmethode ist die Systematik der

Kennzeichnungsmittel (S. 24), in der Firma, Warenzeichen und Bezeichnung des Künstlers und seines Werkes zusammengefaßt sind. Aufschlußreich und vielfach originell sind die Ausführungen über die Wiederholbarkeit und Sperrwirkung.

Das dritte Kapitel gibt der Rückkehr zum Begriff des geistigen Eigentums, der gegenwärtig von mehreren Autoren unabhängig wieder zu Ehren gebracht wird, und zur zweiten sachenrechtlichen Parallele, dem Besitz, in überzeugender Weise Raum. Auch die übrigen Kapitel (Schutzumfang, guter und schlechter Glaube, Zeitfaktor, Gesetzesüberschneidungen, Schutzumfang, Leistungsschutz, Nutzungsrechte, mittelbare Rechtsverletzung, Zusammenstoß mehrerer Rechte (Verwirkung), Schadensrecht, Verzicht und Verbrauch der Schutzrechtwirkungen, Urheberchaftsrecht und Originalgarantie, privater und gewerblicher Gebrauch) heben das Gemeinsame und Trennende hervor.

Besonders fesselnd sind die graphischen und formelmäßigen Darstellungen des Schutzzumfanges in Kapitel 7. Dabei ist die Untersuchung über die Verwechslungsgefahr von Warenkennzeichen am interessantesten. Gerade diese Darstellungen können nicht im Rahmen einer Buchbesprechung beschrieben werden. Es lohnt sich, sie eingehend zu studieren.

Das Werk, das übrigens oft auf die schweizerische Rechtslage verweist, ist für unsere Verhältnisse ebenfalls sehr lehrreich. So erfaßt das letzte Kapitel über den privaten und den gewerblichen Gebrauch ein Thema, das gegenwärtig auch für uns aktuell ist. Daß in der Wissenschaft das parallel gerichtete Denken vielleicht noch häufiger ist als die Parallelerfindungen zeigen die Darlegungen, durch die auch für das Urheberrecht der Begriff «privat» gegen das «Gewerbliche» und nicht nur gegen das «Öffentliche» abgegrenzt wird, so wie das der Schreiber ebenfalls getan hat.

Man muß sich für das Schrammsche Werk Zeit nehmen: Der Appetit wächst im Lesen. A. Troller

*Kurt Runge: Urheber- und Verlagsrecht.* In drei Lieferungen, Ferd. Dümmers Verlag, Bonn, 1948, 1949, 1953. Insgesamt 1051 S.

Die deutsche Urheberrechtswissenschaft, die während der letzten Zeit des Dritten Reiches recht eigentlich zum Stillstand gelangt war, namentlich durch den frühzeitigen Tod Willy Hoffmanns im Jahre 1942 und nach dem Eingehen der *Ufita* (Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht), ist neu erwacht. Das Wiedererscheinen dieser vorzüglichen Zeitschrift, aber auch die urheberrechtlichen Abhandlungen in der von Professor Reimer geleiteten grünen Zeitschrift *GRUR* (*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*), lassen erkennen, daß die Urheberrechtsprobleme heute in Deutschland zu den aktuellsten gehören, die den Juristen beschäftigen. Dazu mag natürlich auch die Vorbereitung eines neuen einheitlichen Gesetzes beitragen, welches die veralteten Gesetze von 1901/1910 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Musik, und von 1907/1910 betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie ersetzen soll. Eine neue Zeitschrift, *Musik und Dichtung*, wurde sogar gegründet, um die Belange und Wünsche der Urheber und speziell der Komponisten mit aller Deutlichkeit anzumelden.

Neben diesen mehr zeitbedingten Veröffentlichungen sind aber im Nachkriegs-Deutschland auch urheberrechtliche Bücher dauernden Wertes erschienen, so daß die Überlieferung von Kohler, Riezler, Allfeld, Marwitz-Möhring und anderen in Ehren weitergeführt wird. Das *Urheber- und Verlagsrecht* von Eugen Ulmer, dem Heidelberger, jetzt Münchner Professor, darf bereits als klassisch bezeichnet werden, obschon es erst

im Jahre 1951 herausgekommen ist. In knapper Form, und man kann wohl sagen in großartiger Beherrschung des Stoffes, sind dort der gegenwärtige Stand des deutschen Urheberrechtes und die *lex ferenda* in systematischer Weise dargestellt. Wer sich für diese Fragen interessiert, wird nicht müde, sich in das Ulmersche Werk zu vertiefen und darin zu lernen.

Für einen etwas anderen Leserkreis bestimmt ist ein zweites urheberrechtliches Buch, ebenfalls eine Nachkriegspublikation, verfaßt von Rechtsanwalt *Dr. Kurt Runge* in Köln. Runge hat sich vom Gedanken leiten lassen, daß am Ende eines Krieges wie der von 1939 bis 1945 eine Bestandesaufnahme notwendig sei, um das nach dem Zusammenbruch noch bestehende Rechtsgut festzustellen, und ferner die Probleme der Nachkriegszeit aufzuzeigen und deren Lösung wenn möglich vorzubereiten. Das ist ein sehr verdienstliches Programm, weil die Lage Deutschlands zufolge des Zweiten Weltkrieges eine ganz besondere, ja einzigartige geworden war durch die Totalbesetzung des Landes, die Spaltung zwischen West und Ost und die immer noch andauernde Hinausschiebung eines einheitlichen Friedensvertrages oder Friedensstatutes. Bereits 1948, als die erste der drei Lieferungen des Werkes erschien, konnte Runge zutreffend sagen, daß das bisherige deutsche Urheber- und Verlagsrecht durch die militärische Niederlage grundsätzlich unberührt geblieben war. Daraus ergab sich die Zweckmäßigkeit eines Kommentars der geltenden Gesetze, da sich vieles geändert hatte in den Verhältnissen die das weiterbestehende Vorkriegsrecht regeln muß.

Diese Aufgabe löst Runge nun nicht wie zum Beispiel Allfeld, indem er die einzelnen Artikel in ihrer arithmetischen Reihenfolge behandelt, sondern indem er die ganze Materie des Urheberrechtes in eine Anzahl Hauptteile gliedert, und die entsprechenden Bestimmungen dann zur Kommentierung zusammenfaßt. Eine derartige Methode erlaubt es, die Vorzüge des systematischen Aufbaues beizubehalten und trotzdem den Einzelfragen ein abgerundetes Studium zu widmen, welches für den Praktiker, der eine bestimmte Auskunft sucht, von großem Wert ist. So finden wir im ersten Teil des Werkes, unter dem Titel «Grundzüge des Urheberrechtes», die ganze Analyse der beiden noch in Kraft stehenden Urheberrechtsgesetze.

Der Inhalt des Urheberrechtes wird in einem besonderen Abschnitt umschrieben, wo zuerst die einzelnen Befugnisse des Urhebers aufgezählt sind (Vervielfältigung, Ausführung, Vortrag usw.), und hernach die das Werk in seiner Urform abändernden Eingriffe der Bearbeitung und speziell der Übersetzung. Schließlich folgt noch eine Untersuchung über den Melodienschutz (in Deutschland extra normiert). Damit ist die Lage des Urhebers im positiven Sinne beleuchtet. Die Kehrseite der Medaille bilden die Beschränkungen des Urheberrechtes, welche ebenfalls alle zusammen in einem Abschnitt durchgenommen werden (zeitliche, räumliche, inhaltliche Begrenzungen). Zur Ausübung des Rechtes übergehend, spricht Runge vorerst von der *Zession*, also vom Wechsel in der Person des Rechtsträgers. Er bemerkt aber, daß man immer mehr in Deutschland dazu gekommen ist, die Abtretung des Urheberrechtes als solches zu vermeiden und sie zu ersetzen durch die Einräumung eines Werknutzungsrechtes oder einer Werknutzungserlaubnis. So erhält der Urheber die Möglichkeit, sich seiner Befugnisse nur soweit zu begeben als dies notwendig ist, um dem Erwerber die vertragsmäßige Handlungsfreiheit zu sichern. Die Rechtsgeschäfte werden «*sur mesure*» abgeschlossen, eine zweifellos bessere Lösung, als wenn die Ausübung des Urheberrechtes immer im Wege der Übertragung erfolgen müßte. Die neue Tendenz geht sogar dahin, das Urheberrecht nur von Todes wegen oder im Wege der Erbauseinandersetzung als übertragbar zu erklären.

Die hauptsächlichsten Nutzungsarten geben Runge Anlaß zu einer Fülle wertvoller Winke für den Praktiker und namentlich für die Verbraucher von Musikwerken. Hier unterscheidet der Verfasser zwischen Verlag und öffentlicher Aufführung, wobei die Tätigkeit der *Gema* (der deutschen *Suisa*) einschließlich der Abteilung für mechanisch-musikalische Rechte und die Rolle des Treuhandausschusses der deutschen Verleger, welcher das Aufführungsmaterial leihweise vermittelt, genau und mit Belgen aus erster Hand beschrieben werden.

Zwei weitere, in den letzten Jahren besonders wichtig gewordene Werknutzungen sind die Verfilmung und die Radiosendung. In der umstrittenen Frage der Filmurheberschaft nimmt Runge einen durchaus orthodoxen Standpunkt ein im Sinne der Autoren. Urheber sind diejenigen, die den Film mitgeschaffen haben: infolgedessen wird der Produzent als solcher ausgeschlossen, und nur dann in den Kreis der Urheber aufgenommen, wenn seine Mitwirkung «im Einzelfall über die bloße Organisationsarbeit und filmische Anregung hinausgeht und den Charakter wirklich schöpferischer Mitarbeit annimmt» (Seite 265). Das ist gewiß richtig. So sehr die ökonomische Leistung des Produzenten Anerkennung verdient, so vorsichtig wird man sein müssen in der Anwendung urheberrechtlicher Begriffe für die Umschreibung seiner Rechte. Dabei ist es natürlich leicht zu sagen: der Produzent ist kein Urheber und genießt somit kein Urheberrecht am Film. Viel schwieriger ist die Beantwortung der Frage nach den Befugnissen, die der wirtschaftliche Erzeuger des Films eben doch haben sollte. Hierüber wird eifrig debattiert, auch auf internationalem Boden. Bis heute ist noch nicht viel Positives erreicht.

Runge erwähnt den Vorschlag des Internationalen Institutes für die Vereinheitlichung des Privatrechtes in Rom, die Vermutung aufzustellen, daß der Produzent, wenn er im Film mit Namen genannt ist, berechtigt sein soll, die Rechte zum Schutze des Werkes gegenüber Dritten geltend zu machen (Seite 269). Das wäre jedenfalls eine Regel, der man den Vorzug geben dürfte gegenüber einer *Cessio legis* oder einer gesetzlichen Lizenz, unter deren Flagge die Filmurheber zu sehr ihre Herrschaftsstellung einbüßen würden. Leider konnte die Brüsseler Revisionskonferenz der Berner Übereinkunft sich nicht darüber schlüssig werden, wer Urheber des Filmwerkes sei (*Dokumente der Konferenz*, Seite 358), so daß das ganze Problem immer noch zur Diskussion steht. Auch Runge bringt keinen persönlichen abgerundeten Vorschlag (was nicht als Kritik aufgefaßt werden soll). Prof. Ulmer macht in seinem Standardwerk *Urheber- und Verlagsrecht* einige wertvolle prinzipielle Überlegungen: das Urheberrecht am Filmwerk sei von den Schutzrechten an der Darstellung zu unterscheiden; deshalb seien die Leistungen der Regie und der Schauspieler vom urheberrechtlichen Schutz auszuschalten. Wenn die Darstellung für das Urheberrecht ausscheidet, so muß man das gleiche für die wirtschaftliche Organisation (also für die spezifische Leistung des Produzenten) annehmen. Ulmer und Runge sind hierin einig. So gelangen wir mit ziemlicher Sicherheit immerhin zu einem Teilergebnis: als Filmurheber sind diejenigen Personen anzusehen, die einen Beitrag im klassischen Rahmen der geistigen Schöpfung leisten: also der Komponist, der Textdichter, der Drehbuchautor. Runge möchte in diese obere Kategorie noch den Filmregisseur und eventuell den Produktionsleiter oder Unternehmer einreihen (Seite 267). Den Filmregisseur würde ich eher als einen Schauspielleiter betrachten und ihn der Gruppe der Darsteller zuweisen, die außerhalb des «gelobten Landes» des Urheberrechtes verweilen. Auch der Produktionsleiter bzw. der Unternehmer bewegen sich nicht auf der urheberrechtlichen Ebene, es sei denn (was übrigens für jeden Beteiligten zutrifft), daß sie einen schöpferischen Beitrag leisten, beispiels-

weise durch eine literarische Tätigkeit, durch eine musikalische Untermalung oder durch Zeichnungen in der Art von Walt Disney.

Gehört aber ein Mitwirkender am Film nicht zu den Urhebern, infolge seines andersgelagerten Pensums, so bedeutet das keineswegs, daß seine Arbeit nicht schutzwürdig sei. Man ist heute durchaus der Auffassung, daß die ausübenden Künstler (und die Filmdarsteller gehören dieser Gilde an) befugt sind, dem Gesetzgeber ähnliche Begehren zu stellen, wie es die Autoren schon seit längerer Zeit getan haben. Der interpretierende Künstler ist hin und wieder mit einem Übersetzer verglichen worden, wobei dann zwangsweise der erste in die juristische Position eines Bearbeiters, eines Schöpfers aus zweiter Hand eingerückt wäre. Die Analogie ist bestechend, hat indessen nicht allgemein überzeugt. Der Übersetzer — heißt es — gebe dem Originalwerk ein *neues* sprachliches Kleid, während der Interpret, z.B. eines Musikstückes, das in seiner graphischen Fixierung schlummernde Werk zum Leben erwecke, jedoch ohne etwas wahrnehmbar zu machen, was nicht schon implizite in der vom Urheber geschaffenen Form vorhanden wäre. Das mag sein, und dennoch möchte ich den vielleicht nicht absolut stichhaltigen Vergleich mit dem Übersetzer festhalten. Denn im Ergebnis sind beide Tätigkeiten äquivalent; sie wollen dem Werk den Zugang zum Publikum eröffnen: der Übersetzer für eine bestimmte Sprache, der Musikinterpret für die große Masse, welche aus der bloßen Einsicht von Musiknoten sich keine Vorstellung der entsprechenden Komposition machen kann. Auch der Schauspieler, und nicht zuletzt der Filmschauspieler, vermitteln das Werk in einer Vollendung, die dem Leser des Textes eventuell vorschweben wird, aber unerreichbar ist ohne das Eingreifen der Darsteller. Damit scheint mir die Rolle der ausübenden Künstler in ihrer Wichtigkeit unterstrichen. Und wenn auch für den Juristen das künstlerische Niveau des Werkes oder der Leistung nicht in Betracht fällt, so darf doch hier bemerkt werden, daß gerade deswegen der Interpret als solcher nicht weniger gelten soll als der Urheber. In manchen Fällen wird ein schwaches Werk durch die glanzvolle Haltung der Darsteller gerettet; mehr noch, es gibt Werke, die der Urheber extra schuf, um das Talent eines bestimmten Virtuosen in hellem Licht erstrahlen zu lassen. Da sind die Chancen groß, daß die geistige Urschöpfung hinter der nachschaffenden Interpretation zurücktritt. Dies nur, um zu zeigen, daß das manchmal vorgebrachte Argument, wonach die Autoren höher stünden als die ausübenden Künstler, m. E. nicht durchschlägt. Wie gesagt, der Jurist kümmert sich überhaupt nicht um den künstlerisch größeren oder geringeren Wert der zu schützenden Güter. Will man trotzdem mit diesem Maßstab messen, so haben wir nur noch Spezialentscheide, lautend einmal zugunsten des Urhebers, ein anderes Mal zugunsten des Interpreten.

Ein Primat aber müssen wir den Urhebern zuerkennen: das zeitliche. Zu Beginn war das Wort oder der Ton. Ohne ein Sprach- oder Musikwerk vermag der ausübende Künstler sein Talent nicht zu entfalten. Oder, wenn er als Improvisator auftritt, so ist er eben zugleich Autor und Interpret. Es ist verständlich, daß die Autoren, kraft ihrer Priorität, die einzigen sein möchten, die ein ausschließliches Recht genießen. Man kann aber auch begreifen, daß die ausübenden Künstler, der Bedeutung und der Unverletzlichkeit ihrer Arbeit bewußt, für diese einen dem Urheberrecht gleichzustellenden Schutz beanspruchen. Und da die Schöpfungen der Urheber (die Werke) und die Leistungen der ausübenden Künstler (die Interpretationen) in einem und demselben Substratum fixiert werden können, entsteht ein möglicher Konflikt zwischen den zwei Gruppen, die beide berechnete Postulate aufstellen. Die Urheber werden grundsätzlich die größtmögliche Verbreitung ihrer Werke wünschen und daher den Verkauf der entsprechen-

den Schallplatten oder sonstigen ähnlichen Vorrichtungen befürworten. Die ausübenden Künstler dagegen nicht unbedingt, denn die Verbreitung ihrer Interpretationen mittels mechanischer Instrumente kann mitunter zur Folge haben, daß man menschliche Kräfte seltener für Aufführungen verpflichtet, weil die konservierte Musik «es eben auch tut» und sogar billiger.

Dieser Interessengegensatz ist nicht leicht zu beseitigen ohne Opfer oder Härte. Die Lösung der formellen Logik hatten freilich die Römer schon gefunden, indem sie den Satz prägten: «*In pari causa melior est causa prohibentis.*» Allein das ist gerade die Frage: darf man dem Autor zumuten, auf eine Verbreitung seines Werkes zu verzichten, weil der ausübende Künstler ein Interesse hat, eine öffentliche Benützung des Instrumentes, welches seine Interpretation festhält, zu verbieten? (Auf den möglichen präjudiziellen Einwand der Autoren, sie seien grundsätzlich, durch die Natur ihres Schaffens, den Interpreten überlegen, möchte ich nicht eintreten; solch allgemeine Werturteile scheinen mir, ich wiederhole es, falsch und überdies nicht passend in die Betrachtungsweise des Juristen.) Gibt man dem verneinenden Willen des ausübenden Künstlers den Vorrang, so wird der Autor in der Nutzung seines Publikations- und Verbreitungsrechtes gehemmt. Das will mir nicht recht gefallen. Ich glaube, daß der Schutz des ausübenden Künstlers mitunter zu einer finanziellen Schmälerung des Urhebers führen kann, daß aber dieser in seiner juristischen Position – also in seinem ausschließlichen Recht – nicht angetastet werden darf. Allerdings kommt man so zu einer einschneidenden Strukturänderung des dem ausübenden Künstler zukommenden Schutzes: ein ausschließliches Recht kann nur dann dem Autor voll zugesichert bleiben, wenn der ausübende Künstler *nicht* parallel über ein gleiches Recht verfügt. Während verschiedene Gesetzgeber, in theoretisch richtiger Erkenntnis der Lage, das Nebeneinanderbestehen der ausschließlichen Rechte des Urhebers und des ausübenden Künstlers bejahen, neige ich nach neuer Überlegung dazu, bloß *einer* Gruppe von Rechtsträgern ein ausschließliches Recht zu gewähren. Daß diese Gruppe die der Urheber sein sollte (und nicht die der ausübenden Künstler), scheint mir normal und tragbar, da nun einmal eine Wahl getroffen werden muß. Allerdings möchte ich jedem Rechtsträger, ohne Rücksicht auf die Gruppe, welcher er angehört, in einem Fall den Vorrang geben: nämlich sofern er sein Persönlichkeitsrecht anrufen kann. Auch das Persönlichkeitsrecht des ausübenden Künstlers, sich dagegen zu wehren, daß eine Interpretation von ihm öffentlich verbreitet werde, die er nicht oder nicht mehr als seiner würdig anerkennt, verdient nach meiner Überzeugung den Schutz des Gesetzgebers, selbst wenn dadurch das Interesse des Urhebers an der Verwertung des Werkes preisgegeben werden muß. Hier würde ich die römische Regel: «*In pari causa...*», und zwar ohne Einschränkung, gelten lassen.

Dieser Exkurs hat mich weitergeführt als ich dachte, aber er betraf schließlich Fragen, die heute zu den brennendsten des Urheberrechts gehören; so wird mir Dr. Runge vielleicht verzeihen, daß ich mich zu einigen von seinem Buche abschweifenden Gedanken verleiten ließ. Aus der Fülle des behandelten Stoffes (der Verfasser hat es sich nicht nehmen lassen, einen richtigen Kommentar des deutschen Verlagsgesetzes zu schreiben), sei hier noch der Teil IV (internationales Urheberrecht) herausgegriffen. Ich bin Dr. Runge zu großem Dank verpflichtet für die ausführliche und zustimmende Besprechung der vom Berner Büro und der Zeitschrift *Droit d'auteur* eingenommenen Haltung während des Zweiten Weltkrieges. Die Richtlinien des internationalen Amtes werden in vorzüglicher Weise dargelegt, und die Billigung aus einer deutschen Feder ist besonders wertvoll, da Deutschland 1945 die unterliegende Partei war. Wenn auch – leider – die Spaltung zwischen Ost- und Westdeutschland je länger je mehr Wasser auf

die Mühle der Separatisten leitet, so muß doch immer wieder der tatsächliche Charakter der Lage gegenüber der noch schwebenden juristischen Regelung hervorgehoben werden, was Runge sehr geschickt tut, indem er entweder von den verschiedenen Besetzungszonen spricht, oder von der Ostzone im Gegensatz zur Bundesrepublik. (Auf Seite 722 erwähnt er, daß es 1949 zur Bildung zweier selbständiger Republiken in West- und Ostdeutschland kam, eine geschichtliche Entwicklung, die man natürlich nicht unter den Tisch wischen kann. Sie aber nach menschlichem Ermessen als endgültig zu betrachten und ihr die Anerkennung *de jure* angedeihen zu lassen, das ist etwas anderes. Ich glaube nicht, daß eine solche Auffassung Runge vorgeschwebt hat. Im *Taschenbuch des Urheberrechts* von Dr. Kurt Hactel und Gerhard Schneider, Mitglieder des Bundesjustizministeriums in Bonn<sup>1</sup>, ist ein Spezialabschnitt dem sowjetischen Besatzungsgebiet Deutschlands gewidmet: ein Beweis, daß der juristische Begriff Deutschland die gegenwärtige Zweiteilung überbrückt. Denn, wenn man in Bonn die Grenzen Deutschlands mit denjenigen der Bundesrepublik identifizieren würde, wäre es zwecklos gewesen, in ein deutsches Taschenbuch ostdeutsche Bestimmungen aufzunehmen.)

Neben der revidierten Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst bestehen auch die amerikanischen mehrseitigen Abkommen, ein buntes Gemenge, welches Runge sorgfältig beleuchtet, ohne allerdings beim Leser den Eindruck etweller Verworrenheit zu zerstreuen. Es gibt panamerikanische, zentralamerikanische, südamerikanische Urheberrechtskonventionen. Für Europa wichtig ist vorab die südamerikanische Übereinkunft von Montevideo von 1889, weil sie allen Staaten offensteht, freilich unter der Voraussetzung, daß die amerikanischen Vertragsländer (jedes für sich) ihre Genehmigung erteilen. So wurde der Beitritt Frankreichs von Argentinien und Paraguay angenommen, derjenige Deutschlands von den gleichen Ländern, plus Bolivien. Zwei amerikanische Montevideo-Länder (Uruguay und Peru) haben überhaupt keinen europäischen Beitritt gutgeheißen. Der Vertrag von Montevideo wurde 1939 (in der gleichen Stadt) revidiert. Runge bringt in verdienstvoller Weise den neuen Text, teilt jedoch mit, daß dieser nur von Uruguay ratifiziert wurde, weshalb die Revision bis heute «auf dem Papier stehengeblieben ist» (Seite 763). – Das interessanteste panamerikanische Abkommen ist wohl das 1946 in Washington unterzeichnete, dessen Hauptmerkmal die grundsätzliche Loslösung vom System der schutzbegründenden Förmlichkeiten und somit die Annäherung an die Berner Übereinkunft sein dürfte. – Die Welturheberrechtskonvention, 1952 in Genf unterzeichnet und von der Schweiz ratifiziert<sup>2</sup>, steht ebenfalls im Zeichen der wenigstens partiellen Abkehr vom System der Förmlichkeiten: dort wird nur noch am Urheberrechtskennzeichen als Maximalerfordernis festgehalten. Dieses neueste diplomatische Instrument auf dem Gebiet des Autorrechtes konnte der Verfasser nicht mehr in sein Werk aufnehmen, aber er schildert, sachlich-präzis, alle Vorarbeiten mit Einschluß des Entwurfes, welcher die Grundlage für die Genfer Beratungen bildete.

Eine Leistung ungewöhnlichen Umfangs hat Runge in seinem *Urheber- und Verlagsrecht* vollbracht. Das Zusammentragen aller Informationen war schon an sich keine Kleinigkeit. Darüber hinaus hat er die reichhaltige Materie verarbeitet, zu den Problemen persönlich Stellung genommen und der Wissenschaft eine große Summe von Tatsachen und Gedanken zugeführt, die befruchtend in Breite und Tiefe wirken werden. Dafür gebühren ihm Glückwunsch und Dank.

*Bénigne Mentha*

<sup>1</sup> Diese ausgezeichnete Zusammenstellung deutscher Texte (Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin 1955) sei hiermit den schweizerischen Urheberrechtlern warm empfohlen.

<sup>2</sup> Bis jetzt nur im Nationalrat. Ein gleicher Beschluß des Ständerates dürfte demnächst folgen.

*Luigi Sordelli: L'opera dell'ingegno, interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora.* Dott. A. Giuffrè, Milano 1954, 280 p., Lire 1200.

Sordelli stellt das Verhältnis des Urhebers eines Werkes der Literatur und Kunst, des ausübenden Künstlers, des Herstellers von Schallplatten, der Rundfunkgesellschaften und des Filmproduzenten dar.

Er prüft die Natur der Herrschaftsrechte der zuvor genannten Personen an ihren Leistungen und den durch sie geschaffenen Objekten und trennt dabei in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre die Urheberrechte von den Nachbarrechten, ferner prüft er die vertraglichen Bindungen, die zwischen diesen Rechtssubjekten bestehen. Die allgemeinen dogmatischen Ausführungen berücksichtigen die ausländischen Rechte und die überaus reiche Literatur. Sie vermitteln daher einen ausgezeichneten Überblick über den Stand der Entwicklung bis zum Jahr 1953. Die scitherigen Diskussionen über das Romprojekt zur Regelung der Nachbarrechte, das Gutachten Ulmer zum Filmrecht und die durch dasselbe angeregte Diskussion sind nicht mehr einbezogen.

Die positivrechtlichen Studien basieren auf dem italienischen Recht und der RBÜ in der Brüsseler Fassung.

Sordellis Werk ist durch dogmatische Klarheit, umfassende Kenntnis der Tatbestände und geduldiges Eingehen auf die Einzelheiten gekennzeichnet. Seine Nützlichkeit ist noch erhöht durch die umfangreichen Register über die zitierten in- und ausländischen Gesetzesstellen, Entscheidungen und Autoren. Auch das Sachregister ist eingehend und umfangreich.

Trotz dem überreichen Strom der nachbarrechtlichen Literatur sollte auch diese Arbeit beachtet und studiert werden; sie lohnt die aufgewendete Mühe. *A. Troller*

*Gebhardt: Das Rechtsverhältnis zwischen Komponist und Librettist.* Walter de Gruyter & Co., Berlin 1954, 71 S., geh. DM 9.—.

Die Beziehungen zwischen Komponist und Librettist können von der engen gegenseitig hinreißenden schöpferischen Zusammenarbeit, wie sie das Verhältnis zwischen Richard Strauß und Hugo von Hoffmannsthal kennzeichnete, zur Benutzung einer abgeschlossenen und ohne Hinblick auf die Vertonung geschaffenen Dichtung mannigfacher Art sein. Sie bieten daher einer für alle Fälle gleichermaßen gerechten gesetzlichen Lösung nicht geringe Schwierigkeiten. Gebhardts Studie gibt über die tatbeständlichen und rechtlichen Probleme umfassenden Aufschluß. Er tritt für die Behandlung als Gesamthandsverhältnis ein. Von der im schweizerischen Recht enthaltenen Bruchteilsgemeinschaft abzugehen, liegt jedoch kein Grund vor. Eine enge Zusammenarbeit wird ohnehin, wie Gebhardt darlegt, vielfach Komponist und Librettist zu einer einfachen Gesellschaft verbinden. *A. Troller*

*Urheberrechtsreform ein Gebot der Gerechtigkeit.* Walter de Gruyter & Co., Berlin 1954, 69 S., geh. DM 5.80.

4 Aufsätze zur deutschen Urheberrechtsreform sind in diesem dünnen und gewichtigen Büchlein zusammengefaßt: Heinrich Lehmann, Die Neuordnung der Güterwelt nach ihrem wahren Lebenswert; Gustav Ermecke, Zum Schutz des geistigen Eigentums; Johannes Overath, Musik als geistiges Eigentum; Willy Richartz, Forderungen an das neue Musik-Urheberrecht.

Die drei ersten Arbeiten sind auf die Grundlage des christlichen naturrechtlichen Denkens gestellt.

Lehmann (Die Neuordnung der Güterwelt nach ihrem wahren Lebenswert) verlangt eine noch ausgeprägtere Abkehr vom Vorrang der materiellen Güter gegenüber der menschlichen Persönlichkeit und ihren Leistungen. Das Vorurteil von der Vogelfreiheit des geistigen Eigentums müsse endlich überwunden werden. Ermecke (Zum Schutz des geistigen Eigentums) erfaßt die Probleme auf dem Boden der christlichen Sozialethik, die sich, mit Ausnahme von Cathrein, um sie kaum angenommen habe; auch er lehnt die traditionell geduldeten unentgeltlichen Zugriffe auf das Geisteswerk ab und prüft gleich Lehmann, ob das Erlöschen des Urheberrechts 50 Jahre nach dem Tode des Autors gerechtfertigt sei und befürwortet den Verzicht der Allgemeinheit auf die freie Werknutzung, wenn auch nicht zugunsten der Nachkommen des Urhebers, so doch, um aus den Einkünften bedürftige Urheber und ihre Hinterbliebenen zu unterstützen. Overath (Musik als geistiges Eigentum) betont diese Grundsätze ganz besonders für die musikalischen Werke: «Wenn der Satz „Res fructificat domino!“ zu Recht besteht, dann trifft dies in höherem Grade auf die inneren Fähigkeiten des Urhebers zu, da nichts dem Menschen mehr zu eigen sein kann als diese.» Richartz schließlich (Forderungen an das neue Musik-Urheberrecht) postuliert insbesondere einen wirksamen Schutz der Urheber gegen die von ihnen zu oft unter dem Druck einer Notlage getroffene umfassende Verfügung über ihre Werke. Die Urheber verlangen geradezu eine derartige «Bevormundung». Vor allem sei es im Wesen des Urheberrechts begründet, daß der schöpferische Mensch sich von seinem Werk weder künstlerisch noch materiell trennen könne und eben darum die Vertragsfreiheit beschränkt werden müsse. Ferner befaßt er sich mit den einzelnen Bestimmungen des geltenden Rechts, die das Urheberrecht an musikalischen Werken betreffen und formuliert die Revisionswünsche. Diese Ausführungen, die dank seiner genauen Kenntnis der tatbeständlichen Grundlagen sehr knapp und präzise gehalten sind, dürften auch dem schweizerischen Leser bedeutsam erscheinen. So z. B. die Kritik der freien Benutzung eines Werkes, wenn dadurch eine «eigentümliche Schöpfung» hervorgebracht wird. Der Komponist des Originalthemas müsse dagegen gesichert sein, von unberufener Seite «variiert» zu werden.

Das traditionelle urheberrechtliche Denken, das sich mit der Benachteiligung der Urheber erstaunlich gut abfindet, mag diese Arbeiten als theoretisch und utopisch betrachten. Doch versuche ein jeder, der zu diesem Urteil neigt, die Gründe seiner Ablehnung an denjenigen der 4 Autoren zu messen – er wird dann die Rechtfertigung seiner Opposition als schwer und teilweise als unlösbar erkennen. A. Troller

*Ulmer-Bußmann-Weber: Das Recht der Verwertungsgesellschaften.* 94 S., Verlag Chemie GmbH., Weinheim/Bergstr., 1955, kart. DM 15.—.

Das deutsche Reichsgesetz über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten vom 4. Juli 1933 (RGBl. I S. 452), welches die gewerbsmäßige Vermittlung der sogenannten kleinen Rechte genehmigungspflichtig macht, ist in Revision begriffen. Zusammen mit dem Entwurf eines Urheberrechtsgesetzes hat der Bundesminister der Justiz im März des vergangenen Jahres ebenfalls den Referentenentwurf eines Gesetzes über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechts (Verwertungsgesellschaftengesetz) mit Begründung veröffentlicht. Zur Erörterung steht dabei, ob neben Fragen des Außenverhältnisses auch solche des Innenverhältnisses geregelt und ob ganz generell eine Staatsaufsicht über die Verwertungsgesellschaften eingeführt werden

sollen. Die vorliegende rechtsvergleichende Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen über Verwertungsgesellschaften, welche im Auftrag der Gesellschaft für Rechtsvergleichung entstanden ist, verfolgt daher primär den Zweck, dem deutschen Gesetzgeber durch Verschaffung des Überblicks über eine Vielheit von Lösungsmöglichkeiten die Entscheidung über das zu schaffende Recht zu erleichtern. Darüber hinaus ist die Arbeit aber auch für die Fachjuristen anderer Länder und insbesondere auch für den Schweizer Leser von höchstem Wert, wird doch die kommende Totalrevision der schweizerischen Urheberrechtsgesetzgebung auch das Verwertungsgesetz vom Jahre 1940 erfassen und zum Studium aller der damit in Zusammenhang stehenden Fragen zwingen.

Im I. Teil der Schrift, welcher als Einleitung den nachfolgenden Beiträgen vorangestellt ist, gibt *Prof. Eugen Ulmer*, Heidelberg, einen durch seine Klarheit und Knappheit in gleicher Weise bestechenden Leitfaden durch das Recht der Verwertungsgesellschaften. In prägnanten Zügen werden ganz allgemein Aufgabe und Funktion der Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiete des Urheberrechts skizziert und eine Übersicht über die Arten der Verwertungsgesellschaften, über die rechtspolitischen Probleme und über die typischen Regelungen gegeben, welche die Rechtsvergleichung aufzeigt. Die historische Entwicklung in einzelnen Ländern wird kurz berührt. Die internationale Verflechtung der verschiedenen nationalen Verwertungsgesellschaften findet Erwähnung. Zur Sprache kommt ebenfalls das Monopolproblem, wobei Ulmer klar zum Ausdruck bringt, daß das Unwurturteil, das im Wirtschaftsrecht um der Freiheit des Wettbewerbs willen mit dem Begriff des Monopols verbunden wird, gegenüber den Verwertungsgesellschaften fehl am Platze ist. Der Verfasser weist hierauf auf bestimmte Typen hin, die sich aus der Vielfalt von gesetzlichen Regelungen abzeichnen. In Ländern wie Frankreich und Großbritannien fehlen zur Zeit jegliche gesetzliche Vorschriften über Verwertungsgesellschaften. In den Vereinigten Staaten von Nordamerika steht das Recht der Verwertungsgesellschaften sowohl im internen Verhältnis zu den Mitgliedern, wie auch im externen Verhältnis zu den Werknutzern unter dem das gesamte Wirtschaftsrecht beherrschenden Regime des Sherman Act. In verschiedenen kontinental-europäischen Staaten wie Deutschland und der Schweiz herrscht wiederum eine vollständig andere Grundeinstellung, welche durch eine Verbindung von Privilegierung und staatlicher Einflußnahme gekennzeichnet ist, wobei im einzelnen die Gestaltung insbesondere hinsichtlich des Kreises der davon erfaßten Urheberrechte und des Umfangs der staatlichen Einwirkung eine verschiedene ist. In der Deutschen Demokratischen Republik endlich ist durch Verordnung vom 5. April 1951 die Anstalt zur Wahrung der Aufführungsrechte auf dem Gebiete der Musik (AWA) geschaffen worden, um als Anstalt des öffentlichen Rechts die privatrechtliche Verwertungsgesellschaft zu ersetzen.

Der II. Teil entstammt der Feder von *Prof. Kurt Bußmann*, Hamburg. Er umschreibt vorerst die Aufgabenstellung der Arbeit, grenzt das Material ab und enthält die Festlegung der verwendeten Bezeichnungen und Begriffe, um dann eine zusammenfassende Darstellung über die staatliche Regelung in den einzelnen Ländern zu geben. Diese Darstellung befaßt sich ganz allgemein mit der staatlichen Einflußnahme auf das Urheberrecht in den einzelnen Ländern, um dann im Zusammenhang mit der Besprechung der Situation in denjenigen Ländern, deren Verwertungsgesellschaften keiner staatlichen Beeinflussung unterliegen, die Bedeutung der Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC) zu analysieren. In einem weiteren Abschnitt gibt Bußmann eine vergleichende Einzeldarstellung der verschiedenen Arten der staatlichen Einflußnahme auf die Verwertungsgesellschaften und behandelt die Ein-

flußnahme auf Errichtung und Satzung sowie auf die Arbeitsweise der Gesellschaften, wobei er sich auf das im III. Teil der Arbeit verarbeitete Material stützt.

Der III. Teil der Arbeit umfaßt auf 70 Seiten die von *Rechtsanwältin Sibylle Weber*, Hamburg, verfaßte systematische Darstellung des Rechts in den einzelnen Ländern. Das aus den Gesetzestexten und den Satzungen der Verwertungsgesellschaften sich ergebende Material findet sich nach bestimmten Gesichtspunkten gegliedert, die – ungeachtet der Ungleichheit der Regelung in den einzelnen Ländern – immer mit gleicher Anordnung für jedes Land gegeben werden. Die Wiedergabe der Gesetzesauszüge und der Satzungen der Gesellschaften selber ist der Arbeit als besonderer IV. Teil beigefügt, welcher jedoch nicht publiziert worden ist. Das gesamte Material dieses ebenfalls durch Rechtsanwältin Weber zusammengestellten IV. Teils befindet sich beim Institut für ausländisches und internationales Patent-, Marken- und Urheberrecht bei der Universität München, wo es von Interessenten eingesehen werden kann. Die systematische Darstellung des III. Teils ist in vier Gruppen aufgeteilt. Die erste Gruppe erfaßt die europäischen Länder Belgien, Dänemark, Deutschland (West und Ost), Finnland, Frankreich, Holland, Island, Italien, Jugoslawien, Monaco, Österreich, Rumänien, Schweden, Schweiz, Spanien, Tschechoslowakei und Ungarn, wobei Großbritannien ausgenommen und mit Kanada und den Vereinigten Staaten von Nordamerika zur angelsächsischen Gruppe zusammengeschlossen ist. Es folgen die lateinamerikanischen Länder Brasilien, Columbien, die Dominikanische Republik, Mexiko, Paraguay und Uruguay als dritte Gruppe und schließlich die asiatischen Länder China und Japan. Das schweizerische Recht ist auf nicht ganz drei Seiten zusammengefaßt. Die Autorin gibt eine Übersicht über die für die Verwertungsgesellschaften maßgebenden Gesetze, Verordnungen und sonstigen Bundeserlasse. Es fällt auf, daß bei der Darstellung der einzelnen Vorschriften der Gesetze und Verordnungen unnötig von der Terminologie derselben abgewichen wird, was offenbar darauf zurückzuführen ist, daß der Arbeit die französischen Texte der Erlasse zugrunde gelegt worden sind. Einem Übersetzungsfehler ist wohl die irrtümliche Feststellung zuzuschreiben, daß der Vorsitzende der Schiedskommission aus dem Kreis der je zwanzig Vertreter der Urheber und der Veranstalter gewählt werde. Wenn ferner S. 63 hinsichtlich Art. 2 Abs. 1 des Verwertungsgesetzes ausgeführt wird, daß nur eine einzige Gesellschaft die Genehmigung bekomme, als Vermittlerin auf urheberrechtlichem Gebiet tätig zu sein, so ist diese Feststellung zu weit und entspricht nicht dem Gesetzestext, welcher sagt, daß nur die Bewilligung zur gewerbsmäßigen Verwertung des Rechts auf öffentliche Aufführung von musikalischen Werken mit oder ohne Text – und nicht auch anderer Rechte – vom Bundesrat einem einzigen Personenverband erteilt werden könne. Auf Grund von Art. 10 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum Verwertungsgesetz hat die Verwertungsgesellschaft ein Verzeichnis der von ihr vertretenen Urheber anzulegen und auf dem laufenden zu halten und nicht ein Verzeichnis ihres Repertoires, wie irrtümlicherweise angegeben wird. Wie gefährlich sich solche Ungenauigkeiten auswirken können, zeigt der Umstand, daß sie im II. Teil der Arbeit von Bußmann zum größten Teil wortwörtlich übernommen worden sind. Ein weiterer Schönheitsfehler bei der Darstellung des schweizerischen Rechts ist, daß bei der Besprechung des Verhältnisses der dem Verwertungsgesetz unterstellten Verwertungsgesellschaft zu den Werknutzern ganz unvermittelt die Zwangslizenz der Art. 17 ff. des Urheberrechtsgesetzes als Fall angeführt und eingehend besprochen wird, wo die Gesellschaft in ihren Beziehungen zu den Verbrauchern eingeschränkt werde. Es könnte beim Leser, der die Verhältnisse nicht genau kennt, die Vorstellung entstehen, die unter das Verwertungsgesetz fallende Gesellschaft wahre ebenfalls die mechanischen Repro-

duktionsrechte, was nicht zutrifft. Im Hinblick auf die in der Schweiz bestehende Schweizerische Interpreten-Gesellschaft (SIG) verdient die Feststellung der Verfasserin auf S. 64 Beachtung, daß die auf Grund von Art. 4 Abs. 2 URG (nicht Art. 3, wie gesagt wird) urheberrechtlichen Schutz genießenden ausübenden Künstler Mitglieder der konzessionierten Verwertungsgesellschaft sein können und es sogar sein müssen, soweit sie sich nicht selbst (gemeint ist offenbar «persönlich» im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Verwertungsgesetzes) um die materielle Auswertung ihres eigenen Vortrags kümmern.

Die Autoren der vorliegenden Schrift können des Dankes ihrer Leserschaft gewiß sein. Sie geben ihr ein äußerst nützliches Informationsmittel in die Hand, mit welchem schon in allernächster Zukunft auch in der Schweiz rege gearbeitet werden wird.

*Th. Moll*

*Erich Schulze: Rechtsprechung zum Urheberrecht. Entscheidungssammlung auf Loseblättern.* München und Berlin 1954 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

Generaldirektor Erich Schulze, Leiter der *Gema* (Deutsche Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte), hat es unternommen, durch eine Sammlung urheberrechtlicher Entscheide die Wissenschaft des Autorrechtes zu popularisieren. Er möchte, daß das Urheberrecht, befreit von der Verbindung mit dem gewerblichen Rechtsschutz und auf eigenen Füßen stehend, Allgemeingut werde. Das ist ein bestechendes Programm: ob es sich verwirklichen läßt, bleibt bis auf weiteres, wie mir scheint, dahingestellt. Denn die Fragen, die sich im Urheberrecht erheben, werden, je mehr die Technik fortschreitet, je komplizierter; man denke bloß an den Tonfilm, an das Fernsehen, an das Ineinandergreifen gegensätzlicher Interessen im Schallträger. Eher befürchte ich für unseren Rechtszweig die Gefahren der Geheimwissenschaft. Aber dann wäre Schulzes Sammlung womöglich noch begrüßenswerter.

Früher war es vielleicht nicht so schwierig, die Rechtsprechung des Reichsgerichtes in den veröffentlichten Entscheidungen zu verfolgen. Man kannte auch die vorzügliche Praxis des Berliner Kammergerichtes und seines in Urheberrechtssachen spezialisierten Senates. Heute ist manches umständlicher geworden. Und da ist es von großem Vorteil, in einem *einzig*en Werk die gesamte grundsätzliche Jurisprudenz Deutschlands auf dem Gebiete des Autorrechtes zu finden. Schulze will sogar noch weitergehen und auch das Ausland in seine Untersuchung einbegreifen. Das sei ihm unbenommen. Wir erklären uns schon sehr zufrieden mit einer auf Deutschland und eventuell auf die anderen deutsch sprechenden Länder (Österreich, deutsche Schweiz) beschränkten Dokumentation. Freilich, die Tatkraft Schulzes ist so ziemlich allem gewachsen. Allein eine genaue Übersetzung ins Deutsche der wichtigsten Urteile Englands, Amerikas, Frankreichs, Italiens usw. zu besorgen, das ist doch nicht so einfach. Und selbst wenn die nötigen Kräfte für diese Aufgabe eingespannt werden können (vielleicht sind sie es schon), dürfte es dennoch notwendig sein, bis zur Originalquelle zurückzugehen, sobald in einem Prozeß die präzise Kenntnis einer ausländischen Rechtsprechung von Belang wäre.

In den bis jetzt erschienenen Loseblättern, welche der Herausgeber dauernd vervollständigend wird, befinden sich 4 ausländische Entscheidungen: je eine aus Belgien, Holland, Österreich und der Schweiz; dagegen 63 aus Deutschland, wobei vertreten sind: das Reichsgericht Leipzig (6), der Bundesgerichtshof Karlsruhe (5), das Kammer-

gericht Berlin (10), das Oberlandesgericht München (1), verschiedene Land-, Amts- und Verwaltungsgerichte (41). In richtiger Einschätzung der Bedürfnisse hat Schulze auch einige ältere Urteile aus den Jahren 1908 bis 1937 abgedruckt, um den Zusammenhang mit der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg darzulegen; es ist klar, daß seine Sammlung ihren Zweck nicht ganz erreichen würde, wenn man der früheren aber noch aktuellen Rechtsprechung in anderen Repertorien mühsam nachspüren müßte. So wird uns z. B. das reichsgerichtliche Urteil vom 14. März 1931 mitgeteilt, welches zu der Übertragung von künftigen, unvorausehbaren und unbestimmbaren Befugnissen Stellung nimmt. — Die Nachkriegsurteile sind naturgemäß die zahlreichsten. Es fehlt der Raum, um die einzelnen Probleme hier auch nur zu erwähnen. Immerhin sei bemerkt, daß Schulze die Rechtsprechung betreffend die Volksfeste und im allgemeinen die Beschränkungen des Aufführungsrechtes sehr gewissenhaft (ich vermute: quasi lückenlos) wiedergibt, offenbar wegen der Reform der Urheberrechte in Deutschland, die er im Sinne eines schärferen Schutzes der Komponisten herbeiwünscht. Und es ist nicht zu leugnen, daß die in Brüssel revidierte Berner Übereinkunft ein solches Gebot eigentlich enthält. Die Frage, ob private Bandaufnahmen unter den Begriff der erlaubten Vielfältigkeit zum persönlichen Gebrauch fallen, wird in einer kammergerichtlichen, aber noch nicht rechtskräftigen Entscheidung vom 6. Oktober 1953 verneint. Die ausführliche, tiefeschürfende Analyse der bei diesem Rechtsstreit vorgebrachten Argumente verdient besondere Beachtung.

Der Sammlung Schulze kommt aber nicht nur gerichtliche, sondern auch doktrinale Bedeutung zu. Die Urteile sind nämlich von Anmerkungen begleitet, stammend aus den besten urheberrechtlichen Federn des heutigen Deutschlands. Der Herausgeber selbst geht mit dem Beispiel voran; rings um ihn schart sich ein Stab von Professoren, Richtern, Rechtsanwälten — Kirchenlichter im Dom der zusammengetragenen Rechtsprechung.

*B. Mentha*





# Über die Europäisierung des Patentrechts

## (Gedanken zu vorliegenden Plänen)

WALTER WINTER, BASEL

---

	<i>Inhalt</i>	Seite
I. Überlegungsgrundlagen . . . . .		97
II. Das Fernziel – Europäisches Patentrecht . . . . .		98
III. Zur Diskussion stehende Zwischenlösungen . . . . .		100
IV. Kritische Überlegungen zu den Europäisierungsplänen . . . . .		103
V. Ergebnis und Anregung . . . . .		107

---

### *I. Überlegungsgrundlagen*

Die Veröffentlichung von Eduard Reimer über die Europäisierung des Patentrechts (Band I der Schriftenreihe des Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Marken- und Urheberrecht bei der Universität München, Carl Heymanns Verlag KG, München, 1955) zwingt zu ernsthafter Auseinandersetzung mit der Frage, ob und wie das Patentwesen internationalisiert werden kann. Es ist ja längst erkannt, daß die Substrate des Patentrechtes – technische Erfindungen – durch staatliche Hoheitsgrenzen in ihrer Verbreitung über die Welt nicht gehindert werden; ferner ist festzustellen, daß sowohl die gesetzpolitischen Hauptziele, welche die Staaten mit dem Patentrechte verfolgen, als auch die rechtstechnischen Mittel, welche hierfür verwendet werden, ihrem Wesen nach überall gleich sind – Vereinfachung des Patentwesens durch Internationalisierung scheint sich geradezu aufzudrängen. Die Tatsache, daß

bisherigen Bestrebungen in dieser Richtung stets nur sehr bescheidene und ungenügende Teilerfolge beschieden waren, muß Anlaß geben, jeden Vorschlag, komme er auch von so hervorragend qualifizierter Seite wie die vorliegenden, sorgfältig darauf zu prüfen, ob sie geeignet erscheinen, die Bedürfnisse in realisierbarer Weise zu befriedigen.

Welches sind diese Bedürfnisse? Zunächst müssen die Ziele, welche die Staaten mit nationaler Gesetzgebung verfolgen, erreicht werden können:

Förderung der technischen Entwicklung durch Publizierung von Erfindungen – kein schwieriges Problem bei Internationalisierung (die Sprachenfrage ist ohne Zweifel lösbar);

Mehrung der nationalen Gewerbetätigkeit durch Ausübungszwang – hier wird den Bedenken mancher Staaten sorgfältig Rücksicht zu tragen sein, solange nationalwirtschaftliche Gesichtspunkte die Entfaltung weltwirtschaftlicher Grundsätze behindern;

Einfachheit, Klarheit, Sicherheit, geringe Kostspieligkeit des Systems, soweit als möglich auch während allfälliger Übergangszeiten – in der Zielsetzung gibt es hier wohl keine internationalen Probleme.

Das Hauptmittel, durch welches die Ziele des Patentrechtes erreicht werden sollen, ist das Patent, d. h. die Gewährung eines zeitlich beschränkten Monopols für die Nutzung, als Belohnung für die alsbaldige Bekanntgabe der Erfindung; der Erfinder hat also, gleich wie der Staat, ein Interesse daran, auf möglichst einfache, klare, übersichtliche, billige Weise ein geographisch möglichst weit wirkendes Patent bekommen, erhalten und durchsetzen zu können.

Nur wenn ein neu zu schaffendes europäisches Patentrecht mindestens diesen Erfordernissen gerecht wird, dürfte es Aussicht haben, die auf angeborener Trägheit der Menschen und auf traditioneller Ängstlichkeit der Staaten vor Souveränitätsverlust beruhenden Hindernisse gegen seine Verwirklichung zu überwinden.

## *II. Das Fernziel – Europäisches Patentrecht*

Es scheint den meisten, auf Europäisierung bedachten Fachleuten ein, mehr oder minder konkret beschriebenes, Fernziel – ein einheitliches europäisches Patentrecht – vor Augen zu stehen; angesichts des mangelnden Glaubens an eine alsbaldige Realisierung dieses Zustandes, konzentriert sich die Überlegung der Autoren (siehe das eingangs zitierte Buch) auf mögliche Zwischenlösungen. Auch wenn man derzeitige Unerreichbarkeit des Fernziels als gegeben hinnimmt, dürfte es nützlich sein, sich

über dasselbe konkrete Vorstellungen zu machen, damit, wenn schon nicht bei den Politikern, so doch bei den Fachleuten, zwecks Ausrichtung diesbezüglicher Arbeiten möglichst Einigung herbeigeführt werden kann.

Das einheitliche europäische Patentrecht müßte, solange es keine «Vereinigten Staaten von Europa» mit voller legislativer Autorität gibt, wohl etwa wie folgt aussehen:

Zwischen den Staaten wird eine Konvention abgeschlossen, die enthält bzw. vorsieht:

1. Ein vollständiges Patentgesetz, welches die nationalen Patentgesetze ersetzt;
2. einen Europäischen Patentrat für die allgemeine Administration der Konvention;
3. ein Europäisches Patentamt für die Prüfung von Patentanmeldungen, die Erteilung und Verwaltung von Patenten und erstinstanzliche Beurteilung des Rechtsbestandes derselben;
4. einen Europäischen Patentgerichtshof als Revisionsinstanz über den nationalen Höchstgerichten (die wie bisher zuständig bleiben) und zur zweitinstanzlichen Beurteilung von Nichtigkeitsstreiten.

Das Konventionengesetz bildet ein vollständiges System materieller und prozessualer Vorschriften für das Patentwesen; es regelt insbesondere das (zweitinstanzliche) Erteilungsverfahren mit Neuheitsprüfung und Einspruch und die Struktur des Europäischen Patentamtes (mit einer Sonderabteilung für Nichtigkeitsklagen); es regelt ferner die Wirkung der Patente im Vertragsgebiete und die Zuständigkeit der Gerichte. Bezüglich des Ausübungszwanges, evtl. auch bezüglich anderer Elemente, könnte notfalls, evtl. übergangsweise, den Vertragsstaaten eine beschränkte nationale Legiferierungsbefugnis belassen werden; mangels besonderer nationaler Patent-Administrativbehörden können für Zwangslizenzen die ordentlichen nationalen Gerichte – unter Revisionszuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes – für zuständig erklärt werden.

Der Patentrat besteht aus je einer Vertretung der Vertragsstaaten; er wacht über der Anwendung der Konvention, ernennt die Mitglieder der beiden anderen europäischen Behörden, erläßt Ausführungsbestimmungen, hält das Budget im Gleichgewicht, bereitet Revisionen der Konvention vor, legt den Vertragsstaaten Rechenschaft ab und vertritt die Vereinigung nach außen.

Das Wesentliche über die Obliegenheiten der beiden weiteren Behörden (Patentamt und Patentgericht) ergibt sich aus dem oben Gesagten.

Nach Meinung des Verfassers würde ein auf solcher Grundlage aufgebautes System technisch sehr wohl funktionsfähig sein; ob die Politik je ein derartiges System zustande bringen kann, bleibt hier unerörtert. Für die fachliche Diskussion wäre es jedoch von wesentlichem Interesse zu erfahren, ob das hier umrissene System den Vorstellungen entspricht, welche sich die Vorkämpfer der Europäisierung des Patentrechts von dem anzustrebenden Fernziele machen.

### III. Zur Diskussion stehende Zwischenlösungen

In dem eingangs zitierten Werke von Reimer werden fünf verschiedene Vorschläge für europäische Patentrechtssysteme angeführt, die alle davon ausgehen, daß eine vollständige Europäisierung auf längere Sicht nicht erreichbar sein wird, so daß versucht werden soll, mit einem Minimum an Rechtsänderung eine Verbesserung des derzeitigen Zustandes und eine Förderung der Entwicklung in Richtung auf europäisches Patentrecht zu erzielen. Es wird im folgenden versucht, die Wesenskerne der verschiedenen Vorschläge in gedrängter Form darzulegen.

#### *Plan Longchambon*

Durch eine Konvention werden vereinbart

1. die Neuheitskriterien für europäisch patentfähige Erfindungen;
2. die Schaffung eines zweiinstanzlichen Europäischen Patentamtes (EPA) [die nationalen Patentämter (NPA) bleiben bestehen];
3. das Erteilungsverfahren für europäische Patente (EP): Einreichung der Anmeldung bei NPA; will der Anmelder ein europäisches Patent (EP), geht die Behandlung der Anmeldung zunächst auf EPA über. Das EPA prüft auf Neuheit und weist zurück (Möglichkeit der Beschwerde an 2. Instanz) oder teilt dem NPA die vorläufige Annahme mit. Die NPA machen die Anmeldung bekannt; über Einsprüche entscheidet das EPA durch Abweisung der Anmeldung (Beschwerderecht des Anmelders) oder Erteilung eines «*Erfinderzertifikates*» (Beschwerderecht des Einsprechers?). Das Erfinderzertifikat bildet für die NPA die verbindliche Grundlage für den Abschluß des Erteilungsverfahrens, soweit es dabei auf die Neuheit der Erfindung ankommt.

Als Alternative wird eine fakultative Beratungsfunktion des EPA vorgesehen.

#### *Plan de Haan*

Durch eine Konvention werden vereinbart

1. die (strengen) Normen, nach denen (unter Vorprüfung) EP erteilt werden sollen;
2. die Schaffung eines zweiinstanzlichen EPA;
3. das Erteilungsverfahren für EP: Das EPA prüft, gegebenenfalls unter Beiziehung von prüfenden NPA, die Anmeldung, beurteilt Einsprüche und erteilt oder versagt das EP;
4. die Wirkung der EP: diese wirken in allen Ländern wie NP, welche neben den EP bestehen bleiben. Die Dauer der EP wird durch die nationale Gesetzgebung fixiert.

#### *Plan Was*

Durch eine Konvention werden vereinbart

1. die Schaffung eines Europäischen Patenthofes (EPH) als Beschwerdeinstanz;

2. das Erteilungsverfahren für EP: Anmeldung bei einem NP mit Vorprüfung, entweder als «premier dépôt» oder mit Unionsprioritätsbeanspruchung, wobei anzugeben ist, ob ein NP oder ein EP (unter Bezeichnung der gewünschten Patentländer) nachgesucht wird. Die Anmeldung wird nach dem nationalen Rechte des Anmeldelandes behandelt und gegebenenfalls das Patent erteilt. Die Patenterteilung wird in den anderen Vertragsländern anerkannt mit dem Vorbehalte, daß dort ein Einspruchsverfahren nach dem jeweiligen nationalen Rechte durchgeführt und mit Schutzgewährung oder -versagung abgeschlossen werden kann. In jedem Vertragslande hat die Erteilung (bzw. Gewährung des Schutzes) des EP die gleiche Wirkung und unterliegt denselben Bestimmungen wie ein NP, welche letztere weiterhin bestehen bleiben. Gegen die Versagung des EP im Anmeldelande ist Beschwerde an den EPH gegeben; der EPH hat dann zu untersuchen, ob trotz der Abweisung im Anmeldelande Patente in den anderen Ländern erteilt werden können, und er ordnet behördenfalls die Bekanntmachung der Anmeldung in den anderen Ländern an;
3. die Einschaltung des Berner Büros: Der Anmelder hat im Laufe des Prioritätsjahres an dieses zu gelangen, damit es die europäische Klassierung und Nummerierung des Schutzrechtes und die Veröffentlichung des Prioritätsbeleges vornimmt;
4. spätere Einigung über vertragliche materielle Vereinheitlichung des Rechtes betreffend das EP (Dauer, Erteilungskriterien).

### *Plan Reimer Nr. 1*

Durch eine Konvention werden vereinbart

1. die Vereinheitlichung der für EP geltenden materiellen Rechtsnormen betreffend das Recht auf das Patent, Neuheit und Erfindungshöhe, Kollision mit NP, widerrechtliche Entnahme der Erfindung; ferner sollen für das EP offenbar einheitlich festgelegt werden Dauer, Wirkung, Zusatzverhältnis, Vorbenutzungsrecht, Zwangslizenz, Schutzentziehung, Verzicht;
2. das Erteilungsverfahren für EP: Anmeldung bei einem NPA mit amtlicher Neuheitsprüfung; Anmeldeverfahren nach nationalem Rechte (unter Berücksichtigung von Ziffer 1 vorstehend), Erteilung des EP mit Wirkung in allen Vertragsstaaten;
3. Schaffung eines Europäischen Patentgerichtshofes (EPGH); dieser ist zuständig
  - a) allein für: Vernichtung des EP wegen Neuheitsmangel oder älterem EP und für Erteilung europäischer Zwangslizenzen;
  - b) neben nationalen Gerichten wahlweise: für Verletzungsklagen.

[n. b.: Die nationalen Gerichte sollen jedenfalls zuständig bleiben für Schutzentziehung und Zwangslizenzierung mit Wirkung im betreffenden Lande.]

Als Alternative sieht der Plan Reimer I vor, von der Errichtung eines EPGH abzusehen; europäische Zwangslizenzen und Vernichtung des EP sollen dann offenbar nicht möglich sein.

## *Plan Reimer Nr. 2*

Durch eine Konvention wird vereinbart

die Anerkennung des Ergebnisses der in einem Vertragslande durchgeführten amtlichen Vorprüfung (Beschluß über die Bekanntmachung) von Patentanmeldungen in den anderen Vertragsstaaten.

Die Konvention soll in der Weise spielen, daß die Anmeldung für alle Vertragsstaaten bei einem NPA mit Vorprüfung erfolgt. Dieses prüft auf Grund seines nationalen Rechtes und beschließt Abweisung oder Bekanntmachung. Im letzteren Falle werden alle Akten den NPA der anderen Länder zugestellt; das nationale Verfahren nimmt überall seinen Fortgang gemäß nationalem Rechte, doch dürfen die NPA keine Prüfung auf Neuheit und Erfindungshöhe vornehmen.

Man erkennt, daß allen diesen Plänen eine Konzentration der Neuheitsprüfung der Patentanmeldungen gemeinsam ist. Hinsichtlich des Ausmaßes, das diese Konzentration haben soll, der Ausführungsmodalitäten und der entsprechend zu schaffenden Rechtsgrundlagen bestehen jedoch weiter Verschiedenheiten zwischen den Plänen; zwei verschiedene Grundkonzeptionen sind erkennbar:

- A. Die Prüfung wird einer internationalen Behörde anvertraut – Longchambon (L.), de Haan (H.).

L. sieht lediglich eine für die Vertragsstaaten verbindliche Neuheitsprüfung vor (die weitere Prüfung und die Erteilung erfolgen durch NPA nach nationalem Rechte), während H. die Erteilung europäischer Patente durch ein EPA plant. Während die Patente nach L. nationale Patente wären, würde es nach H. in den Vertragsstaaten künftig sowohl europäische als auch (nach bisherigem Rechte gewährte) nationale Patente nebeneinander geben; ob es nach L. auch noch rein nationale Patente, auf welche der Neuheitsbegriff gemäß bisherigem Rechte angewendet würde, geben wird, ist nicht klar; es scheint so zu sein.

Sowohl nach L. als auch nach H. müßten sich die Länder durch Konvention einigen auf den Aufbau der internationalen Behörde, das materielle und prozessuale Recht für ihre Arbeit und die Wirkung ihrer Arbeitsergebnisse in den Vertragsstaaten.

- B. Die Prüfungsergebnisse einer nationalen Behörde werden in den anderen Vertragsstaaten anerkannt – Was (W.), Reimer (R.) 1 und 2.

Nach R. 1 und W. würde die vom Anmelder angegrufene nationale Behörde die europäischen Patente erteilen, mit Wirkung in den anderen Vertragsstaaten, nach W. mit der Maßgabe, daß in den anderen Staaten auf Grund eines Einspruchsverfahrens noch über Schutzgewährung oder -verweigerung entschieden werden kann, während nach R. 2 lediglich der Bekanntmachungsbeschluß im Anmeldestaate, als die vorläufige Feststellung der Neuheit und Erfindungshöhe, für die anderen Länder verbindlich wäre, deren NPA das Erteilungsverfahren dann im übrigen nach nationalem Rechte fortsetzen.

Es würde offenbar bei allen drei Plänen in den Vertragsstaaten national geprüfte Patente neben den europäisch geprüften geben. R. I will den inhaltlichen Unterschied zwischen den beiden Patentsorten mildern durch eine (konventionelle) Vereinheitlichung der wichtigsten materiellrechtlichen Normen der nationalen Patentgesetze, während W. durch die Beschwerdemöglichkeit an einen Europäischen Patenthof den Anmelder gegen übersetzte Anforderungen des prüfenden Patentamtes schützen will.

Im wesentlichen müßten sich die Staaten bei den Plänen der Gruppe B lediglich einigen über die Wirkung, welche der Handlung des prüfenden Patentamtes in den anderen Staaten zukommen soll. Zusätzlich müßte entschieden werden, ob und in welchem Ausmaße man die weiteren Vorschläge der Planurheber (Einschaltung eines Europäischen Patenthofes und des Berner Büros für Beschwerde bzw. Numerierung bei Was oder materiellrechtliche Vereinheitlichung der wichtigsten nationalen Patentrechtsnormen, Schaffung besonderer Normen für Europa-Patente, Errichtung eines Europäischen Gerichtshofes bei Reimer 1) berücksichtigen will.

Erneut hervorgehoben sei der gemeinsame Zug aller Pläne: Konzentration der Neuheitsprüfung an einer einzigen Stelle, zur Vermeidung der Verschleuderung wertvoller Arbeitskräfte und großer finanzieller Aufwendungen, welche die Neuheitsprüfung in jedem Staate mit sich bringt. Hier ist nun daran zu erinnern, daß die Konvention vom Haag am 6. 6. 1947 bereits eine Institution geschaffen hat, welche diese Aufgabe löst, nämlich das Internationale Patentinstitut im Haag (s. Prop. Ind., 1949/105); bei der Planung der Europäisierung des Patentrechtes wird die Existenz dieses Institutes zu berücksichtigen sein.

#### *IV. Kritische Überlegungen zu den Europäisierungsplänen*

Es soll hier versucht werden, einen Beitrag zur Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Pläne zu liefern. Es stellen sich dabei folgende Fragen:

Welche Lage schaffen die Pläne für den *Erfinder*? (A)

Welche Vor- und Nachteile ergeben sich für die *Vertragsstaaten*? (B)

Inwieweit führen die Pläne an das Fernziel, *europäisches Patentrecht*, heran? (C)

*ad A:* Gewiß, so scheint es zunächst, müßte der Erfinder, von seinem Standpunkte aus, die Verwirklichung irgendeines der Pläne nur begrüßen, da ihm der Erwerb des Patentschutzes in einer Mehrheit von europäischen Ländern auf jeden Fall gegenüber heute dadurch erleichtert würde, daß ein mehr oder weniger großer Teil des Erteilungsver-

fahrens nur noch an einer Stelle durchgeführt würde, mit Wirkung in allen Vertragsstaaten. Wird aber der Erfinder oder dessen verantwortungsbewußter Anwalt sich wirklich entschließen können, die Entscheidung über das Schicksal seines gesamten europäischen Patentschutzes einem einzigen Amte anzuvertrauen, solange er die Möglichkeit hat – und diese besteht bei allen Plänen – durch unabhängige nationale Anmeldungen gemäß bisherigem Rechte in manchen Ländern ein Patent zu erwerben, auch wenn es im einen oder anderen Lande versagt wird? Die Frage muß wohl verneint werden; es ist vielmehr zu erwarten, daß ein Großteil der international interessierten Erfinder den Weg wählen wird, der ihm die meisten Chancen gibt, in einem möglichst weiten Territorium zu Patentschutz zu gelangen, also nach wie vor national anzumelden, anstatt sich zur zwar einfacheren, aber als gefährlicher erachteten Methode der «europäischen» Patentierung nach einem der vorliegenden Pläne zu entschließen. Hiergegen wird die Einrichtung eines «Härteausgleiches», wie ihn *Was* in Form des Europäischen Patenthofes vorsieht, nicht viel helfen, denn es muß erwartet werden, daß dieser EPH, dessen Funktionieren man sich noch nicht recht vorstellen kann, schon im Interesse des Erfolges der Konvention, unter der er errichtet wurde, eher geneigt sein werde, sich dem vorprüfenden Amte anzuschließen als die Auswirkung der Amtsentscheidung auf die anderen Länder aufzuheben.

Vom Standpunkte des Erfinders bzw. des Gewerbetreibenden aus ergeben sich noch weitere Bedenken gegen die Realisierung eines der vorliegenden Pläne, nämlich die Befürchtung, daß dabei Rechtsverhältnisse geschaffen würden, die in vielen Fällen für den Laien unübersehbar, ja mitunter auch für den Fachmann kaum entwirrbar wären. In der Tat, die Fachliteratur belegt zur Genüge, wie viele Probleme entstehen durch das Zusammenspielen von nationalem und internationalem Patentrecht; in diesen aktiven Problemkreis mit seinen vielseitigen Spannungsfeldern (man bedenke auch z.B. die verschiedenen Fassungen des PUV, die nebeneinander in Kraft stehen, und bilaterale Staatsverträge, die manche Länder binden) soll nun für die europäischen Staaten ein subtiles, neuartiges Konventionsrechtssystem eingesetzt werden, das eher auf ausgeklügelten Kompromissen als auf klaren Grundsätzen zu beruhen scheint und das kein bestehendes System ersetzt, sondern Zusatzrecht ist – werden da nicht unabwendbar so viele Friktionen entstehen, daß von einer für den Erfinder nützlichen Errungenschaft kaum mehr die Rede sein kann?

*Ad B:* Vom Standpunkte der potentiellen Vertragsstaaten aus gesehen ist zunächst festzustellen, daß Interesse daran bestehen muß,

zweckmäßig vorgeprüfte Patente zu haben und mit der umfangreichen Prüfarbeit möglichst wenig belastet zu werden. Diesem Streben kommt, prima facie, jeder der vorliegenden Pläne entgegen; es erheben sich jedoch die Fragen, inwieweit bei Verwirklichung der Pläne die Absichten der Urheber realisiert würden und ob die seitens der Staaten dabei zu erbringenden Leistungen als adäquat zu erachten sind.

Daß die Ausführung irgendeines der Pläne Zusatzrecht schafft und damit den bestehenden Rechtsüberschneidungen neue hinzufügt, wurde sub A erwähnt. Der Staat hat aber nur dann Interesse an der Errichtung eines besonders konfliktschwangeren Rechtsgebäudes, wenn dieses wesentliche Verbesserungen bzw. Erleichterungen oder doch günstige Entwicklungskeime mit sich bringt. Bezüglich der ersteren Punkte ist auch hier hinzuweisen auf das sub A erwähnte Problem, nämlich die Frage, ob die Erfinder die neue Möglichkeit auch tatsächlich benutzen werden, solange das bisherige System — rein nationales Recht nebst Unionsrecht — daneben bestehen bleibt, was der Verfasser bezweifelt. Wenn der Zweifel berechtigt ist, dann hätten die Staaten offenbar durch die Rezeption eines der Pläne kaum etwas zu gewinnen, da das bisherige nationale Erteilungssystem trotzdem in ähnlichem Umfang weiter funktionieren müßte. Die Frage, inwieweit Realisierung eines Planes die Entwicklung eines wirklichen europäischen Patentrechtes fördern würde, soll sub C untersucht werden.

An dieser Stelle darf ein gewichtiger Einwand, der wohl sich vor allem gegen die Vorschläge Reimer und Was richtet, nicht übersehen werden. In allen Staaten zeigen sich äußerst starke Hemmungen gegen die Preisgabe auch nur kleiner Teile der staatlichen Souveränität; hier liegt ja auch der Grund dafür, daß keiner der Planurheber ein wirkliches supernationales Patentsystem vorschlägt, sondern lediglich einen Schritt in dieser Richtung tun, eine Zwischenetappe herbeiführen will. Dies ist, angesichts der Souveränitätsbeflissenheit der Staaten nur dann sinnvoll, wenn den Staaten dabei eine Souveränitätspreisgabe geringeren Ausmaßes zugemutet wird als bei voller Europäisierung des Patentwesens. Bei den vorliegenden Plänen ist dies wohl insoweit der Fall, als die Patente im wesentlichen nationalem Rechte unterstehen sollen; hinsichtlich der Erteilungsverfahren würden die Systeme Longchambon, Was und Reimer jedoch einen Einbruch in die staatliche Souveränität mit sich bringen, der einschneidender ist als selbst volle Europäisierung, etwa gemäß Kapitel II hiervor. Es soll nämlich nach diesen Plänen jeder Vertragsstaat die Urteile der Verwaltungsbehörde eines anderen Staates unbesehen in seine Rechtssphäre übernehmen, obwohl er keinerlei Ein-

fluß auf die handelnde Behörde bzw. deren Urteilsbildung hat. Es wird also hier von den Staaten eine europäische Solidaritätsmanifestation erwartet, die noch weiter geht, als sie für ein wirklich europäisches Patent nötig ist, denn für letzteres wird eine gemeinschaftliche Behörde zu errichten sein, auf deren Gestaltung und Amtsführung jeder Vertragsstaat nach Maßgabe der demokratischen Spielregeln Einfluß hat. Es scheint somit nicht sinnvoll zu sein, von den Staaten diesen, selbst im Hinblick auf ein ideales europäisches Patentrecht unnötig weitgehenden Souveränitätsverzicht zu erwarten.

*Ad C:* Es erheben sich Zweifel an der Richtigkeit des Anspruches der Planurheber, wonach Verwirklichung der Vorschläge die europäischen Völker näher an das Fernziel – Vereinheitlichung des europäischen Patentrechtes – heranführe. Die Pläne Was und Reimer schaffen jedenfalls bezüglich ihres Kernpunktes – Vereinfachung des Erteilungsverfahrens – nicht europäisches Einheitsrecht, sondern zielen vielmehr ab auf Ausbreitung verschiedener nationaler Praktiken über die europäischen Staaten hin. Es ist nicht einzusehen, daß durch ein solches System der entscheidende Schritt – Ersatz der nationalen Ämter durch ein europäisches Patentamt – erleichtert würde. Wohl enthalten einzelne Pläne Elemente einer wirklichen Europäisierung:

So will Reimer I konventionelle Uniformierung gewisser materieller Normen des Patentrechtes herbeiführen und sieht Was die Schaffung eines Europäischen Patenthofes mit beschränkter Befugnis zur Modifizierung der Wirkung von Beschlüssen des prüfenden nationalen Amtes vor.

Diese Elemente würden wohl die Entwicklung auf das Endziel hin fördern; es handelt sich jedoch nur um Teil- bzw. Nebenpunkte der Pläne, deren «Europäisierungsimpuls» bescheiden bliebe (materiellrechtliche Vereinheitlichung bleibt größtenteils Illusion, solange die Administration des Rechtes Sache vieler verschiedener souveräner Behörden ist, und eine europäische Behörde, der eine wenig bedeutsame Nebenrolle am Rande des Geschehens zugewiesen wird, dürfte wenig Tendenz zum Wuchse in Richtung auf ein europäisches Patentamt hin zeigen), so daß es sich nicht lohnen dürfte, hierfür die mit der Rezeption eines solchen Systems verbundene Arbeit und Beunruhigung auf sich zu nehmen.

Longchambon und Haan liegen insofern anders, als hier eine aktive europäische Behörde geschaffen wird, die schon mehr oder weniger ausgebildet die Administrativ-Behörde darstellt, welche das wirkliche europäische Patentrecht braucht. Es treffen jedoch auch diesbezüglich die sub A und B ausgeführten Bedenken zu, die sich aus dem Nebenein-

anderbestehen von nationalem und europäischem Patentrechte ergeben, und ferner ist darauf hinzuweisen, daß diese Pläne kaum mehr Erleichterungen bringen als diejenigen, welche die Staaten – ohne Souveränitätseinbuße – durch Anschluß an das bestehende Haager Patentinstitut sich verschaffen können.

Bei der Wertung aller vorliegenden Pläne darf nicht außer acht gelassen werden, daß sie lediglich Zwischenlösungen darstellen; sie wollen einen neuartigen Rechtszustand herbeiführen, dessen Zweckmäßigkeit niemand aus Erfahrung beurteilen kann und dessen verschiedenartige Mängel erkennbar sind. Die Errichtung des neuen Zustandes verlangt von allen beteiligten Personen und Organismen beträchtliche Leistungen. Dabei steht aber fest, daß der neue Zustand so bald als möglich wieder einem neuen – dem europäischen – weichen soll, vielleicht gerade dann, wenn sich das wenig befriedigende Zwischenrecht einigermaßen eingespielt hat. Dies dürfte in weiten Kreisen als rechtspolitisch unannehmbar gelten; in der Tat – wenn auch keine Rechtsordnung für alle Zeiten unverändert bleiben kann, so ist es doch Pflicht sowohl der Fachleute als auch der Politiker, die Rechtsentwicklung so zu steuern, daß das Ausmaß der Störung und Umwälzung auf das mögliche Mindestausmaß beschränkt bleibt, und dieser Forderung dürften die Methoden, welche die vorliegenden Pläne zur Herbeiführung des europäischen Patentrechtes vorsehen, nicht entsprechen.

### V. Ergebnis und Anregung

Die vorstehenden Ausführungen dürften belegen, daß gegen die Realisierung eines der vorliegenden Pläne ernsthafte Bedenken bestehen:

Sie bringen bedeutende Eingriffe in das bestehende Recht mit sich, obwohl der mit erheblicher Rezeptionsarbeit zu schaffende neue Rechtszustand nur eine *Übergangsphase* zum europäischen Patentrechte darstellen soll, so daß alsbald wieder neue Umwandlungsarbeit zu leisten wäre;

sie schaffen *Zusatzrecht*, das kein bestehendes Recht ersetzt, sondern durch Hineinspielen in letzteres vielfältige Rechtsüberschneidungen herbeiführt, was mannigfache Unklarheiten und *Konflikte* zeugen dürfte;

sie führen Systeme ein, die von auf größte Patentierungschancen bedachten Erfindern kaum benutzt werden dürften, solange letztere, wie vorgesehen, die Möglichkeit haben, nach bisherigem System national zu patentieren, so daß die beabsichtigte *Entlastung* der nationalen Behörden *illusorisch* würde; sie verlangen zum Teil von den Mitgliedstaaten eine partielle *Preisgabe* ihrer *Souveränität*, die weiter geht, als sie ein volleuropäisches Patentrecht erfordert;

sie verkörpern kaum eine wesentliche *Entwicklung* in Richtung auf ein wirkliches europäisches Patentrecht, jedenfalls keine solche, die wesentlich weiterführt bzw. alsbald mehr Entlastung herbeiführt, als mit dem Anschlusse an das bestehende Internationale Patentinstitut im Haag erreicht wird.

Mag es somit sehr zweifelhaft erscheinen, ob die Mängel eines der vorliegenden Pläne auch nur einigermaßen aufgewogen werden durch deren Vorteile, so möchte sich der Verfasser erlauben, die Umrisse einer anderen Europäisierungs-Konzeption zur Diskussion zu stellen, die, aufbauend auf dem von den Fachleuten erarbeiteten Material, die vorstehend festgestellten Mängel nicht aufweisen dürfte und deren Realisierung die souveränitätsbeflissenen Völker kaum mehr Überwindung zu kosten scheint als die Verwirklichung eines der vorliegenden Pläne:

1. Der heutige Rechtszustand wird einstweilen beibehalten unter Verzicht auf rechtsändernde Zwischenstufen der Europäisierung.
2. Die Staaten schließen sich, soweit immer möglich, an das Internationale Patentinstitut im Haag an.
3. Es wird, z. B. unter der Ägide des Europarates, ein vollständiges europäisches Patentsystem nebst entsprechender Konvention ausgearbeitet, das geeignet ist, die nationalen Patentrechte zu ersetzen (vgl. Kapitel II oben).
4. Mit der Ratifizierung dieser Konvention durch eine Mindestzahl von Staaten tritt in diesen Ländern das europäische Patentrecht an die Stelle des nationalen (abgesehen von befristeten Übergangsbestimmungen).

Soweit der Verfasser sehen kann, sind sowohl die organisatorischen (Europarat bzw. dessen Patent-Fachkommission) sowie die rechtsmateriellen (vergleichende Informationen über die geltenden Patentrechte) Voraussetzungen zur Beschreitung dieses Weges vorhanden; die Kommission könnte z. B. alsbald durch Umfrage feststellen, welche europäischen Regierungen an der Ausarbeitung von Gesetz und Konvention durch eine Delegation mitarbeiten wollen, und die Delegiertenversammlung kann einen Fachmann beauftragen, unter Berücksichtigung ihrer Anregungen die Texte zu konzipieren und vorzulegen. Der Verfasser gibt sich der Überzeugung hin, daß die rechtstechnischen und organisatorischen Probleme alle befriedigend lösbar sind; für den Anfang gilt es, eine einfache, tragfähige und überzeugende Grundkonzeption sicherzustellen, so daß der Wunsch zur Mitarbeit wach wird. Die schließliche politische Realisierung eines ausgearbeiteten Projektes liegt jenseits der Fachsphäre; es wird sich dann herausstellen, ob der europäische Solidaritätsgedanke stark genug sein wird, die Verwirklichung herbeizuführen – das Ziel lohnt jedenfalls sorgfältig erwogenen Einsatz.

### *Résumé*

Cette étude contient un examen comparatif des divers projets d'intégration du droit européen des brevets. La réalisation de chacun de ces projets soulève de sérieuses objections :

Ces projets prévoient des modifications importantes du droit existant qui donneront lieu à un grand travail de réception, bien que ce nouveau droit ne serait censé constituer qu'une phase transitoire dans la voie de l'établissement d'un droit européen des brevets, dont la réalisation exigerait sous peu de nouveaux changements fondamentaux.

En outre, ces projets ne font que créer un droit additionnel, ne remplaçant aucun droit existant mais donnant lieu à de nombreux chevauchements du fait qu'il se greffe sur le droit existant, ce qui constituerait donc une source probable de maint conflit.

Les nouveaux systèmes proposés intéresseront peu les inventeurs désireux de jouir des plus grandes chances possibles d'obtenir des brevets, aussi longtemps que ces inventeurs auront la possibilité, comme c'est prévu, de demander des brevets selon le système national actuel. Ainsi, l'allègement désiré de la tâche des autorités nationales s'avérerait illusoire.

Ces projets exigent en outre des Etats-membres une renonciation partielle à leur souveraineté plus substantielle que celle qu'ils auraient à accepter pour donner naissance à un droit des brevets plainement européenisé.

Ils ne sauraient pas non plus représenter un progrès réel en direction d'un véritable droit européen des brevets, en tout cas pas un progrès menant plus loin ou apportant plus d'allègements que ce qui peut être obtenu aujourd'hui par adhésion à l'Institut International des Brevets de La Haye.

Comme il est bien douteux que les désavantages des plans actuels soient vraiment compensés par les avantages, l'auteur préconise une conception s'inspirant d'un système de droit des brevets complètement européenisé, qui n'aurait ni les désavantages des systèmes déjà proposés et dont la réalisation ne paraîtrait pas devoir coûter davantage aux pays soucieux de leur souveraineté que ce qui leur serait demandé par les systèmes proposés. Selon cette nouvelle conception, on maintiendrait la situation actuelle en renonçant à toute phase transitoire comportant des modifications du droit. Entre temps, le plus grand nombre d'Etats possible adhérerait à l'Institut International des Brevets de la Haye. Puis on élaborerait, par exemple dans le cadre du Conseil de l'Europe, un système complet de droit européen des brevets capable de remplacer les droits de brevets nationaux, ainsi qu'un projet de Convention correspondant. Aussitôt qu'un certain minimum d'Etats auraient ratifié cette Convention, le droit européen des brevets prendrait la place du droit national dans ces pays. L'auteur est d'avis que les conditions préliminaires d'or-

ganisation et d'information existent déjà, en ce sens que le Conseil de l'Europe, ou l'une de ses Commissions, pourrait assumer la tâche de former une assemblée de délégués des différents pays intéressés pour l'élaboration du projet de Convention envisagé. L'auteur ne se fait aucune illusion sur les chances de réalisation politique du projet, mais il estime que le but en vaut l'essai.

# Einige Gedanken zum Verwirkungseinwand im gewerblichen Rechtsschutz

GEORGES GANSSER, BASEL

---

<i>Inhalt</i>	<i>Seite</i>
I. Einleitung . . . . .	111
II. Die gesetzliche Grundlage der Verwirkung von Ansprüchen im schweizerischen Recht . . . . .	113
III. Die Anwendung des Verwirkungsprinzipes durch die schweizerische Gerichtspraxis gegenüber Ansprüchen aus gewerblichen Schutzrechten oder unlauterem Wettbewerb . . . . .	115
IV. Schlußfolgerungen . . . . .	124

---

## I. Einleitung

Es gibt im Privatrecht eine Reihe verschiedenartiger Tatbestände, welche zum Verlust eines Anspruches oder mindestens seiner prozessualen Erzwingbarkeit führen können. Dazu gehören der Verzicht oder Erlaß, die Unmöglichkeit der Erfüllung, die Verwirkung und die Verjährung.

Die Verwirkung und die Verjährung beruhen auf dem gesetzgeberischen Gedanken, den Schuldner gegen unbillige Belästigung durch Ansprüche aus zurückliegender Zeit zu schützen, die Rechtssicherheit zu fördern, etwa auch wirtschaftliche Werte zu erhalten und die Gerichte zu entlasten. Während im Falle der Verwirkung der Gläubiger eine gesetzliche oder vertragliche Präklusiv- bzw. Ausschlußfrist versäumt, wo-

durch seine Forderung untergeht, gibt die Verjährung dem Schuldner lediglich eine Einrede. Die Verwirkung ist vom Richter von Amtes wegen zu berücksichtigen, die Verjährung nur dann, wenn sie vom Beklagten einredeweise vorgebracht wird. Da die abgelaufene Verjährung im Gegensatz zur Verwirkung nicht den Forderungsuntergang bewirkt, sondern dem Schuldner nur das Recht zur Leistungsverweigerung gibt, ist der verjährte Anspruch erfüllbar, aber nicht mehr erzwingbar. Die irrtümliche Erfüllung einer verwirkten Forderung führt demgegenüber zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers, der grundsätzlich zur Rückgabe verpflichtet ist.

Nun gibt es aber Ansprüche, die ihrer Natur nach weder verjähren noch zufolge Versäumnisses einer Ausschlußfrist verirken. Dazu gehören der Unterlassungs-, der Beseitigungs- und der Löschungsanspruch. Im Gegensatz zum Schadenersatzanspruch, der innert relativ kurzer Fristen verjährt, bleibt der Unterlassungsanspruch bestehen, solange eine bestimmte Rechtsverletzung droht; Beseitigungs- und Löschungsansprüche können ebenfalls geltend gemacht werden, solange ein rechtswidriger Zustand andauert. Gegenüber fortgesetzten Handlungen besteht demnach ein unverjährbarer Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, der erst mit dem letzten Verletzungsakt entfällt, worauf unter Umständen nur eine verjährbare Schadenersatzforderung übrig bleibt.

Es ist aber nicht zu bestreiten, daß mit der späten Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches in qualifizierten Fällen dem gutgläubigen Schuldner ein unbilliges Opfer zugemutet wird. Deshalb hat die Rechtsprechung vornehmlich gegenüber an sich begründeten, jedoch unverjährenen Unterlassungsansprüchen den sogenannten Verwirkungseinwand zugunsten des Beklagten entwickelt. Dieser unterscheidet sich von der oben erwähnten Verwirkung dadurch, daß er nicht zufolge Fristversäumnis den Untergang des Anspruches oder den Rechtsverlust an sich bewirkt, sondern lediglich zur Klagabweisung im konkreten Streitfall führt. Von der Verjährung unterscheidet sich der von uns zu erörternde Verwirkungseinwand dadurch, daß er zufolge seiner rechtlichen Charakterisierung als Rechtsmißbrauch (vgl. unten) von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. In der prozessualen Praxis erhebt allerdings der Beklagte den Verwirkungseinwand regelmäßig als ausdrückliche Einrede gegenüber dem Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch des Gläubigers. Während die normale Verwirkung und die Verjährung bei einem im Gesetz oder im Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Fristversäumnis eintreten, beruht der Verwirkungseinwand zufolge Rechtsmißbrauch ausschließlich auf der Rechtsprechung der Gerichte.

Zu den bevorzugten Anwendungsgebieten des Verwirkungseinwandes gehört nun zweifellos das Wettbewerbsrecht. Der moderne internationale Konkurrenzkampf spielt sich ja heute nicht mehr in verhältnismäßig ruhigen Bahnen ab. Tagtäglich entstehen eine Unzahl von Firmen, Warenzeichen, Ausstattungsrechten und Erfindungspatenten. Gleichzeitig verschwinden Firmen, Marken werden zu Freizeichen, Ausstattungsrechte verlieren ihre Originalität oder Verkehrsgeltung und Patente laufen ab. Solange jedoch rechtsgültige Exklusivrechte oder aufrechterhaltene Forderungen aus unlauterem Wettbewerb bestehen, können auf ihnen beruhende unverjährende Unterlassungsansprüche trotz der ständigen Wechsel im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf gegen Verletzer grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden. Hier gewinnt nun der Verwirkungseinwand immer mehr an praktischer Bedeutung. Fast regelmäßig wird er vom Beklagten in Firmen- und Markenprozessen (seltener in Patentstreitigkeiten) als primäres oder subsidiäres Verteidigungsmittel erhoben, dem Anfechtungsberechtigten gegenüber also der Vorwurf der verspäteten Geltendmachung des Unterlassungsanspruches entgegengehalten. Es rechtfertigt sich daher, die Grundlagen und die Anwendung des Verwirkungsprinzipes vom Standpunkt der industriellen Rechtspraxis aus etwas zu beleuchten und einige Schlußfolgerungen zu ziehen. Dabei beschränken wir uns auf prinzipielle Erwägungen zu diesem umstrittenen Rechtsproblem, und zwar in erster Linie unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz.

## **II. Die gesetzliche Grundlage der Verwirkung von Ansprüchen im schweizerischen Recht**

Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) bestimmt:

«Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.»

Dieser zentrale Grundsatz unseres Privatrechtes beherrscht sowohl die Auslegung von Verträgen als auch das Verhalten im Rechtsverkehr überhaupt. Er ist historisch begründet, denn schon im römischen Recht wurde das Prinzip «qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam» durch die «exceptio doli generalis» stark eingeschränkt.

Wer objektiv die Schranken von Treu und Glauben überschreitet, übt nach heutiger Auffassung nicht mehr ein Recht aus, sondern begeht eine Rechtsverletzung. Daher bringt Absatz 2 von Art. 2 ZGB den Ge-

danken von Treu und Glauben des Absatz 1 in einer Verbotsnorm nochmals zum Ausdruck. Dieses allgemeine Verbot des Rechtsmißbrauches geht weit über das ursprüngliche Schikaneverbot hinaus, für welches – analog dem mittelalterlichen Verbot des Neidbaues – noch das Motiv der Rechtsausübung ausschlaggebend war.

ZGB Art. 2 enthält ein objektives und normatives Kriterium, das auf dem allgemeinen Vertrauensschutz beruht und auch zwischen Konkurrenten gilt. Die mißbräuchliche Rechtsausübung ist dabei ein besonderer Fall des Verstoßes gegen Treu und Glauben. Wie bereits erwähnt, ist Art. 2 um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt und daher in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten (BGE 79 II 405).

Die ratio der Vorschrift des Artikel 2 beruht auf dem Gedanken, daß das Gesetz den Inhalt der Rechte und Pflichten nicht abschließend umschreiben kann, weil nie alle Lebensverhältnisse umfaßt und vorausgesehen werden können. Der schweizerische Gesetzgeber hat den Wert der Kodifikation nicht übersteigert, die legislative Voraussicht nicht überschätzt. ZGB Art. 2 und insbesondere sein Rechtsmißbrauchsverbot erlauben dem Richter die Korrektur, wenn höherwertigere Interessen einer formalen Rechtsausübung entgegenstehen.

Die schweizerische Gerichtspraxis geht bei der Anwendung des ZGB Art. 2 von folgenden oft nicht ausdrücklich erwähnten Gedanken aus, welche die uns interessierenden Fälle betreffen.

Der Anfechtungsberechtigte, der während langen Jahren seinen begründeten Unterlassungsanspruch gegen ihm erkennbare Eingriffe des Gegners nicht geltend gemacht hat und demzufolge beim Beklagten das Vertrauen erweckt hat, er dulde dessen Verhalten bzw. er habe z.B. gegen dessen verwechslungsfähiges Kennzeichen ernstlich nichts (mehr) einzuwenden, darf nicht nachträglich den inzwischen gutgläubig erworbenen und wertvollen Besitzstand des Konkurrenten zerstören. Die verspätete Geltendmachung eines an sich unverjährbaren Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Lösungsanspruches wird daher vom Bundesgericht in qualifizierten Fällen als Verstoß gegen Treu und Glauben oder als konkreter Rechtsmißbrauch gemäß ZGB Art. 2 Abs. 2 gewertet. Dabei ist es keineswegs erforderlich, daß dem Säumigen ein sittenwidriges oder gar arglistiges Verhalten zum Vorwurf gemacht wird, da die Regeln von Treu und Glauben ihrer Natur nach objektiv und normativ sind.

Auch in Deutschland beruht eine sehr reichhaltige und zum Teil in der Doktrin umstrittene Verwirkungsrechtsprechung auf dem Gedanken, daß die verspätete Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches unter Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen kann (unzulässige

Rechtsausübung). Die deutsche Gerichtspraxis stützt sich dabei zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen auf § 242 BGB, der den Schuldner verpflichtet, «die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern». Aus dieser Vorschrift wird die Klaglosstellung des Anspruchsberechtigten damit gerechtfertigt, daß er nach Treu und Glauben dem Beklagten die Vorteile einer Lage belassen müsse, zu deren Entstehung er durch stillschweigende Duldung selbst beigetragen habe.

Die Wurzeln des Verwirkungseinwandes in Deutschland liegen außerhalb des gewerblichen Rechtsschutzes, nämlich in der aufwertungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Gerichtspraxis. Der nunmehr auch das Wettbewerbsrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben nimmt jedoch – im Gegensatz zum schweizerischen Recht – ausdrücklich Rücksicht auf die Verkehrssitte. Der Richter muß daher bei seinem Entscheid mitberücksichtigen, ob die guten Sitten der beteiligten Kreise bereits gelitten haben. Trotz dieser Einschränkung gemäß BGB (Vorwurf eines «sittenwidrigen Verhaltens») ist die deutsche Rechtsprechung in der Anerkennung des Verwirkungseinwandes bedcutend liberaler als die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes.

### **III. Die Anwendung des Verwirkungsprinzipes durch die schweizerische Gerichtspraxis gegenüber Ansprüchen aus gewerblichen Schutzrechten oder unlauterem Wettbewerb**

Wie bereits dargelegt, schreibt Art. 2 ZGB die Innehaltung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr vor und schließt den Rechtsschutz für offenbaren Mißbrauch aus.

Die schweizerische Rechtsprechung hat nun schon seit Jahren anerkannt, daß gegen an sich begründete und unverjährbare Unterlassungsansprüche aus unlauterem Wettbewerb oder aus gewerblichen Schutzrechten in gewissen Fällen dem Beklagten der Verwirkungseinwand – zumindest im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 2 ZGB – zuzubilligen ist. Dies ist im Falle von Ansprüchen aus illoyaler Konkurrenz schon deshalb naheliegend, weil das Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb selbst auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruht, ein Grundsatz, der besonders zwischen Mitbewerbern gelten muß.

In seiner Abhandlung «Zur Frage der Verwirkung des Anspruches im gewerblichen Rechtsschutz» («Die schweizerische Aktiengesellschaft», Jahrgang XX, Nr. 5, Januar 1948) hat Fürsprecher F. von Steiger ein-

gehend dargelegt, wie nach einigem Zögern das Bundesgericht und die kantonalen Gerichte diesen generellen Grundsatz auch auf das Wettbewerbsrecht, vorab auf das Firmen- und Markenrecht, angewendet haben. Gleichzeitig verwies er auf die Entwicklung der deutschen Verwirkungsrechtsprechung.

Wir möchten nun im folgenden versuchen, anschließend an die Judikatur bis 1947/48 die heutige Bundesgerichtspraxis zum Verwirkungsprinzip, insbesondere in Streitfällen aus gewerblichem Rechtsschutz, zu erörtern.

Zunächst sei nochmals festgehalten, daß das obgenannte Vertrauensprinzip an sich von der schweizerischen Rechtsprechung heute auch für das Gebiet des Wettbewerbsrechtes und insbesondere des gewerblichen Rechtsschutzes ausnahmslos anerkannt wird. Streitig kann daher nur sein, unter welchen Voraussetzungen ein auf diesem Prinzip beruhender Verwirkungseinwand im konkreten Fall zuzulassen ist.

Nach wie vor geht die herrschende Meinung der Doktrin gefolgt von der höchstgerichtlichen Praxis dahin, daß grundsätzlich die unverjährbaren Untersagungs-, Beseitigungs- oder Löschungsansprüche aus unlauterem Wettbewerb oder gewerblichen Exklusivrechten auch durch ein längeres passives Verhalten des Berechtigten gegenüber Verletzern nicht eingebüßt werden. Hinsichtlich verwechslungsfähiger Namen und Zeichen wird im weiteren betont, daß eine langjährige Koexistenz die Verwechslungsgefahr nicht beseitigt.

So finden sich in BGE 73 II 183 folg. z. B. nachstehende grundsätzliche Ausführungen:

«Le Tribunal fédéral, il est vrai, a vu dans le fait que deux marques semblables ont coexisté pendant longtemps sans qu'une confusion se soit produite un indice sérieux qu'elles sont suffisamment dissemblables (cf. RO 47 II 237). Mais, dans l'espèce alors en cause, il s'agissait de deux marques qui avaient été utilisées simultanément pendant 100 ans à l'étranger et pendant 20 ans en Suisse sans qu'on ait eu connaissance de cas de confusion. Dans un arrêt subséquent (RO 56 II No 69, p. 407), le Tribunal fédéral a déjà relevé que la cause jugée précédemment était très particulière et qu'en tout cas on ne saurait tirer de conclusion de la coexistence de deux marques durant six ou sept ans. Dans l'espèce présente, on ne sait pas où et pendant combien de temps il y a eu usage simultané des marques des deux parties. L'arrêt attaqué constate seulement que la marque «Alpina» a été utilisée en Italie conjointement avec les marques «Alps» et «Alpes» de la maison Tallia-de Marchi «sans ennui ou confusion» de 1932 à 1945. Mais un laps de temps aussi court n'autorise pas à conclure à l'absence de risque de confusion entre les marques «Alpina» et «Alps», alors surtout que les faits en cause se sont passés à l'étranger où un contrôle depuis la Suisse était plus difficile, notamment pendant les cinq années de guerre.

Il faut donc admettre qu'en principe la marque «Alps» ne diffère pas suffisamment de la marque «Alpina» pour ne pas donner lieu facilement à une confusion.

. . . . .

Il reste à se demander si la demanderesse n'est pas déchuë du droit de réclamer la protection de sa marque «Alpina» parce qu'elle a toléré pendant une longue période l'usage par la défenderesse de la marque analogue «Alps».

Le droit à une marque régulièrement inscrite ne se perd que par l'expiration de la durée de protection (art. 8 LMF) ou par suite de non-usage pendant trois ans (art. 9 LMF). La loi ne connaît pas d'autre cause de prescription ou de péremption. L'inaction du titulaire à l'égard d'une usurpation ou d'une imitation de sa marque n'entraîne donc pas la perte du droit, ni par conséquent — en principe — celle des actions qui lui sont attachées (cf. RO 28 II 551; 31 II 519; 38 II 365; 39 II 113; 43 II 247; 52 II 167). Il convient toutefois de réserver, quant à l'exercice de ces actions, le respect des règles de la bonne foi, en ce sens que le fait par le titulaire de tolérer l'usage d'une marque similaire, sans éteindre son droit à la marque et sans créer au profit de l'usurpateur ou de l'imitateur un véritable droit, équivaudrait à une renonciation à réclamer la protection du juge.»

Trotz längerer Duldung eines Namens oder Zeichens durch den Inhaber der prioritätsälteren Firma oder Marke wird somit grundsätzlich der Verwirkungseinwand gegenüber dem Unterlassungsanspruch ver sagt. Da zufolge wechselnder Kundenkreise auch eine langjährige Koexistenz eine anfängliche Verwechslungsgefahr nicht aufhebt, da überdies die Umwandlung einer geschützten Marke in ein Freizeichen nur in seltenen Ausnahmefällen bejaht wird (vgl. BGE 56 II 317 folg.) und da eine Ersitzung des Zweitgebrauchers bei gewerblichen Schutzrechten abzulehnen ist, erscheint diese Praxis durchaus gerechtfertigt.

Auch ein stillschweigender Verzicht des Rechtsinhabers darf nur dann angenommen werden, wenn ihm der Verletzer begründeten Anlaß zum Einschreiten gegeben hatte und er einen Einspruch oder Vorbehalt während längerer Zeit nicht geltend machte. Die Erwägung, daß eine verhältnismäßig lange Untätigkeit weder einen Verzicht noch eine Duldung darstellt, muß übrigens auch für das Patentrecht gelten.

Demzufolge bildet den Ausgangspunkt der gegenwärtigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Grundsatz, daß an sich ein passives Verhalten des Klageberechtigten auch während eines längeren Zeitraumes keinen Verwirkungseinwand wegen Rechtsmißbrauch zugunsten des Verletzers begründet. Dies ist insbesondere deshalb billig, weil z. B. bei Weltmarken oder bei zahlreichen Erfindungspatenten eine rasche und universelle Überwachung, Nachforschung und Rechtsverfolgung naturgemäß ausgeschlossen ist. Endlich mag die Tolerierung eines Eingriffes

aus den verschiedensten Gründen wie fehlende finanzielle Mittel, Mangel an klaren Beweisen, prozessuale Schwierigkeiten oder geringe Bedeutung der Verletzung verständlich sein und darf daher weder als Verzicht noch als Einwilligung gewertet werden.

Aus Gründen der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit kann nun aber – wie sich bereits aus obigen Darlegungen ergibt – der lange und unangefochtene Gebrauch eines fremden Rechtes in qualifizierten Fällen einen Verwirkungseinwand gegenüber unverjährbaren Untersagungsansprüchen begründen. Dies trifft zu, wenn das klägerische Beharren auf dem formalen Recht als offenbar mißbräuchlich zu werten ist.

Über die Mindestvoraussetzungen für die Anwendung des Art. 2 ZGB auf derartige Streitfälle gibt die Gerichtspraxis keineswegs lückenlose Auskunft.

In objektiver Hinsicht ist zunächst schwierig zu entscheiden, wie lange angesichts der obgenannten grundsätzlichen Überlegungen der Klageberechtigte mit einem Einschreiten zuwarten darf. Da es sich beim Verwirkungseinwand um einen elastischen Notbehelf handelt, der dem Richter im Einzelfall eine billige Entscheidung – und zwar gegen das formale und unverjährende Recht – ermöglichen soll, kommt es für die Beurteilung der Verspätung stets auf die konkreten Begleitumstände des Prozesses an. So betont in BGE 72 II 44 und 78 II 227 das Bundesgericht, daß der Rechtsmißbrauch ohne Bindung an starre Regeln in jedem Fall unter Würdigung der genannten Umstände nach freiem Ermessen zu beurteilen ist.

In BGE 56 II 407 hat nun das Bundesgericht ein siebenjähriges unangefochtenes Nebeneinanderbestehen verwechselbarer Marken als ungenügend für die Annahme einer Verwirkung erklärt.

In dem schon erwähnten bundesgerichtlichen Entscheid 73 II 183 finden sich auf S. 191–193 nachstehende Erwägungen:

«En conséquence, l'exercice de l'action en radiation par le titulaire de la marque usurpée ou imitée se trouve bien soumis à la réserve générale de l'art. 2 al. 2CC, c'est-à-dire qu'il n'est pas autorisé s'il constitue de la part de l'ayant droit un abus manifeste. C'est ce que la I<sup>e</sup> Cour civile a déjà admis en principe dans un arrêt non publié du 8 décembre 1931, en la cause Eagle Oil Company of New York GmbH c. Vacuum Oil Company S.A. française (arrêt reproduit dans Zeitschrift für Markenschutz und Wettbewerb, vol. 32 p. 211). La jurisprudence française admet que l'abstention de poursuites contre certains usurpateurs ne suffit pas à faire perdre au déposant la propriété exclusive de sa marque (cf. *Pouillet*, 1912, *Marques de fabrique*, p. 276/277; *Alexandroff*, *Traité théorique et pratique des marques et de la concurrence déloyale*, t. II, 1935, fasc. XVI, n<sup>os</sup> 419 sv.); mais il a aussi été jugé, même par la Cour de cassation, que le défaut de poursuite cumulé

avec l'emploi prolongé de la marque peut faire présumer l'abandon de celle-ci par le déposant (cf. *Alexandroff*, op. cit. loc. cit., n° 1 p. 420 sv.). La jurisprudence allemande admet en principe la péremption de l'action en radiation pour cause d'usage prolongé et toléré de la marque similaire, en recourant non à l'idée d'une renonciation tacite, mais à celle du respect des règles d'une loyale concurrence et de la bonne foi (Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen, 111 p. 67; 127 p. 321); les arrêts les plus récents n'exigent même pas que l'ayant droit ait eu connaissance de l'usage fait de la marque semblable à la sienne (RGE t. 134 p. 38; 137 p. 282; 139 p. 363; cf. à ce sujet dans un sens généralement approbatif *Pinzger*, Das deutsche Warenzeichenrecht, 2<sup>e</sup> édit., p. 206/207; *Busse*, Deutsches Warenzeichengesetz, 2<sup>e</sup> édit., p. 310; *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 10<sup>e</sup> édit., vol. II, 1<sup>e</sup> partie, p. 368, et auteurs cités).

Pour que l'action en radiation du titulaire de la marque constitue de sa part l'abus manifeste d'un droit au sens de l'art. 2 CC, il faut que, par un usage prolongé, la marque illicite du défendeur ait réussi à s'imposer dans les milieux d'acheteurs et que la situation ainsi acquise par l'usager l'ait été de bonne foi, au moins initialement. Dans ce cas, il serait en effet abusif que le premier déposant puisse interdire l'usage de la marque similaire pour profiter ensuite, grâce précisément à la similitude des signes utilisés, du renom que son concurrent serait parvenu à donner à sa marque — ce qui reviendrait à permettre au demandeur de récolter là où il n'aurait pas semé. Mais on ne saurait non plus méconnaître les raisons que peut avoir eues le titulaire de la marque de ne pas réagir contre l'atteinte portée à son droit: le manque de ressources suffisantes, le peu d'intérêt à s'opposer à l'usage de la marque illicite dans certains pays, la clandestinité de cet usage lui-même. Le défendeur au courant de ces circonstances ne peut dans tous les cas pas invoquer une possession de bonne foi. En revanche, on peut admettre, en suivant la tendance de la jurisprudence allemande, que l'ignorance par le demandeur, même sans faute de sa part, de l'atteinte portée à sa marque n'exclut pas nécessairement et dans tous les cas qu'il puisse commettre un abus manifeste de son droit en exerçant l'action en radiation contre l'imitateur de bonne foi, au bénéfice d'un long usage.»

Dem vom Bundesgericht beurteilten Tatbestand ist nun nicht zu entnehmen, wie lange die kollidierenden Warenzeichen von den Prozeßparteien tatsächlich gebraucht wurden; doch ist nach dem Sachverhalt anzunehmen, daß eine langjährige Benutzung vorlag. Ferner ergibt sich aus der Entscheidung, daß das Bundesgericht bei der Beurteilung des Verwirkungseinwandes auf den offenbaren Rechtsmißbrauch (abus manifeste d'un droit) abstellt und nicht einen stillschweigenden Verzicht konstruiert. In der Tat können unseres Erachtens solche Streitfälle nur durch eine billige Abwägung der widerstreitenden Interessen gemäß ZGB Art. 2 in befriedigender Weise gelöst werden. Wesentlich ist ferner die bundesgerichtliche Erwägung, daß eine Klageverwirkung nur dann angenommen werden darf, wenn der Gegner einen beachtlichen Besitzstand erworben hat. Ein untätiges Zuwarten auch während längerer Jahre dürfte daher unschädlich sein, solange dadurch vom Beklagten kein be-

achtlicher Besitzstand erworben wurde, den zu beseitigen offensichtlich gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Weitere Hinweise, welche die objektive Voraussetzung des Verwirkungseinwandes – unbenutzter Zeitablauf beim Kläger und demgegenüber Entstehung eines beachtlichen oder sogar wertvollen Besitzstandes beim Beklagten – zum Gegenstand haben, finden sich in BGE 79 II 313:

«Das Begehren auf Untersagung der beklaglichen Firma aus dem Grunde des unlauteren Wettbewerbs hat das Handelsgericht wegen Verjährung abgewiesen. Wie jedoch die Berufung mit Recht geltend macht, beginnt der Unterlassungsanspruch gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b UWG erst mit der Einstellung der widerrechtlichen Handlung zu verjähren, also erst mit der Aufgabe der beanstandeten Firma. Das anerkennt auch die Beklagte, die sich vor der Vorinstanz nicht auf Verjährung, sondern auf Verwirkung des Löschungsanspruches berufen hat, mit der Begründung, daß es seitens der Klägerin rechtsmißbräuchlich sei, die Klage erst 6 Jahre nach Kenntnis der Firma der Beklagten angestellt zu haben, in welcher Zeit diese gutgläubig einen wertvollen Besitzstand daran erworben habe. Die Klägerin hält dem entgegen, daß sie die Beklagte seit 1948 zweimal verwarnt, und als sich dies als nutzlos erwies, den Prozeß angehoben habe, für den vorerst das Material mühsam zusammengesucht werden mußte.

Neben einer gesetzlich vorgesehenen Verjährung des Anspruchs, wie dies in Art. 7 UWG der Fall ist, darf eine Verwirkung durch Zeitablauf nur mit größter Zurückhaltung in Erwägung gezogen werden. Im vorliegenden Falle besteht für die Annahme einer solchen kein genügender Grund. Denn es ist verständlich, wenn die amerikanische Firma, bevor sie den Prozeß im fremden Land anhob, zunächst abwarten wollte, wie sich das Nebeneinanderbestehen der beiden Firmabezeichnungen auswirke. Und da sie die Beklagte, wie nicht bestritten ist, wiederholt verwarnte, konnte diese sich nicht in Sicherheit wiegen, sondern mußte mit der Möglichkeit eines gerichtlichen Vorgehens seitens der Klägerin rechnen. Daher genügte die Verwarnung zur Wahrung der Rechte der Klägerin.»

Das Bundesgericht betont hier, daß die Verwirkung eines unverjährenbaren Löschungsanspruches durch Zeitablauf nur mit größter Zurückhaltung in Erwägung gezogen werden darf. Da die ausländische Klägerin binnen 5 Jahren nach Publikation der beklagten jüngeren Firma zwei Verwarnungen zustellte und etwa drei Jahre später den Prozeß anhob, wurde der Verwirkungseinwand zurückgewiesen. Die Frage, ob der von der Beklagten behauptete wertvolle Besitzstand tatsächlich bis zur Verwarnung erworben war, scheinen die Gerichte nicht geprüft zu haben; das Bundesgericht hat jedenfalls den Verwirkungseinwand schon deshalb zurückgewiesen, weil der unbenutzte Zeitablauf in casu als zu kurz erachtet wurde.

Schließlich findet sich in BGE 80 II 287 folgende Erwägung:

«Zu Unrecht wendet er Verwirkung des dem Kläger zukommenden Namensschutzes ein. Der Kläger hat die Störung seines Namenrechtes in guten Treuen

erst geltend gemacht, als sie sich wegen des Anwachsens der Mitgliederzahl des beklagten Verbandes in erheblichem Maße bemerkbar machte. Da die Störung andauert, braucht er sie nicht länger zu dulden.»

Es sei beigefügt, daß im vorstehenden Streitfall zwischen der Gründung des beklagten Verbandes und dem Beginn gescheiterter Vergleichsverhandlungen rund 13 Jahre verflossen.

Wir möchten uns nicht anmaßen, auf Grund der angeführten Präjudizien eine Regel aufzustellen, welche sich über den seit Kenntnis oder Kennenmüssen des Eingriffes unbenutzten Zeitraum ausspricht. Doch darf wohl gesagt werden, daß in der Regel ein Zuwarten von 2–3 Jahren bis zum Widerspruch oder zur Klageeinleitung durch den zur Unterlassungsklage Berechtigten den Verwirkungseinwand nicht begründen kann. Dies mag auch gelten, wenn in dieser relativ kurzen Zeit der Gegner zufolge erheblichen Werbeaufwandes einen beachtlichen Besitzstand geschaffen hat. Auch eine 2–3 Jahre übersteigende unbenutzte Warteperiode dürfte für den Anspruchsberechtigten unschädlich sein, sofern kein beachtlicher Besitzstand vom Beklagten geschaffen wurde.

Die objektive Voraussetzung eines genügenden Zeitablaufes bzw. eines mindestens beachtlichen Besitzstandes genügt jedoch nicht, um den Verwirkungseinwand zufolge offenbaren Rechtsmißbrauches zuzulassen. Es bedarf noch zusätzlicher Vorbedingungen subjektiver Natur.

So muß zunächst der Klagelegitimierte einen Anlaß zum Einschreiten haben, wenn ihm ein Zuwarten zur Last gelegt werden soll. Er muß eine erheblich gewordene Verletzung erkennen (Kenntnis oder verschuldete Unkenntnis) oder ausdrücklich auf eine solche vom Gegner aufmerksam gemacht worden sein. Insbesondere widerspricht es Treu und Glauben, wenn der Berechtigte arglistig dem Aufbau eines wertvollen Besitzstandes zusieht, vielleicht von diesem sogar mitprofitiert, und erst nach längerem Zuwarten diesen wieder zerstören will. Dem steht aber nicht entgegen, daß zunächst eine gewisse Zeit die Entwicklung überwacht werden darf (vgl. BGE 80 II 287). Der Berechtigte darf allerdings nach erfolglosen Verwarnungen auch mit der Klage nicht allzulange zuwarten.

In BGE 73 II 193 bringt jedoch das Bundesgericht einen Vorbehalt an, wonach im Anschluß an die Tendenz der deutschen Rechtsprechung auch dann ein Verwirkungseinwand unter gewissen Umständen angenommen werden darf, wenn der ältere Warenzeicheninhaber unverschuldeterweise den Gebrauch durch eine jüngere nachgeahmte Marke nicht gekannt hat. Man darf annehmen, daß dieser Vorbehalt nur gilt, wenn nach langen Jahren der Beklagte einen sehr wertvollen Besitzstand

in guten Treuen aufgebaut hat, dessen nachträgliche Beseitigung als eindeutig rechtsmißbräuchlich erscheint.

Noch wichtiger ist eine zweite subjektive Voraussetzung für die Anerkennung des Verwirkungseinwandes in der schweizerischen Judikatur, nämlich das gutgläubige Verhalten des Verletzers bis zum Einspruch oder bis zur Klage des Unterlassungsberechtigten.

Wer einen Verstoß gegen Treu und Glauben mit Erfolg geltend machen will, muß seinerseits gutgläubig gehandelt haben, d.h. er muß berechtigterweise angenommen haben, durch sein Vorgehen kein Drittrecht zu verletzen, oder er muß die begründete Auffassung haben, der Berechtigte habe gegen seine Tätigkeit ernstlich nichts bzw. nichts mehr einzuwenden. Eine Verwarnung zerstört natürlich den guten Glauben, was jedoch nur dann von Bedeutung ist, wenn sie rechtzeitig erfolgt, so daß von einem gutgläubig erworbenen und schutzwürdigen Besitzstand des Beklagten nicht gesprochen werden darf. So wird in BGE 79 II 314 beispielsweise folgendes erwähnt:

«Und da sie (die Klägerin) die Beklagte, wie nicht bestritten ist, wiederholt verwarnte, konnte diese sich nicht in Sicherheit wiegen, sondern mußte mit der Möglichkeit eines gerichtlichen Vorgehens seitens der Klägerin rechnen. Daher genügte die Verwarnung zur Wahrung der Rechte der Klägerin.»

In BGE 76 II 117 wird eine Verjährungseinrede als mißbräuchlich zurückgewiesen, weil der Beklagte die Geltendmachung eines Anspruches wider Treu und Glauben durch falsche und arglistige Angaben verunmöglicht hat.

Am ehesten gibt zu dieser Frage der bereits zitierte BGE 73 II 192 einen gewissen Aufschluß: «Pour que l'action en radiation du titulaire de la marque constitue de sa part l'abus manifeste d'un droit au sens de l'article 2 CC, il faut que, par un usage prolongé, la marque illicite du défendeur ait réussi à s'imposer dans les milieux d'acheteurs et que la situation ainsi acquise par l'usager l'ait été de bonne foi, au moins initialement.»

In diesem Gerichtsentscheid wird beigefügt, daß der gute Glaube des Inhabers eines jüngeren und verwechslungsfähigen Zeichens dann fehlt, wenn diesem die Gründe für die Untätigkeit des Anfechtungsberechtigten bewußt sind oder bewußt sein müssen. Dem Beklagten ist somit der Verwirkungseinwand zu versagen, wenn ihm der Eingriff bewußt ist und er mit einem Widerspruch des Schutzrechtinhabers oder des aus unlauterem Wettbewerb Berechtigten ernstlich rechnen mußte.

Wie stellt sich nun die schweizerische Gerichtspraxis zur Frage, ob grundsätzlich die sogenannte «bona fides superveniens» anerkannt

werden soll oder nicht, das heißt, ob ein Beklagter auch dann den gutgläubigen Erwerb eines mindestens beachtlichen und schutzwürdigen Besitzstandes geltend machen kann, wenn er anfänglich bösgläubig war, aber zufolge eines langjährigen passiven Verhaltens des klagbefugten Konkurrenten annehmen durfte, letzterer habe sich mit seinem klar erkennbaren Eingriff endgültig abgefunden.

In BGE 76 II 395 wurde ein Markenprozeß zur Vervollständigung des Tatbestandes an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil zweifelhaft war, ob nach den Umständen der Verletzer zufolge einer «bona fides superveniens» den Verwirkungseinwand erheben durfte. Aus den Urteils-erwägungen folgt, daß das Bundesgericht grundsätzlich die «bona fides superveniens» anerkennen will. In casu befand sich die beklagte Konkurrentin unzweifelhaft in bösem Glauben, als sie trotz Verwarnung eine jüngere und verwechselbare Marke weiterbenutzte. In der Folge hat jedoch die klägerische Inhaberin des älteren Warenzeichens während neun Jahren den Markengebrauch der Beklagten geduldet. Das Bundesgericht bemerkt dazu folgendes:

«...Angesichts dieser Sachlage befand sich die Beklagte in jenem Zeitpunkt (d. h. anlässlich der Verwarnungen) bei der weiteren Verwendung ihrer Marke ohne Zweifel in bösem Glauben. Das schließt jedoch entgegen der Meinung der Klägerin die Verwirkung des Klagerechtes nicht unter allen Umständen aus. Es kann sich vielmehr im Laufe der Zeit eine Situation herausgebildet haben, bei der das Untätigbleiben des Inhabers der verletzten Marke den bösen Glauben des Verletzers aufwiegt. Dies ist vor allem der Fall, wenn der Markeninhaber keine stichhaltigen Gründe für sein langes Zuwarten vorzubringen vermag. Auf Seiten des Verletzers sodann ist von Bedeutung, ob er während dieser Zeit durch den unangefochtenen Gebrauch seines an sich unzulässigen Zeichens einen wertvollen Besitzstand hat schaffen können, dessen er bei Gutheißung der Klage verlustig ginge.»

Nach diesem Entscheid wäre somit die «bona fides superveniens» in Ausnahmefällen zu anerkennen, wobei es auf die Beweggründe des langjährigen Zuwartens des Verletzten und auf den zufolge stillschweigender Duldung geschaffenen Besitzstand des Verletzers ankommt, dessen nachträgliche Beseitigung unter Umständen als rechtsmißbräuchlich erscheint.

Es ist zu hoffen, daß nur in ganz außerordentlichen Fällen unsere Gerichtspraxis die «bona fides superveniens» und damit den Verwirkungseinwand zuläßt. Man darf nämlich nicht außer acht lassen, daß derjenige, der bösgläubig in ein fremdes Recht eingreift und vielleicht von diesem Recht unter Irreführung des Publikums profitiert, auch das Risiko seines Verhaltens tragen sollte; dies sollte vor allem dann gelten,

wenn dem Rechtsinhaber ein Vorgehen nicht ohne weiteres zuzumuten war.

Viel reichhaltiger als in der Schweiz ist die deutsche Doktrin und Gerichtspraxis zum Verwirkungseinwand im gewerblichen Rechtsschutz. Da aber die Rechtsprechung in manchen Fragen schwankt, hat die Anwendung des Prinzipes eher zu einer Rechtsunsicherheit oder Entrechtung der Rechtsinhaber geführt als zu einem billigen Interessenausgleich der Streitparteien.

So hat das Reichsgericht die «bona fides superveniens» eines Verletzers anerkannt, der mit Mühe und Kosten ein nachgeahmtes Zeichen im Verkehr eingeführt hat, ohne daß der Anfechtungsberechtigte eingriff. Es wird dabei betont, daß der das ganze Wettbewerbsrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben der Rechtsverfolgung entgegensteht, wenn sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand für einen vom Kläger geduldeten ansehen durfte. Dadurch wird der Verwirkungsbegriff durch eine weitgehende Milderung der subjektiven Voraussetzungen erweitert. Auch in objektiver Hinsicht wird der Verwirkungseinwand von deutschen Gerichten in liberaler Weise anerkannt, wobei die Anforderungen an den Besitzstand des Beklagten laufend gesenkt werden; eine «wettbewerbliche Stellung von beträchtlichem Wert» wird sogar als genügender Besitzstand erachtet, d.h. bei Warenzeichen eine Verkehrsgeltung, die nicht einmal einen Ausstattungsschutz rechtfertigen kann.

Nun ist aber auf eine Schranke zu verweisen, die der deutsche Bundesgerichtshof im Anschluß an die reichsgerichtliche Judikatur aufgestellt hat und derzufolge bei Warenzeichen (insbesondere bei Weltmarken und notorischen Firmennamen), mit denen das Publikum eine besondere Gütevorstellung verbindet, die Verwirkung ab initio ausgeschlossen wird, weil weite Abnehmerkreise über Herkunft und Qualität von Produkten irreführt werden. Dieser Vorbehalt stützt sich auf UWG § 3, der sich gegen Täuschung der Allgemeinheit durch falsche Angaben richtet.

Endlich folgt aus der deutschen Praxis, daß der Beklagte – wenn er mit dem Verwirkungseinwand durchdringt – seinen Besitzstand weder örtlich noch sachlich ausdehnen darf, zumal ja kein Recht vom Kläger auf den Verletzer übergeht.

#### **IV. Schlußfolgerungen**

Wir glauben, daß das schweizerische Bundesgericht die Gefahren erkannt hat, die sich aus einer der deutschen Praxis entsprechenden

liberalen Verwirkungsrechtsprechung ergeben können. Zu Recht hat daher unsere Rechtsprechung erkannt, daß sich der Verwirkungseinwand naturgemäß einer Normierung entzieht, da er als elastischer Notbehelf dem Richter in Ausnahmefällen eine der konkreten Interessenlage entsprechende billige Entscheidung gestatten soll. Besonders gegenüber unverjährenen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen des gewerblichen Rechtsschutzes sollte dem Verwirkungseinwand mit größter Zurückhaltung begegnet werden. Deshalb kann und soll ein von Art. 2 ZGB verpönter offenbarer Rechtsmißbrauch, der allein die Grundlage für die Beurteilung von Verwirkungseinwänden zu bilden hat, in der Regel nur bei Vorliegen nachstehender Mindestvoraussetzungen anerkannt werden:

- a) Ein vom Kläger unbenutzter längerer Zeitablauf und ein wertvoller Besitzstand des Beklagten (objektive Vorbedingung);
- b) Kenntnis bzw. verschuldete Unkenntnis des Eingriffes durch den zur Unterlassungsklage Berechtigten (subjektive Voraussetzung);
- c) Guter Glaube des Verletzers (subjektive Voraussetzung).

Eine genaue Beachtung dieser Mindestvoraussetzungen ist unseres Erachtens auch aus folgenden Erwägungen gerechtfertigt.

Im Gegensatz zum deutschen Warenzeichenrecht müssen grundsätzlich schweizerische Schutzmarken nach Ablauf der Schonfrist tatsächlich benutzt werden, um die Gefahr eines Löschungsbegehrens zu vermeiden; auch schweizerische Erfindungspatente unterliegen vorbehältlich der Schonfrist dem Ausübungszwang. Dieses Erfordernis bildet an sich schon eine gewisse Korrektur des formalen Rechtes und erheischt um so mehr eine zurückhaltende Praxis gegenüber dem «Modeeinwand» der Verwirkung von Ansprüchen aus gewerblichem Rechtsschutz.

Bei Weltzeichen, deren Überwachung besonders schwer ist und deren Nachahmung zu großer Marktverwirrung führen kann, sollte eine Klagelosstellung des Zeicheninhabers zufolge Verwirkung nur in ganz extremen Fällen unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 ZGB zugelassen werden. Im Gegensatz zur deutschen Praxis läßt sich diese strenge Regel aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und durch billigen Interessenausgleich ohne weiteres ableiten.

Wie schon früher hervorgehoben wurde, darf jedoch bei den heutigen Konkurrenzverhältnissen der unbenutzte Zeitablauf nicht mehr allzulange bemessen sein. Obwohl wir nur eine langjährige Duldung der Verletzung trotz allfälligen Erwerbes eines vorzeitigen wertvollen Besitzstandes als Voraussetzung für die Verwirkung ansehen, ist zu empfehlen,

in der industriellen und kommerziellen Praxis nicht allzulange mit einem Widerspruch gegen erkennbare Eingriffe zuzuwarten.

Wir kommen daher zum Schluß, daß nur dann die Gerichtspraxis den Verwirkungseinwand als Notbehelf zulassen sollte, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Streitfalles die vorgenannten drei Mindestvoraussetzungen erfüllt sind und der Anfechtungsberechtigte einen offenbaren Rechtsmißbrauch gemäß ZGB Art. 2 begeht. Ansonst führt dieser Notbehelf dazu, den Kläger zu entrenchen und ganz allgemein die unverjährenen Unterlassungsansprüche aus Wettbewerbsrecht, insbesondere aus Exklusivrechten, einer ungesetzlichen und rechtsunsicheren Befristung zu unterstellen.

### *Résumé*

L'auteur expose d'abord les différences juridiques existant entre la prescription et la péremption légales d'une part et, d'autre part, l'objection de péremption soulevée ex officio ou par l'intimé; celle-ci fait l'objet de l'exposé. Il montre que le principe de la péremption n'est qu'un expédient développé par la jurisprudence sur la base de l'article 2 du CCS. C'est surtout dans la réglementation juridique de la concurrence commerciale et dans le droit concernant la protection de la propriété industrielle que l'objection de péremption a acquis une grande importance pratique. En effet, elle permet aux tribunaux d'obtenir un accommodement équitable des intérêts en jeu, en rejetant comme tardives et abusives des actions en cessation de l'acte bien qu'elles soient en elles-mêmes fondées et imprescriptibles.

L'auteur présente la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'objection de péremption en droit de concurrence commerciale et industrielle, puis il esquisse les préalables objectifs et subjectifs qui doivent être remplis pour qu'en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret on puisse établir un abus manifeste qui justifie l'objection de péremption de la part du défendeur et, par conséquent, enlève au plaignant le droit d'actionner.

Après quelques conclusions personnelles l'auteur souligne enfin que les tribunaux ne devraient admettre l'objection de péremption qu'en des cas exceptionnels, afin de ne pas provoquer, plutôt qu'un accommodement équitable des intérêts en jeu, une inadmissible dérogation aux droits de celle des parties qui a légitimement des raisons de porter plainte ainsi qu'une nouvelle insécurité du droit provenant du fait qu'on en vient à soumettre à des délais l'introduction d'actions en soi imprescriptibles.

# Zur Frage des Verhältnisses des Wettbewerbsrechtes zu den Sondergesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes

BRUNO VON BÜREN, ZÜRICH

1. In Literatur und Rechtsprechung ist die Frage des Verhältnisses des Wettbewerbsrechtes zu den Sondergesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes immer wieder Gegenstand reger Erörterung. In der Tat ist diese Frage von erheblicher praktischer Bedeutung. Sie entscheidet letztlich auf dem Gebiet der geistigen und technischen Schöpfung über die Grenzen des Schutzbereiches; und sie sagt auch, wieweit die Sondergesetze, zu denen in diesem Zusammenhang auch das Firmenrecht (Art. 944 ff. OR) zu zählen ist, auf Verstärkung ihres Schutzes durch konkurrierende Anwendung des Wettbewerbsgesetzes zählen dürfen.

Zu den zahlreichen Beiträgen über die theoretisch-systematische Seite der Frage<sup>1</sup> möchte ich nicht einen weiteren beifügen, sondern bloß, mit vorwiegend praktischem Ziel, kurz zusammenstellen, welche Probleme sich grundsätzlich ergeben und welche Lösung sie in der Praxis gefunden haben.

Dabei ist vorzuschicken, daß die Praxis klare, faßliche Leitsätze kaum formuliert hat. Der Satz, der sich häufig findet, «daß die Spezialgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht die Anwendung der gemeinrechtlichen Bestimmungen über Haftung aus un-erlaubter Handlung und insbesondere über den unlauteren Wettbewerb

---

<sup>1</sup> Vgl. *Pfister*, Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze, Bern 1936; *Hartmann*, Das Verhältnis der Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb zu den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und zum Urheberrecht, Aarau 1951; von *Graffenried*, Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes, Bern 1953; *Spengler*, Gesetzesüberschneidungen im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1950, S. 545 ff., u. a. m.

nur insoweit ausschließen, als sie die Materie erschöpfend regeln und namentlich gegenüber dem gemeinen Recht einen erhöhten Rechtsschutz gewähren, und daß Handlungen, die nicht durch die Spezialgesetze untersagt, den untersagten Tatbeständen aber ähnlich sind und die Voraussetzungen unerlaubter Handlungen im Sinne des Wettbewerbsrechtes aufweisen, auf Grund dieser Bestimmungen verfolgt werden können» (vgl. BGE 37 II S. 172, 38 II S. 701, 52 II S. 171, 54 II S. 63, 57 II S. 457, 60 II S. 69, ferner die entsprechende Formulierung des Reichsgerichts in RGZ 115 S. 184), löst offenbar das Problem nicht, sondern wirft es erst auf.

Auch hier empfiehlt es sich im übrigen, mit der Fragestellung zu beginnen, nämlich zu fragen, welche Verhältnis- und Abgrenzungsprobleme sich aus dem Nebeneinanderbestehen der Sondergesetze und des Wettbewerbsgesetzes überhaupt ergeben können. Soweit wir sehen, sind es bloß zwei, die allerdings in den verschiedensten Aspekten auftauchen.

#### **a) Ausschließlichkeit – Nichtausschließlichkeit**

Es läßt sich zunächst fragen, ob ein bestimmtes Sondergesetz, z. B. das Patent- oder Markenschutzgesetz, die von ihm geregelte Materie ausschließlich (d. h. abschließend) oder nicht ausschließlich behandle. Unter Materie ist dabei zu verstehen die Gesamtheit der durch das betreffende Gesetz aufgeworfenen Fragen. Im Falle des Patentgesetzes also die Frage des Schutzes technischer Leistungen, im Falle des Markenschutzgesetzes des Schutzes der Warenzeichen, im Falle des Firmenrechtes des Schutzes der Geschäftsfirmen. Es geht um Probleme, die in gewissem Sinn die Alternative zwischen Analogie und Umkehrschluß (*argumentum e contrario*) streifen, indem es sich nämlich jeweils fragt, ob das Wettbewerbsgesetz die Gedanken des Sondergesetzes analog weiterführen soll, oder ob es, *e contrario*, in Ausstand zu treten habe.

#### **b) Kumulation – Nichtkumulation**

Es läßt sich ferner fragen, ob auf einen durch Sondergesetz erfaßten Tatbestand, beispielsweise Verletzung eines Patentes oder Urheberrechtes, kumulativ mit dem Sondergesetz auch das Wettbewerbsgesetz zum Zuge kommt; oder ob in solchem Fall das Wettbewerbsgesetz ausgeschaltet ist.

Diese beiden Fragestellungen scheinen die einzigen zu sein, die sich im Verhältnis des Wettbewerbsgesetzes zu den Sondergesetzen ergeben

können. Sie ergeben sich aus den Möglichkeiten des Nebeneinanders und des Übereinanders und sind Ausdruck des Problems, ob das Wettbewerbsrecht die Sondergesetze *ergänzen kann* (Frage der Ausschließlichkeit), und des anderen, ob das Wettbewerbsrecht die Sondergesetze *verstärken kann* (Frage der Kumulation). Weitere Verhältnisfragen gibt es offenbar nicht.

Soviel sich erkennen läßt, beantworten sich diese Fragen nicht gegenüber allen Sondergesetzen gleich. Vielmehr scheint, daß die Sondergesetze sich in der Stärke ihrer Beziehungen zum Wettbewerbsrecht und in ihrer Ergänzungs- und Verstärkungsfähigkeit durch dasselbe stark und grundlegend unterscheiden.

### **Patent- und Urheberrecht**

Diese beiden Gesetze urheberrechtlichen Charakters haben sich gegenüber dem Wettbewerbsrecht das Privileg königlicher Unabhängigkeit gewahrt. Es ist hier der denkbar strengste Ausschluß des Wettbewerbsrechtes zu beobachten. Fragen, die durch die beiden Gesetze direkt geregelt sind, oder doch von ihnen indirekt angesprochen werden, sind von jeder Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechtes ausgeschlossen.

Besonders deutlich unterstrichen worden ist dies gegenüber den recht zahlreichen Versuchen, das Wettbewerbsrecht im Sinne einer Ergänzung des Patent- und Urheberrechtes beizuziehen, d. h. die vom Patent- und Urheberrecht gelassenen Lücken durch das Wettbewerbsrecht auszufüllen. Es geht hier namentlich um die praktisch wichtigen Probleme des Konstruktionsschutzes, die unter dem Schlagwort des «sklavischen Nachbaus» bekannt geworden sind.

Es ist anerkannter Grundsatz, daß die Gebiete des technischen und geistig-künstlerischen Schaffens ausschließlich durch das Patent- und Urheberrecht geschützt sind, daß eine Erweiterung des Schutzbereiches auf Grund wettbewerbsrechtlicher Überlegungen ausgeschlossen ist, und daß daher der nicht patentierte technische Fortschritt ungeschützt zu bleiben hat. Zum innersten Wesen des Patent- und Urheberrechtes gehört es nämlich, daß sie befristet sind und nach gewisser Zeit im Interesse der Allgemeinheit erlöschen. Aus ihrer Befristung folgt von selbst die Ausschließlichkeit dieser Rechte, da es widersinnig wäre, das Patent- und Urheberrecht nur befristet zu erteilen, das Recht an einer nicht patentierten Konstruktion hingegen, wie diskutiert worden ist<sup>2</sup>, unbefristet. So daß also die beiden Sondergesetze nicht bloß Ausschlußrechte gewäh-

---

<sup>2</sup> Vgl. *Leyer* in SJZ 1953 S. 369 ff.

ren, sondern unzweifelhaft selbst in der Materie ein Ausschlußrecht besitzen, d.h. die Materie (das Gesamtproblem des Schutzes technischen und künstlerischen Schaffens) ausschließlich und abschließend regeln. Es kann nicht durch das Wettbewerbsrecht ein Schutz geschaffen werden, wo ihn das Patentrecht versagt hat<sup>3</sup>).

Diese ausschließliche und abschließende Stellung des Patent- und Urheberrechtsgesetzes (auch des Muster- und Modellschutzgesetzes) ist in verschiedenen Entscheiden verankert<sup>4</sup>), letztmals in einem Entscheid des Bundesgerichts in S. Levy/Hauri (BGE 79 II S.319) mit folgender Begründung:

«Ob eine technische Konstruktion geschützt ist, bestimmt sich ausschließlich nach den Sondervorschriften des Patentgesetzes. Ist die technische Konstruktion nicht geschützt – sei es weil mangels Erfindungscharakters ein Patentschutz überhaupt nicht in Betracht kam, sei es weil der Erfinder sich um den Schutz nicht beworben hat – oder ist sie wegen Ablaufs der vom Gesetz festgelegten Schutzdauer nicht mehr geschützt, so darf sie von jedem Dritten ausgeführt und selbst sklavisch nachgebaut werden. Denn sonst ergäbe sich auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht ein zeitlich unbegrenzter Monopolschutz, der durch das Patentrecht gerade ausgeschlossen werden sollte.»

Diese Überlegungen sind zweifelsfrei richtig. Patent- und Urheberrecht behandeln die Fragen der Monopolrechte auf Grund geistiger Leistungen derart scharf, klar und überlegen, daß sie ganz offensichtlich eine abschließende, nicht mit den viel unbestimmteren Sätzen des Wettbewerbsrechtes vermengbare Regelung darstellen. Auch eine kumulative Anwendung des Wettbewerbsgesetzes wird nicht in Frage kommen. Eine Patentverletzung ist, soweit nicht zusätzliche Tatbestandselemente hinzutreten<sup>5</sup> eine Patentverletzung, und nicht mehr; also nicht etwa, wenn dem Verletzten damit besser gedient sein sollte<sup>6</sup>, auch noch unlauterer Wettbewerb<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Vgl. *Troller*, Der schweiz. gewerbl. Rechtsschutz, S. 204; *R. Blum*, Schutz der Immaterialgüter vor sklavischer Nachahmung auf technischem Gebiet, 1947, S. 72 ff.; bezüglich der ähnlichen Situation in Deutschland: *H. Jsay*, Kommentar zum Patentgesetz, 1929, N. 79 zu § 1; *Spengler*, Gesetzesüberschneidungen im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1950 S. 555; ferner den Artikel des Verfassers in SJZ 1955 S. 273 ff., der eine Ergänzung und Vertiefung dieser kurzen Ausführungen bildet und auf den ausdrücklich verwiesen wird.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 54 II S. 56, 57 II S. 457, 79 II S. 319, BIZR 38 Nr. 6.

<sup>5</sup> Z.B. wenn der Nachbauer über das Technische hinaus auch die Ausstattung kopiert.

<sup>6</sup> Beispielsweise weil zwar das Wettbewerbsgesetz (Art. 2 lit. e), nicht aber das Patentgesetz einen Genußtuungsanspruch gewährt, vgl. *Weidlich* und *Blum* S. 419.

<sup>7</sup> *A. M. Troller*, a. a. O. S. 212.

### Markenrecht

Hier ist die Situation offenbar anders. Das Recht an der Marke unterliegt gleich wie die aus dem Wettbewerbsrecht abgeleiteten Rechte grundsätzlich keiner zeitlichen Beschränkung. Es besteht also nach dieser Richtung zwischen den beiden Rechtsgebieten Übereinstimmung, so daß die zwingenden Gründe, welche eine Vermengung von patent- bzw. urheberrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Gedanken ausschließen, hier nicht bestehen. Ferner ist das Ziel des Markenrechtes, zu unterscheiden und zu individualisieren, die Kehrseite eines der wichtigsten Ziele des Wettbewerbsrechtes: Verwechslungen und Verwirrungen im Geschäftsverkehr zu unterbinden. Es sind also in beiden Gesetzen ähnliche und verwandte Gedanken wirksam, und es liegt daher nahe, die beiden Gesetze in ein Verhältnis des Ergänzens und Verstärkens zu bringen. Ob man soweit gehen will, das «Warenzeichenrecht nur als einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, nämlich nur als eine Regelung desselben auf dem besonderen Gebiet der Warenbezeichnungen» zu betrachten<sup>8</sup>, braucht hier nicht entschieden zu werden. Sicher ist jedenfalls, daß zwischen den beiden Gesetzen eine starke Bindung und Verwandtschaft besteht, die denn auch von der Rechtsprechung in bestimmten Situationen berücksichtigt worden ist.

Daneben finden sich aber auch Fälle, in denen das Wettbewerbsrecht ausgeschlossen geblieben ist. Im einzelnen hat sich die Rechtsprechung weniger von strengen Richtlinien als vielmehr von ihrer freien, sachlichen Erwägung leiten lassen. Das Verhältnis des Markenrechtes zum Wettbewerbsrecht ist damit Gegenstand einer eigentlichen Gesetzesauslegung geworden. Einige Beispiele sollen dies zeigen.

Im Jahre 1932 gelangte der Fall «Tilsitiner» vor das Bundesgericht (BGE 59 II S. 78 ff.). Die Fa. Gebr. Wettstein AG. hatte für einen tilsiterähnlichen Schachtelkäse die Marke «Tilsitiner» eintragen lassen. Die gleiche Bezeichnung verwendete in der Folge auch die EPA AG. für einen Schachtelkäse. Die Gebr. Wettstein klagten auf Unterlassung. Das Bundesgericht verneinte wegen ihres Charakters als Beschaffenheitsbezeichnung die Schutzfähigkeit der Marke «Tilsitiner» und verweigerte der Bezeichnung gleichzeitig den wettbewerbsrechtlichen Schutz: «denn sonst würde der dem Art. 3 Abs. 2 MSchG zugrunde liegende Zweck geradezu vereitelt, wonach niemand Zeichen, die als Gemeingut anzusehen sind, sich als Sonderzeichen soll aneignen können».

---

<sup>8</sup> Vgl. R. Callmann, Kommentar zum deutschen Wettbewerbsgesetz, 1932, S. 67.

Also aus einer sehr klaren, einleuchtenden Überlegung heraus, um nämlich einen inneren Widerspruch zu vermeiden, lehnte das Bundesgericht eine Ergänzung des Markenrechtes durch das Wettbewerbsrecht ab<sup>9</sup>.

Unter Umständen wird das Bundesgericht aber auch sehr ernsthaft an eine Ergänzung des Markenrechtes denken, wie z.B. der bekannte Entscheid «LUX/VITO – LUX» (PGE 72 II S.143) zeigt. Die Seifenfabrik Sunlight AG., Inhaberin der für Seifen und andere Waschmittel eingetragenen Marke «LUX» klagte gegen die Schweiz. Schmirgelscheibenfabrik AG., welche die Marke «VITO-LUX» für Schleif- und Polierprodukte hatte eintragen lassen. Vor Bundesgericht klagte die Sunlight AG., weil die Warengleichheit fehlte, nicht mehr auf Grund des Markenrechtes, sondern nur noch gestützt auf ihre Persönlichkeitsrechte und das Wettbewerbsrecht. Das Bundesgericht wies zwar ab, weil es den Bestand eines eigentlichen Individualrechtes, wie es etwa an den Marken «Salamander», «Odol», «Osram», «Agfa», «Gillette» bestehen mag, verneinte, gab aber doch zu verstehen, daß es absolut wirkende Persönlichkeitsrechte an Marken nicht von vorneherein ablehnt. Gleich wie das Handelsgericht des Kantons Bern in S.«Therma» (Entscheid vom 2. Juli 1947, vgl. v. Steiger in Jahrgang 1948 Heft 2 dieser Mitteilungen) hat es sich damit für die Möglichkeit einer außerordentlich weitgehenden Ergänzung und Erweiterung des Markenrechtes über die Grenzen der Warengleichheit hinaus (Art. 6 MSchG), d.h. für die Anerkennung von Marken mit sog. erhöhter Verkehrsgeltung ausgesprochen<sup>10</sup>.

Daß dabei nicht wettbewerbs- sondern persönlichkeitsrechtliche Momente herangezogen wurden, ist von sekundärer Bedeutung, da es sich dabei mehr um eine Sache der Worte handelt und jedenfalls, was für das Patent- und Urheberrecht undenkbar wäre, eine entscheidende Erweiterung des markenrechtlichen Schutzbereiches auf Grund nicht markenrechtlicher Bestimmungen ins Auge gefaßt wurde.

Auch darin zeigen sich im übrigen die nahen Beziehungen des Marken- und des Wettbewerbsrechtes, daß zwar nicht früher, wohl aber neuerdings Verletzungen des Markenrechtes auch als wettbewerbsrechtliche Tatbestände betrachtet werden. So beispielsweise in dem Fall «Scandale/Sandal» (BGE 79 II S.219), in welchem das Bundesgericht

---

<sup>9</sup> Ähnlich neuestens BGE 80 II S. 171 ff. («Clix/Clip»).

<sup>10</sup> Das Problem des Schutzes von Marken mit erhöhter Verkehrsgeltung ist somit ein Ausschnitt aus den Fragen, die sich in bezug auf die Möglichkeit einer Ergänzung des Warenzeichenrechtes durch andere Normen stellen.

kumulativ die Normen des Markenrechtes und des Wettbewerbsrechtes zur Anwendung gebracht hat<sup>11</sup>.

### Firmenrecht

Hier findet sich die stärkste Bindung an das Wettbewerbsrecht. Während das Patent- und Urheberrecht sich völlige Unabhängigkeit bewahren konnten, beim Markenrecht bereits eine gewisse Verstärkung und Erweiterung durch fremde Normen zu beobachten ist, stellt das Firmenrecht auf der ganzen Linie dem weitergehenden Gedankengut des Wettbewerbsrechtes offen<sup>12</sup>.

Am stärksten zeigt sich dies dort, wo es um die Frage der abschließenden oder nicht abschließenden Geltung des Firmenrechtes geht. Die Praxis hat sich durchwegs für die Nichtausschließlichkeit der firmenrechtlichen Bestimmungen entschieden und damit das Wettbewerbsrecht zur beherrschenden Norm des Firmenrechtes erhoben.

Es ist mit anderen Worten die Zulässigkeit einer Firmenführung nicht allein nach Firmenrecht, sondern auch nach Wettbewerbsrecht beurteilt worden. Nur diejenige Firma geht in Ordnung, die dem Firmenrecht *und* dem Wettbewerbsrecht entspricht. Auf diese Weise haben mehrfach Firmen, die firmenrechtlich nicht beanstandbar gewesen wären, weichen oder sich Einschränkungen gefallen lassen müssen<sup>13</sup>.

Besonders wirkungsvoll war die Rechtsprechung da, wo wegen Gleichnamigkeit der Firmeninhaber Kollisionen entstanden waren<sup>14</sup>. Nach Art. 945 OR ist der Einzelkaufmann verpflichtet, den wesentlichen Inhalt seiner Firma mit oder ohne Vornamen zu bilden. Ähnlich ist nach Art. 947 die Regelung für die Kollektivgesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft brauchen die Aktionäre gemäß Art. 950 zwar nicht, dürfen aber in der Firma figurieren. In recht zahlreichen Fällen hat das Bundesgericht diese firmenrechtlichen Bestimmungen, welche die Führung des eigenen Namens vorschreiben oder gestatten, übergangen und das Recht, den eigenen Namen zu führen, auf Grund des Wettbewerbsrechtes eingeschränkt.

---

<sup>11</sup> Vgl. auch *Troller*, a. a. O. S. 212, und neuestens den BGE «Appenzeller Alpenbitter»/«Berggeist-Bitter» in «Neue Zürcher Zeitung» vom 14. 6. 1955 Nr. 1588.

<sup>12</sup> Vgl. *E. His*, Kommentar zu Art. 927–964 OR, 1940 N. 58/68 zu Art. 956.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 40 II S. 127, 40 II S. 601, 74 II S. 235, 79 II S. 182.

<sup>14</sup> Vgl. im näheren *v. Büren*, Über die Beschränkungen des Rechtes, den eigenen Namen zu gebrauchen, SJZ 1948, S. 65 ff., wo auch die ausländische Rechtsprechung berücksichtigt ist.

Am kräftigsten wurde entschieden, wenn es sich um eigentliche Namensschiebungen handelte.

In BGE 30 I S. 123 ff. sah sich die chemische Fabrik «von Heyden AG.» einer ebenfalls auf chemischem Gebiet arbeitenden Neugründung «Heyden & Cie.» gegenüber, wobei die neue Firma nach einer Frau Klara Heyden gebildet war, die mit dem Geschäft weder durch Kapital noch Arbeit ernsthaft verbunden war.

In BGE 37 II S. 370 ff. hatte man es auf die Kundschaft des Uhrenhauses «H. Moser & Cie.» abgesehen und benützte einen Jean André Moser zur Bildung einer Firma und Marke «J.A. Moser & Cie.».

In BGE 40 II S. 127 ff. wurde die Fa. «Eduard Küenzi, Schuhmacherwerkzeugfabrikation, Bern» durch die schieberhafte Neugründung «Küenzi & Cie.» verletzt.

Gegen 300 Franken jährlich ließ sich schließlich ein Giuseppe Carlo Pedroni zur Gründung einer Tabak- und Zigarrenfirma «Giuseppe Carlo Pedroni» gewinnen, welche in Konkurrenz gegen die altbekannte Tabakfirma gleichen Namens ihre Zigarren ebenfalls als «Pedroni» zu verkaufen begann (BGE 50 I S. 318 ff.).

In allen diesen Fällen griff das Bundesgericht energisch durch und untersagte die Firmenführung.

Aber auch da, wo keine Schiebungen vorlagen, ist das Recht der freien Namensführung in Einzelfällen beschränkt worden. So im Falle «Lindt»<sup>15</sup>. In Zürich bestand die altrenommierte Schokoladenfabrik «Lindt & Sprüngli» mit den Brüdern Rod. Lindt und August Lindt als Hauptinhabern. Im Jahre 1906 trat August Lindt aus der Firma aus und gründete zusammen mit Walter Lindt eine Schokoladenfabrik «A. u. W. Lindt». Die Fa. «Lindt & Sprüngli» verlangte, A. u. W. Lindt seien zu verurteilen, ihre Schokolade als «Nicht-Original-Lindt-Schokolade» zu kennzeichnen. Der Appellationshof des Kantons Bern schützte das Begehren und verurteilte die Beklagten, auf allen ihren Waren, in allen ihren Preislisten, Inseraten und Mitteilungen den Hinweis anzubringen:

«Diese Schokolade ist nicht die Original-Lindt-Schokolade  
Ce chocolat n'est pas le Lindt-Original  
Not connected with the original Lindt».

Ebenso scharf wurde in einem Fall aus neuerer Zeit (BGE 79 II S. 182 ff.) entschieden. In Zürich besteht seit 1920 die im Handel mit

---

<sup>15</sup> Der Entscheid ist wiedergegeben in «Markenschutz und Wettbewerb» 1927/28 S. 362 ff.

Dentalprodukten sehr bekannte «Gebr. de Trey, Aktiengesellschaft». Hauptaktionäre waren ein Emmanuel de Trey und ein Maurice de Trey. 1935 trat Emmanuel de Trey aus der Firma aus und gründete, zusammen mit seinem Sohn André de Trey, 1950 die Aktiengesellschaft «Laboratoire de Trey S.A.» mit Sitz in Genf, die sich ebenfalls dem Handel mit Dentalprodukten widmete. Als die «Gebr. de Trey, Aktiengesellschaft» auf Löschung dieser Firmenbezeichnung klagte, wurde diese freiwillig geändert in «Laboratoire André de Trey S.A., Genève».

Firmenrechtlich ließ sich gegen die Firma «Laboratoire André de Trey, Genève» nichts einwenden. Sie entsprach den Erfordernissen der Firmenwahrheit und auch den sonstigen Vorschriften des Firmenrechts (Art. 950/51). Insbesondere bestand, wie das Bundesgericht ausdrücklich festhielt, eine genügende Unterscheidbarkeit gegenüber der klägerischen Firmenbezeichnung.

Hingegen gestattete das Bundesgericht es nicht, ausgerechnet unter dem Namen de Trey ebenfalls den Handel mit Dentalprodukten zu betreiben. Diese Konkurrenzierung unter ähnlicher Flagge verurteilte es als wettbewerbswidrig, und in diesem Sinne untersagte es die Weiterführung der Firma «Laboratoire André de Trey, Genève» auf Grund des Wettbewerbsgesetzes<sup>16</sup>.

Aber auch in anderen Situationen hat die Praxis mit Hilfe des Wettbewerbsrechtes in das Firmenrecht eingegriffen und firmenrechtlich einwandfrei gebildete Geschäftsfirmen zu Einschränkungen oder zur Löschung verurteilt. So mußte auf Klage der «Schraubenfabrik Loretto AG.» die «Schraubenfabrik Solothurn» weichen, weil die Klägerin im Geschäftsgebrauch kurz als «Schraubenfabrik Solothurn» bezeichnet wurde und sich daher Verwechslungsgefahr ergab (BGE 40 II S.601). Gewisse Einschränkungen mußte auf Klage der «Wollenhof AG.» auch die Fa. «Meyer-Munzinger, Wollenhof» auf sich nehmen (BGE 74 II S.235), obwohl auch hier firmenrechtlich keine Mängel bestanden. In anderen Fällen, z.B. BIZR 1946 Nr. 104 (Gummi Maag/Gummi Hug) wurde die Verwechslungsgefahr verneint, die Berufung auf das Wettbewerbsrecht also verweigert, nie aber die grundsätzliche Überlagerung des Firmenrechtes durch das Wettbewerbsrecht in Zweifel gezogen.

3. Folgende Grade in den Beziehungen zwischen den Sondergesetzen und dem Wettbewerbsrecht scheinen sich also feststellen zu lassen.

---

<sup>16</sup> Vgl. ferner BGE 47 II S.64 (*Studer*), BGE 70 II S.182 (*Pernod*), 73 II S.110 (*Endreß*), in welchen Entscheiden ebenfalls in der einen oder anderen Weise das Recht der freien Namensführung eingeschränkt wurde.

- a) Die Sondergesetze urheberrechtlichen Charakters, d.h. Patent-, Urheberrechts- und Musterschutzgesetz besitzen gegenüber dem Wettbewerbsrecht in Theorie und Praxis volle Unabhängigkeit. Es ist keinerlei Ergänzung oder Verstärkung der einen Gesetze durch das andere festzustellen.
- b) Das Markenschutzgesetz steht bereits im Zeichen einer deutlich erkennbaren, namentlich an der grundsätzlichen Anerkennung von Marken mit erhöhter Verkehrsgeltung nachweisbaren Tendenz, hier und dort durch fremde Normen eine Ergänzung und Verstärkung zu finden.
- c) Das Firmenrecht schließlich ist dem Wettbewerbsrecht völlig untergeordnet. Das Wettbewerbsrecht ist hier herrschende Norm und führt zu einer freien Erweiterung und Verstärkung des bloß firmenrechtlichen Schutzes.

### *Résumé*

La question de savoir si et jusqu'à quel point la loi sur la concurrence déloyale est appelée à compléter et à renforcer les lois spéciales (lois sur les brevets d'invention, sur le droit d'auteur, sur les marques de fabrique et de commerce) est déterminante pour les limites de la protection des œuvres intellectuelles et techniques et a également une certaine influence sur la structure du droit relatif aux marques et aux raisons de commerce. Une étude de la jurisprudence permet de reconnaître les degrés suivants dans les relations entre les lois spéciales et la loi sur la concurrence déloyale:

a) Les lois sur les brevets d'invention et sur le droit d'auteur sont totalement indépendantes, en théorie et en pratique, de la loi sur la concurrence déloyale. On ne constate donc ici aucune loi de nature à compléter ou à renforcer une autre.

b) La loi sur la protection des marques de fabrique et de commerce accuse déjà une nette tendance à être complétée et renforcée en quelques points par des normes étrangères.

c) Enfin, le droit relatif aux raisons de commerce se montre entièrement subordonné à la loi sur la concurrence déloyale. Cette dernière est ici la norme déterminante, complétant et renforçant librement la seule protection donnée par le droit des raisons de commerce.

# Das Recht des Dirigenten und Solisten an der Interpretation des Musikwerkes

ALOIS TROLLER, LUZERN

## I.

... immer eilt

Den Sterblichen das ungeduldige Wort  
Voraus und läßt die Stunde des Gelingens  
Nicht unbetastet reifen.

Hölderlin läßt Empedokles eine Warnung sprechen, die uns heutige Juristen vor allem angeht und insbesondere dann, wenn wir gezwungen sind, unsere Schritte der Eile anzupassen, mit der die Technik neue Interessenlagen schafft.

Wir begreifen wohl das Drängen derjenigen, die uns ein musikalisches Werk erschließen und dafür ein gerechtes Entgelt erwarten. Doch sind die Leistungen des Komponisten, der ausübenden Künstler, der Hersteller von Schallplatten, des Rundfunks und des Films so mannigfaltig verweben, derart wesensverschieden und zugleich -verwandt, daß die bis anhin geförderten Erkenntnisse uns nicht alle Tatbestände bis zu ihrem Mittelpunkt erschlossen haben, daß sie uns auch nicht lehrten, in Anteilnahme an den Wünschen doch unbeteiligt die Regeln zu finden.

Das für die Gegenwart so charakteristische Hindrängen zum Gesetz, zum dokumentarisch festgelegten Erfolg bezeugt der Römer Entwurf für die staatsvertragliche Anerkennung der Nachbarrechte<sup>1</sup>. Die Gesetzes-

---

<sup>1</sup> Droit d'auteur 1951, S. 137: Text und Rapport Bodenhausen; Ufita 1954, S. 77 ff.; *Homburg* (Droit d'Auteur 1952, S. 134) stimmt dieser Arbeitsmethode zu: Die Römer Experten haben den Juristen vor den Kopf stoßen können, der gewohnt sei, nach sorgfältiger Analyse die Synthese vorzunehmen. Aber ihre Initiative sei durch die Notwendigkeit gerechtfertigt gewesen, lange akademische Debatten zu vermeiden und den Schutz der legitimen Interessen, die durch den technischen Fortschritt bedroht werden, möglichst bald zu verwirklichen.

reife war dadurch kundgetan, daß die einzelnen Staaten zur Stellungnahme aufgefordert wurden<sup>2</sup>. Die Association Littéraire et Artistique Internationale hatte einen guten Teil des Kongresses in Monte Carlo dem Römer Entwurf gewidmet und zuletzt auf vorsichtigen Rat hin die Probleme als ungerEIFt bezeichnet. Und jetzt, nachdem schon so viel über den Wortlaut des geplanten Staatsvertrages gesprochen und geschrieben war, rufen zwei maßgebende Urheberrechtler zum eingehenden Studium aller Grundlagen auf<sup>3</sup>. Sie stellen eine Reihe von bis anhin nicht beantworteten Fragen. Unter ihnen ist auch folgende: «Soll der Schutz sich auf alle Mitglieder eines Orchesters erstrecken, einer Truppe oder Equipe, ohne die Wichtigkeit der Rolle zu beachten, die jedem zugeteilt ist, oder nur auf die Leistung des Interpreten oder ausübenden Künstlers?» Dieses letzte Problem hat vor kurzem Vilbois gestreift, als er das neue tschechoslowakische Gesetz behandelte, das den nachbarrechtlichen Schutz in Art. 83 nur dem Solisten zuspricht. Vilbois deutete dies als Ausweg an<sup>4</sup>.

## II.

Von den im Romententwurf zusammengefaßten 3 Kategorien der Nachbarrechte der ausübenden Künstler, der Schallplattenhersteller und des Rundfunks werden hier nur die ausübenden Künstler und von ihnen nur die Musiker herausgehoben, um ihre Rechtsstellung zwar nicht abschließend zu behandeln, sie aber doch erneut kritisch zu betrachten. Man möchte glauben, die zahlreichen Studien, die seit Jahrzehnten über dieses Thema verfaßt wurden, hätten den Tatbestand in seine feinsten Fasern zerlegt, alle Interessenvarianten verfolgt, mit dem Maß der Ge-

---

<sup>2</sup> Zur Entwicklung der Debatten: *Dommange*, La doctrine française en matière de droits dits «voisins». (Revue Internationale du Droit d'Auteur [R.I.D.A.] VIII, 1955, S. 23 ff.; *R. Plaisant*, Vers la protection mondiale des «droits voisins» R.I.D.A. III, 1954, S. 75 ff.); *Peter*, Länderkritik des Romententwurfs (1951) zu einem internationalen Leistungsschutzabkommen, Ufita 1954, S. 343 ff.; *Desbois* und *de Sanctis*, Observations suggérées par l'avant-projet de Convention internationale relative à la protection des artistes interprètes aux exécuteurs, des fabricants de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion [Droit d'auteur 1954, S. 149 ff., 164 ff.]; *Baum*, Über den Rom-Entwurf zum Schutze der vortragenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und des Rundfunks, GRUR Ausl. 1953, S. 197 ff.; *Bramall*, A propos de l'avant-projet de Convention Internationale pour la protection des «droits voisins ou dérivés du droit d'auteur» (Droit d'Auteur 1952, S. 124 ff.)

<sup>3</sup> *Bogsch* und *Fisher*, Le droit d'auteur sera-t-il un tissu sans coutures ou un rapiéçage? (Droit d'Auteur 1955, S. 109 ff., 134 ff.).

<sup>4</sup> *Vilbois*, La nouvelle législation Tchecoslovaque, R.I.D.A., VII, 1955, S. 61.

rechtigkeit die einzelnen Erscheinungen und das Ganze gewogen, so daß nur noch die Wahl zwischen den verschiedenen gutfundierten und nicht mehr verrückbaren Standpunkten bleibe<sup>5</sup>. Nachdem jedoch Bogsch und Fisher auch die Musikinterpreten in ihre Fragen einbezogen haben, nachdem ein hervorragender Kenner des Urheberrechts wie Hirsch-Ballin in diesem Zusammenhang den Sachverhalt als zu wenig geklärt sieht<sup>6</sup>, mag ein abermaliges von Forscherneugierde getriebenes Eindringen in den Problembereich gerechtfertigt sein. Dabei wird nur eine bis anhin im Disput um das Romprojekt vernachlässigte Einzelheit herausgegriffen: Das Verhältnis der Musikinterpreten, der Dirigenten und Solisten zum vorgelegten Werk. Zuerst ist ihre Leistung vorzustellen. Hernach wird sie neben diejenige der andern ausübenden Musiker gesetzt. Diese Unterscheidung wurde zu wenig beachtet; man sprach im Zusammenhang mit dem Romentwurf von der Leistung des ausübenden Künstlers im gesamten und schloß in diese Kategorie ein: «Dirigenten, Musiker, Sänger, Regisseure, Schauspieler, Sprecher und Tänzer»<sup>7</sup>. Es wird, um die nachfolgenden Darlegungen richtig zu verstehen, betont, daß nach der hier vorgetragenen Meinung, der Dirigent und die Solisten das Werk interpretieren, geistig gestalten, nicht aber das Orchester oder der Chor. Derart eingeschränkt wird die Frage erneut gestellt, ob der ausübende Künstler als Musikinterpret im urheberrechtlichen Sinne ein Werk schaffe oder ob das Ergebnis seiner Leistung zwar durchaus anerkanntswert, kulturell wichtig, auch ästhetischer Natur, aber dennoch kein Kunstwerk sei.

### III.

Vor zwei Jahren schrieb Moll: «Die vereinzelt Stimmen, die in der Leistung des ausübenden Künstlers urheberrechtlich bedeutsames Werk-

---

<sup>5</sup> *Haensel* (Die «Verwandten Schutzrechte» im Referentenentwurf, Ufita 1954, S.20) sagt über die Literatur zum Leistungsschutz: «Im Jahre 1930 erfand Bruno Marwitz den «Künstlerschutz». Die Inflation des Urheberrechts begann, ebensowenig aufzuhalten wie die einer Währung. Die Doktoranden griffen das Thema auf, die Wissenschaftler wetteiferten mit ihren Adepten.»

Hier werden aus der großen Zahl der Aufsätze nur einige, insbesondere die neulich erschienenen zitiert. Für weiteres Studium wird auf die in den hier berücksichtigten Arbeiten angeführten Studien verwiesen, insbesondere auf die Bibliographie in der Dissertation und den Aufsätzen von *Moll*.

<sup>6</sup> *Hirsch-Ballin*, «Verwandte Schutzrechte», Ufita 1954, S. 319 ff.

<sup>7</sup> *Moll*, Die Rechte der ausübenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und der Rundspruchorganisationen, Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1953, S. 19.

schaffen erblicken wollen, das die Gewährung eines Urheberrechtes zweiter Hand zur Folge haben müßte, sind seit geraumer Zeit verstummt<sup>8</sup>.» Nur ein Jahr später zog Hirsch-Ballin aus 1953 und 1954 erschienenen Werken folgenden Schluß: «...zumal die moderne verfeinerte Auffassung die Urheberereignis des ausübenden Künstlers im Grund bejaht<sup>9</sup>.»

Wie sind diese zwei widersprechenden Urteile zu erklären? Haben die Anhänger der einen oder andern Theorie das Wesen der Interpretationsleistung, somit den Tatbestand verschieden erfaßt, haben sie den juristischen Begriff des Werkes nicht gleich verwendet oder haben sie im urheberrechtlichen Grenzgebiet mit terminologischen Feinheiten die natürliche Trennungslinie verschoben, um dem rechtspolitischen Ziel näher zu kommen? Prüfen wir nun die Aussagen darüber, was durch die Interpretation am vorgetragenen Werk geschieht.

In Anlehnung an Elster trug Moll in seiner Dissertation vor: «Von urheberrechtlichen Gesichtspunkten aus betrachtet wird weder eine neue Formgebung geschaffen, noch eine solche abgeändert, sondern lediglich eine bereits vorliegende akustisch oder optisch wahrnehmbar gemacht eben durch Dazwischenschaltung der eigenpersönlichen Leistung des Wiedergebenden, die sich nur auf das Ausdrucksmittel des interpretierten Werkes auswirkt und die Form unberührt läßt»<sup>10</sup>. Diese scheue Zurückhaltung gegenüber der Leistung des Interpreten hat Moll in einem späteren Aufsatz überwunden: «Erst in der Interpretation des ausübenden Künstlers wird ja das musikalische Werk als akustisches Phänomen lebendig, wobei die ganze Persönlichkeit des Interpreten in unzähligen, unverfolgbaren Einzelheiten zur Geltung kommt, so daß wir beim Anhören einer Schallplatte nicht nur ohne weiteres das gespielte Stück als das Werk eines bestimmten Komponisten erkennen, sondern ebenso deutlich den Interpreten identifizieren können.» Moll läßt durch Ernst Roth (Vom Vergänglichen in der Musik) seine Auffassung bekräftigen: «... Ich kann, je nach meiner eigenen seelischen Verfassung, die Appassionata einmal stürmischer und einmal elegischer spielen: sie wird immer Beethovens Appassionata bleiben und in einer bestimmten Rücksicht doch auch die meine sein. Ein Ding wie Beethovens Appassionata schlechthin gibt es eben nicht... Es ist die lebendige Persönlichkeit des Nachschaffen-

---

<sup>8</sup> Moll, Die Rechte, S. 20.

<sup>9</sup> Hirsch-Ballin, «Verwandte Schutzrechte», S. 323.

<sup>10</sup> Moll, Der Quasi-Urheberrechtliche Leistungsschutz, Diss. Basel 1948, Maschenschrift, S. 142. Er verweist auf Elster, Arch. Funk VI. 79 ff. und in Ufita XIV. 66 f.

den, die das musikalische Werk für die Dauer seiner akustischen Existenz leben macht.» Moll fügt hinzu: «Die Leistung des ausübenden Künstlers ist eine Leistung an einem Werk, eine Leistung, die den Stempel seiner künstlerischen Persönlichkeit trägt und für unser Kunstleben von ebenso eminenten Bedeutung ist wie das interpretierte Werk selbst.» Überraschend greift er dann doch wieder die in der Dissertation geäußerte Meinung auf<sup>11</sup>. Ulmer unterscheidet zwischen der Improvisation, die ein bearbeitetes Werk entstehen läßt und der Wiedergabe: «Hält sich dagegen der ausübende Künstler an das Werk und schöpft er nur die Möglichkeit aus, das Werk zu deuten und ihm durch sein Künstlertum Gestalt zu verleihen, so ist seine Leistung Offenbarung eines fremden Werkes, aber nicht ein eigenes Werk, das seinerseits der Wiedergabe fähig ist. Hier verläuft eine Grenzlinie, die für das Urheberrecht zwingend ist. Es ist die Grenze zwischen werktreuer Wiedergabe und Bearbeitung. Sie darf nicht verwischt werden.» Und er macht Pfitzners Autorität geltend: «An einem Geschaffenen kann nicht noch einmal der Vorgang des Schaffens bewerkstelligt werden. Der schöpferische Interpret ist ein Widerspruch in sich selbst<sup>12</sup>.» Haensel erinnert ebenfalls an Pfitzners Ansicht und sagt zur Novelle von 1910 zum DLUG: «Damit war die Sünde wider den Heiligen Geist des Urheberrechts begangen, auch ohne eine schöpferische Leistung wurde ein Quasi-Urheberrecht verliehen, gegen die Auffassung Hans Pfitzners ...» Er zitiert auch Hoffmann: «Die Leistung des nachschaffenden Künstlers ist nicht die eigene persönliche Formung von etwas Ungeformten sondern die, wenn auch eigenpersönliche Formung eines bereits vorliegenden Werkes eines andern, die nur durch dieses und an diesem verständlich wird.» Haensel verweist ferner darauf, daß Osterrieth 1909 in der Festschrift zu Kohler die Ansicht vertrat, man könne in einem persönlichen Vortrag eines Musikwerks doch auch ein Werk der Tonkunst sehen, das eine durch das Mittel der Töne objektivierte individuelle, künstlerische Leistung in sich schließe. Kohler, der zuvor gegenteiliger Meinung gewesen sei, habe diese Auffassung übernommen<sup>13</sup>. Ähnlich wie die genannten Autoren äußert sich de Sanctis: «Die persönlichen Leistungen der ausübenden Künstler, selbst wenn sie einen künst-

---

<sup>11</sup> Moll, Leistung, Schutzbedürfnis und Recht des ausübenden Künstlers, Schweizerische Mitteilungen, 1952, S. 72 ff.; Hinweis auf Roth, Vom Vergänglichem in der Musik, Zürich/Freiburg i. Br. 1949, S. 52 f.; ebenso Moll, Die Rechte, S. 19 f.

<sup>12</sup> Ulmer, Urheber und Verlagsrecht, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1951, S. 100 f; Pfitzner, Werk und Wiedergabe 1929, S. 20 f.

<sup>13</sup> Haensel, Die «Verwandten Schutzrechte», S. 19 f. Verweist auf: Festschrift für Kohler, 1909, S. 411; GRUR 1909, S. 231; GRUR 1930, S. 1214.

lerischen Wert besitzen, der dem dargestellten Werk weit überlegen ist, bringen keine ursprüngliche Schöpfung von Gedanken, Tatsachen und Empfindungen zur Entstehung, weder im Rahmen ursprünglicher noch im Rahmen abgeleiteter Werke, weil sie in der Darstellung und Aufführung einer Schöpfung bestehen, die in der Form bereits konkretisiert und in ihren immateriellen Elementen abgeschlossen vorliegt. Die gleiche Situation ist dann gegeben, wenn die Mitwirkung des ausübenden Künstlers unerlässlich ist, wie bei Werken der Tonkunst, um in den Dritten die entsprechende ästhetische Emotion auszulösen<sup>14</sup>.» Baum hatte die individuelle geistige Leistung des Dirigenten hervorgehoben, indem er dessen Einfluß auf die Wiedergabe des Werkes durch das Orchester genau analysierte; seine profunde Kenntnis der Musik und der Vortragsprobleme ließen ihn das Thema reichlich ausschöpfen<sup>15</sup>. Ihm hielt von Erffa entgegen, er mache den Künstler zum Urheber, diese Stellung komme ihm nicht zu, weil er nicht eine Schöpfung persönlicher Prägung hervorbringe, sondern das Werk eines andern belebe<sup>16</sup>. Baum erwiderte: «... eine individuelle geistige Leistung» genüge nicht, das urheberrechtlich zu schützende Werk müsse eine «eigentümliche geistige Schöpfung» sein<sup>17</sup>. Mit welcher feinen Maßstab gewogen wird, zeigen Desbois und de Sanctis: «Est-ce à dire que les acteurs et les artistes ne réalisent aucun apport qui porte l’empreinte de leur personnalité? Il serait vain et ridicule de leur refuser un tel témoignage d’estime, car, même dans le cas extrême où l’auteur impose une conception rigide des rôles ou de l’interprétation musicale, encore faut-il reconnaître à l’interprète le mérite d’exécuter les consignes intransigeantes qui lui seraient données et, pour y parvenir, de choisir les moyens qui lui paraissent le mieux appropriés. De là, maintes difficultés à vaincre, autant de choix à accomplir, qui donnent à sa personnalité l’occasion de se manifester dans le développement de l’activité la plus subordonnée son intervention réalise le destin de l’œuvre dramatique ou musicale, qui a été créée pour être interprétée. Mais, de toute évidence, l’interprétation ne se confond pas avec la création. Un acteur «créé un rôle»; il n’intervient pas comme tel dans l’élaboration de l’œuvre. C’est pourquoi son apport n’a rien de commun avec celui d’un traducteur – c’est-à-dire de l’auteur d’une œuvre dérivée – précisément

---

<sup>14</sup> *de Sanctis*, Die «Benachbarten Rechte», Ufita 1955, S. 34.

<sup>15</sup> *Baum*, Über den Schutz des vortragenden Künstlers de lege lata (§ 2 Abs. 2 LUG) und de lege ferenda, GRUR 1951, S. 372 ff.

<sup>16</sup> *v. Erffa*, Einiges zum Recht des ausübenden Musikers, GRUR 1952, S. 334 ff.

<sup>17</sup> *Baum*, Zum Recht des ausübenden Musikers, GRUR 1952, S. 560.

parce que l'interprétation s'applique à une œuvre achevée, prise telle quelle, loin de réaliser une œuvre seconde, déduite d'une création pré-existante», «créateur d'une interprétation, non de l'œuvre interprétée<sup>18</sup>.» R. Plaisant ist nahe daran, dem Interpreten zuzugestehen, daß er ein Werk der Kunst schaffe, doch lehnt auch er dies ab und zwar zum Teil mit einer neuen Begründung<sup>19</sup>: «Le traducteur est lié au texte plus étroitement que l'exécutant à l'œuvre; il bénéficie cependant d'un domaine propre en lequel, par principe, il jouit de l'indépendance celui de la traduction proprement dite, de la transposition d'une langue dans une autre langue. L'exécutant ne transpose pas, il exprime en employant le moyen prévu par l'auteur lui-même.» «L'exécution n'est pas à proprement parler une œuvre du fait qu'elle ne se sépare de l'exécutant que pour être fixée de façon désormais intangible par l'enregistrement. Cette séparation ne la rend donc pas indépendante de la personne de son créateur<sup>20</sup>.» Bei aller Anerkennung der eigenpersönlichen Leistung des Interpreten weigert auch Sordelli sich, sie als Werk anzuerkennen; das Forschen nach dem individuellen und neuen Element einer Interpretation verlange eine ästhetische Untersuchung eines jeden Werkes, die der juristischen Ordnung fremd sei<sup>21</sup>. Den verschiedenen Autoren wurde das Wort so ausgiebig überlassen, weil ein Zusammenraffen ihrer Ansichten, mögen diese auch noch so ähnlich sein, doch wichtige Nuancen unterdrückt hätte. Auch wird bei der abgekürzten Wiedergabe so subtiler Überlegungen allzu leicht der Akzent verschoben. Deshalb möge der Leser Geduld haben und auch diejenigen anhören, die der Ansicht sind, der Interpret eines Musikwerkes sei der Urheber eines Geisteswerkes; es sind ohnehin nur wenige.

Desbois hatte sich zuvor anders geäußert als in der mit de Sanctis verfaßten Studie: «L'auteur et l'interprète sont donc l'un et l'autre des créateurs, mais l'objet de leurs créations diffère, puisque l'auteur a la paternité de l'œuvre et l'acteur ou l'exécutant celle de l'interprétation. Ils doivent être traités, dans leurs relations mutuelles, comme l'auteur

---

<sup>18</sup> Desbois und de Sanctis, Observations suggérées par l'avant-projet de Convention internationale relative à la protection des artistes interprètes ou exécutants, des fabricants de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Droit d'Auteur 1954, S.151.

<sup>19</sup> Hirsch-Ballin meint, materiell trete R. Plaisant doch für die Werkschöpfung ein, wenn er sie auch formell ablehne (a. a. O. Ufita 1954, S. 323, N. 18). Man kann aber die klaren Worte Plaisants wohl kaum derart umdeuten.

<sup>20</sup> R. Plaisant, Propriété Littéraire et Artistique, Paris 1954, Fasc. 5, N. 46.

<sup>21</sup> Sordelli, L'opera dell'ingegno, interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora, Milano 1954, S. 90 f.

d'une œuvre originale et le traducteur.» Er macht aber den Unterschied zwischen den Filmschauspielern und den Interpreten eines dramatischen oder musikalischen Werkes: «Les interprètes d'une œuvre dramatique et musicale consomment le destin de l'œuvre; ,les acteurs de l'écran' concourent à l'élaboration<sup>22</sup>.» Ähnliche Gedanken äußert Desbois auch in einem zweiten Werk: «A la vérité, les interprètes ont raison, lorsqu'ils revendiquent la qualité et les prérogatives d'auteur. Sans doute ils ne sont pas les collaborateurs des auteurs et des compositeurs, si bien qu'ils commettraient une confusion s'ils aspiraient au titre de co-auteurs; ils interviennent après l'achèvement de l'œuvre, pour en diffuser l'interprétation. Mais cette observation n'exclut pas la légitimité des revendications de l'acteur ou de l'artiste exécutant: l'un et l'autre sont des créateurs; il suffit, pour éviter tout malentendu, d'observer que l'acte de création s'applique, de la part de l'auteur, puis de l'interprète à un objet différent. L'auteur crée l'œuvre, l'artiste marque du sceau de sa personnalité l'interprétation. Le bon sens a, d'ailleurs, suggéré l'expression adéquate: l'interprète crée son rôle. Sans doute, l'auteur est son guide, son maître, mais alors qu'il accepte l'obéissance la plus scrupuleuse, il ne risque pas de déchoir en obéissant, car il lui incombe de tirer de son propre fond les moyens de réalisation, de choisir les modes d'expression appropriés. L'auteur et l'interprète de l'œuvre ont donc, par rapport à leurs créations respectives, la qualité d'auteur. Leurs relations sont analogues à celles qui s'instituent entre le traducteur et l'auteur de l'œuvre traduite. Et même, la comparaison s'achève à l'avantage des interprètes d'œuvres dramatiques ou musicales: si la traduction accroît le rayonnement de l'œuvre littéraire, en la rendant accessible à des étrangers, l'intervention de l'artiste parfait, consomme le destin des compositions dramatiques ou musicales.

Sur le plan juridique, cette analyse conduit, en logique comme en équité, à la proposition suivante: l'interprète exerce un droit exclusif sur son rôle, sur son interprétation et l'auteur sur l'œuvre elle-même.» «Ainsi, s'il est vrai de dire que les artistes sont les auxiliaires de la création artistique ou musicale en ce qu'ils achèvent le destin des œuvres destinées à l'exécution publique, ils sont les créateurs, les auteurs d'une contribution juridique au sens juridique du mot<sup>23</sup>.» Ist das interpretierte Werk geschützt, so besteht das Verhältnis zwischen dem Originalwerk und dem Werk zweiter Hand; ist seine Schutzfrist abgelaufen, soll nach

---

<sup>22</sup> Desbois, *Le droit d'auteur*, Paris 1950, S.235, N. 1, 236 f.

<sup>23</sup> Desbois, *La propriété littéraire et artistique*, Paris 1953, S. 152 f.

Desbois das Recht des Interpreten an seiner Interpretation bis 50 Jahre nach seinem Tode dauern. Lebhaft verteidigt Savatier die Schöpfung des Interpreten: «S'il y a eu des magistrats assez aveugles et sords pour déclarer, le 24 décembre 1940, que, «l'artiste n'ayant pas participé à l'élaboration de l'œuvre soutiendrait en vain que son interprétation doit être considérée comme une création au sens de la loi sur la propriété littéraire et artistique»; c'est qu'ils n'avaient de l'œuvre qu'une notion singulièrement rétrécie. Sans doute l'arrêtaient-ils à sa forme inerte, sans comprendre que c'est seulement par son incarnation que achèvera de se créer la pièce. Infiniment plus ouvert sur le monde actuel s'était montré le tribunal de la Seine, le 6 mars 1903, quand il avait affirmé que «la reproduction sonore n'appartient qu'à l'artiste, auquel elle a emprunté sa voix, qui lui est propre, son accent, et, pour ainsi dire, sa personnalité<sup>24</sup>.» Vilallonga faßt das Problem an der Stelle, die hernach als die entscheidende erkannt wird: «Certaines œuvres peuvent être complètement achevées par l'auteur proprement dit. Ainsi, le peintre ou le sculpteur peut donner à son œuvre la forme susceptible de provoquer l'émotion esthétique à laquelle tend toute œuvre artistique. Mais d'autres œuvres sont, à cet égard, laissées inachevées par le premier artisan. Tel est, par exemple, le cas de l'œuvre qui, incontestablement, intéresse le plus la radiophonie: l'œuvre musicale. Le compositeur de musique ne peut pas donner à son œuvre – du moins tant qu'il reste dans son rôle – la forme susceptible de produire sur le public l'émotion esthétique recherchée. A cet effet, le concours d'un autre artisan lui est absolument nécessaire: le concours de l'artiste – exécutant. Or, on ne saurait nier que l'apport de ce dernier à l'œuvre commune présente le caractère personnel et original qui détermine la création artistique protégée par la loi<sup>25</sup>.»

Diese Zitate enthalten genügend Ideen, um dem Problem von mehreren Seiten zu nahen und den Weg bis zum Mittelpunkt zu gehen, so daß nicht weitere Ansichten zu suchen sind. Alle Autoren sind darin einig, daß die Leistung des Interpreten den «Stempel seiner künstlerischen Persönlichkeit trägt», daß verschiedene ausübende Künstler dasselbe Werk völlig anders gestalten können. Mehrmals begegnen wir der Begründung, daß der Interpret nicht etwas Ungeformtes eigenpersönlich forme, sondern ein bereits vorliegendes Werk eigenpersönlich forme. Er

<sup>24</sup> Savatier, Le droit de l'art et des lettres, les travaux des muses dans les balances de la justice, Paris 1953, S. 138 ff.

<sup>25</sup> Villalonga, Rapport présenté au III<sup>e</sup> Congrès juridique international de TSF, Rome 1928, zitiert in Schorro, La protection de l'artiste interprète en droit Suisse, Thèse Fribourg 1952, S. 53 f.

erfülle zwar das Schicksal eines Werkes, doch sei er der Schöpfer einer Interpretation und nicht eines interpretierten Werkes. Die Interpretation könne von der Person des Interpreten nicht getrennt werden, auch wenn sie mechanisch fixiert sei. Die Befürworter des urheberrechtlichen Schutzes sind der Ansicht, das Werk des Komponisten sei ohne Interpretation nicht vollendet. Trotz der Fülle dieser Gedanken hat die Analyse verschiedene Elemente nicht ausgesondert.

#### IV.

Die Behauptung, der Interpret forme nicht das Werk, er gestalte die schon vollendete Komposition in eigenpersönlicher und daher von jeder andern verschiedenen Art, enthält einen ungeklärten Widerspruch.

Das Musikwerk ist geistiger Natur. Es entsteht und dauert unabhängig davon, ob es auch durch Töne mitgeteilt oder bloß in Noten niedergeschrieben wurde. Die Kenntnisnahme durch das Lesen der Noten lassen wir beiseite. Der Sinneseindruck beim Zuhören ist zugleich flüchtig und dauerhaft. Trotzdem die einzelnen Töne und Rhythmen nur einen Augenblick wahrgenommen werden, empfinden wir die Aufführung als einen ununterbrochenen klanglichen und rhythmischen Reiz, weil nicht nur die Erkenntnis der geistigen Eigenart, sondern auch diejenige der physischen Realisation mit der sinnlichen Aufnahme des Werkes in einem Zeitablauf vollzogen wird und dadurch zustande kommt, daß wir in der Erinnerung das Wahrgenommene zum geistigen Gesamtwerk und geschlossenem sinnlichen Klangbild zusammenfügen. Dabei lassen wir als Genießende das Geistige und Physische unausgeschrieben. Doch hier müssen wir diese beiden Komponenten des Werkerlebnisses trennen.

Die Klangschönheit als physisches Phänomen wird durch die Technik der Musiker und die Güte der Instrumente hervorgerufen. Sie ist den Solisten und Mitgliedern des Orchesters zu danken; der Dirigent kann sie mittelbar durch Weisungen spieltechnischer Art beeinflussen. Die physisch schöne Eigenart der Aufführung fügt dem geistigen Werke nichts hinzu. Sie läßt jedoch das Werk in besonderer, von einer andern Wiedergabe unterscheidbaren Weise strahlen, – so wie ein Gebäude oder eine Landschaft unabhängig von ihrem Eigenwesen und in diesem unberührt an der hellen Sonne teilhat und nur durch sie den vollen Reiz offenbart. Wie bedeutsam das klangsinliche Erlebnis ist, es trägt nur einen, wohl unbedeutenderen Teil der eigenpersönlichen Interpretation, die uns hinreißt und die Aufführungen desselben Werkes durch verschiedene Interpreten unterscheiden, einzelne unter ihnen bevorzugen läßt. Mag der

Zauber einer menschlichen Stimme, einer Violine, auch eines Orchesters ein selbständiger, beinahe vom Werk losgelöster Klangwert sein, so tritt er trotzdem hinter die eigentliche Interpretation zurück. Sonst vermöchten wir nicht zu erklären, weshalb dasselbe Werk vom gleichen Orchester gespielt so unverkennbar anders aufgeführt, das heißt aus der Notenschrift zum Klangerlebnis empor geführt wird, wenn der eine oder der andere Dirigent es in seiner Hand hält. Der Dirigent kann ja die Klangschönheit des Orchesterspiels nur zum Teil bewirken. Auch der Solist begeistert uns durch die vollendetste Technik nicht, wenn er sie zum Selbstzweck macht und sie nicht nur als Mittel verwendet, um das Werk geistig und klanglich gleich vollendet vorzustellen. Wenn also die physischen Vorzüge der Aufführung unsere Entscheidung nicht beherrschen, so muß sie der geistigen Eigenart der Interpretation unterworfen sein. Das bedeutet, daß diese das Werk geistig in persönlicher Art formt und zugleich die geistige Form sinnlich wahrnehmbar macht. Damit ist aber auch festgestellt, daß der Interpret ein geistiges Werk schafft. Mit dieser Erkenntnis dürfen wir uns jedoch nicht begnügen. Wir haben zu erklären, wie der Interpret, dessen größte Tugend die Werktreue ist, an der Komposition als geistigem Werk und nicht nur an deren physischen Wiedergabe seine persönliche Eigenart dartun kann. Und da haben wir zu dem Widerspruch zurückzukehren, daß der Komponist das Werk vollendet und daß der Interpret es dennoch geistig gestaltet ohne ihm untreu zu sein. Der Komponist hat das Werk in den zu wählenden Tönen und damit auch im Verhältnis der Töne festgelegt. Daran kann der ausübende Künstler seine Individualität nicht zum Ausdruck bringen. Ihm überlassen sind: die Behandlung der vorgeschriebenen Töne, die Wahl der Tempi im Rahmen der vom Komponisten gesetzten Zeichen, die Nuancen der Tonstärke, die Art, wie die Töne nebeneinander gesetzt und verbunden werden usw. Alle diese Einzelheiten gestaltet der Komponist beim Schaffen des Werkes ebenfalls; sie hört er geistig, sie teilt er beim Improvisieren oder beim Vorspielen seiner Komposition mit; sie sind von seiner Vorstellung des Werkes umfaßt. Doch mangeln ihm die Symbole (Noten, Worte, Buchstaben und die andern musikalischen Zeichen) um sie dem Interpreten bekannt zu geben. Im Gegensatz zu den Werken der bildenden Kunst und der Literatur (ausgenommen Bühnenwerke) fehlen in der Musik die dem Werk völlig adäquaten visuell wahrnehmbaren Mitteilungsträger. Die Noten und die andern konventionellen Zeichen erfassen immer nur einen, wenn auch den weitaus wichtigsten Teil des vom Komponisten geschaffenen Werkes, das er in seinem Geiste oder vielleicht auch im Vortrag vollendet hatte, das aber in dieser Vollendung

nicht schriftlich mitteilbar ist. Diesen in der Niederschrift verlorenen Teil des Werkes muß der Interpret aus seinem Geist, zwar im Banne des mitgeteilten Werkes, aber doch aus sich heraus ergänzen, er muß ihn schöpferisch gestalten. Er tritt dabei an die Stelle des Komponisten, weil er dem in Noten festgehaltenen Werk noch das zufügt, was ihm der Komponist nach seiner Art zugedacht hatte, das er aber in der Notenschrift nicht auszudrücken vermochte. An dieser geistig schöpferischen Aufgabe des Interpretieren sind all die vorzitierten Autoren achtlos vorbeigegangen, wenn sie lehren, die Interpretation bestehe in der Darstellung und Ausführung einer Schöpfung, die in der Form bereits konkretisiert und in ihren materiellen Teilen abgeschlossen vorliege. Auch Pfitzner hat nur das in seinem Geist vollendete Werk geschaut und die lückenhafte Mitteilungsform nicht bedacht, als er sagte, an einem Geschaffenen könne nicht noch einmal der Vorgang des Schaffens bewerkstelligt werden, der schöpferische Interpret sei ein Widerspruch in sich selbst. Und wenn diese Autoren meinten, der Interpret schaffe eine Rolle, er schaffe die Interpretation, aber nicht ein Werk, so haben sie sich mit dem Begriff der Interpretation begnügt, ohne diese zu analysieren. Sordelli, der an diesem Punkte anhält, weil der Jurist sich nicht in diese ästhetische Untersuchung einzumischen habe, kann nicht zugestimmt werden. Der Tatbestand ist zu erforschen, um das ihm angepaßte Recht zu finden. Die eigenpersönliche Leistung, die das Werk so völlig anders erleben läßt, kann nur geistiger Art sein, kann sich nur durch die Mittel äußern, mit denen der Komponist sein Werk zum Teil schafft. Alle diejenigen, die dem Interpretieren die schöpferische Leistung absprechen, haben das Phänomen nicht erklärt, weshalb die schönste Komposition, die Note um Note getreulich auf eine Musikwalze übertragen wird, dem Hörer unerträglich ist. Doch nur deshalb, weil der verlorengegangene Teil, der die Ausdrucksmittel einschließt, fehlt. Und möchte man behaupten, obgleich das sicher unrichtig ist, der Solist gebe der Interpretation die seinem Spiel zuerkannte Eigenart nur deshalb, weil er über eine besondere Technik verfüge, weil er das Instrument vollendet erklingen lasse, so ist eine solche Erklärung für das Werk des Dirigenten untauglich. Seine Ausdrucksmittel sind geistiger Art; er arbeitet mit den von ihm vorgestellten Tonstärken, Tempi usw., das Ergebnis dieser Vorstellung, die er auch geistig, fern von allen Instrumenten vorbereitet, übrigens auch der Solist, ist die Interpretation, also die eigenpersönliche Ergänzung des Werkes.

Diese musiktechnische Analyse ist frei von allen subjektiven Meinungen über die künstlerische Leistung der Interpretieren, über ihr Ver-

hältnis zum aufgeführten Werk. Jede Interpretation, sei sie schlecht oder besonders gut, muß die notenmäßigen Mitteilungen ergänzen und die Komposition vollenden. Die Interpreten geben sich über diese Aufgabe selten Rechenschaft, weil sie als Künstler handeln und nicht als Wissenschaftler forschen. Werden sie jedoch auf diese Problematik aufmerksam gemacht, so stimmen sie der hier vorgetragenen These ohne Bedenken zu und bestätigen sie unverzüglich durch Beispiele ihrer Interpretationsmethode. Nicolai Hartmann dachte nicht an mögliche Zweifel und nahm in seiner Ästhetik das, was hier so sehr ausgebreitet vorgetragen wird, in wenigen Sätzen zusammen: «Und die Realisation ist nicht mehr Werk des Komponisten, sondern des ausübenden Musikers. Dieser hat freie Hand in der Ausgestaltung zahlloser Einzelheiten der unwägbarsten Art, die sich im Notenblatt nicht schreiben lassen, an denen aber doch wesentlich die Gestaltung des Ganzen hängt. Er rückt zum Mitkomponisten auf und ist insofern nicht bloß «reproduzierender Künstler», sondern durchaus produktiv schaffender – nicht weniger als der Schauspieler im Schauspiel. Der Komponist seinerseits bedarf des kongenialen Spiels. Der Musiker empfängt von ihm nur das Halbgeformte (noch relativ allgemeine) und formt es zu Ende<sup>26</sup>.»

Folgen wir nur auf eine ganz kurze Strecke, ohne daraus ein Hauptthema zu machen, der von Hartmann angerufenen Parallele zwischen der Leistung des interpretierenden Musikers und Schauspielers. Ohne die hohe Aufgabe des letzteren herabzusetzen, dürfen wir sagen, das musikalische Werk bedürfe, um von uns erlebt zu sein, noch mehr der Aufführung als das Schauspiel. Wir vollenden letzteres beim Lesen selber, wenn oft auch nur stümperhaft; wir stellen uns die Szenen bildhaft vor und lassen die Spieler agieren. Das Notenbild hingegen vermögen nur wenige zum ganzen Werk zu runden<sup>27</sup>. Doch ändert das

---

<sup>26</sup> Nicolai Hartmann, Ästhetik, Berlin 1953, S. 123. Zur gleichen Erkenntnis gelangt auch Dufrenne, *Phénoménologie de l'expérience esthétique*, Paris 1953, S. 59: «Enfin parce que l'œuvre, telle qu'elle sort des mains de l'auteur, lui laisse en effet une large initiative. L'exécution est à inventer, et la représentation est une création.» Ebenso Overath, *Musik als geistiges Eigentum* (in: Urheberrechtsreform ein Gebot der Gerechtigkeit, Berlin 1954, S. 32 f.): «Musik, die sich aus dem flüchtigen, schnell vergänglichen Element der Töne formt, läßt sich nicht auf das Papier, das Notenblatt bannen. Die Notenschrift vermag nicht einmal im einzelnen auszudrücken, was an rhythmischen Nuancierungen und dynamischen Schattierungen zu einem ausdrucksvollen Vortrag eines musikalischen Kunstwerkes im Sinne des Schöpfers gehört.» Dazu auch Hirsch-Ballin, *Verwandte Schutzrechte*, S. 320 ff.

<sup>27</sup> Auch Musiker vermögen das Werk aus dem Notenbild allein, ohne es klanglich zu erleben, nicht völlig zu erkennen: «Je viens donc d'entendre pour la première fois

die nahe geistige Verwandtschaft des Schauspielers zum interpretierenden Musiker nicht. Das ausgeführte Drama ist verschieden von demjenigen, das wir beim Lesen erfahren und gestalten. So wie beim Tonwerk die Töne und ihre Folge vom Komponisten unverrückbar gesetzt sind, bleiben im Drama die Worte, Sätze und Szenenfolgen unverändert, und diese Töne und Worte werden in der Aufführung gleichermaßen sinnlich realisiert. Und gleich dem Komponisten sind auch dem Dramatiker die Mittel versagt, um das von ihm geistig vollendete Werk restlos mitzuteilen. Die Verbindung und das Trennen der Worte und Sätze, die Modulation der Sprache als geistiges und nicht sprachtechnisches Phänomen, das so überaus wichtige stumme Spiel, der mimische Ausdruck, all diese dem dramatischen Werk wesensnotwendigen Teile formen der Regisseur und die Schauspieler schöpferisch und vollenden derart das im Wort mitgeteilte Drama<sup>28</sup>. Das gilt für das Drama als Bühnenstück, als Schauspiel. Die Dichtung ist losgelöst von der Handlung als ein Werk der Poesie vollendet, das für sich allein bestehen kann und in seltenen Fällen sogar durch die im Schauspiel zugefügte Handlung eher verliert als gewinnt.

Die Interpretation wird oft mit der Übersetzung verglichen, weil der Übersetzer und der Interpret ein abgeschlossenes Werk originell und daher schöpferisch gestalten, so daß sie nicht Miturheber sein können, aber dennoch beide ein Werk zweiter Hand entstehen lassen<sup>29</sup>. Der Übersetzer steht wirklich einem abgeschlossenen Werk gegenüber, das er im sprachlichen Ausdruck zu ändern hat. Dieses Hinüberwechseln

---

«Palestrina», l'œuvre la plus importante et aussi la plus caractéristique de l'auteur et puis me faire une opinion que la seule lecture de la partition ne pouvait suffisamment établir.» (*Arthur Honegger, Incantations aux Fossiles, Lausanne 1948, S. 72.*)

<sup>28</sup> «L'artiste doit faire preuve d'imagination créatrice, car il se propose une transposition de l'abstrait au concret.» «Le texte ou l'air qu'il interprète, une inflexion de la voix, un geste, peut en révéler soudain, même à qui le sait par cœur, une signification inconnue.» «Le changement seul d'un acteur change toute la physionomie.» «... l'interprétation comportera une part de création; l'exécutant devra réaliser les directives abstraites qui lui sont suggérées ou imposées par l'auteur.» (*Gérard, Les auteurs de l'œuvre cinématographique et leurs droits, Paris 1953, S. 128 mit Zitaten aus: Camboulives, Le droit moral de l'auteur, La Revue Théâtrale, N° 13, p. 38 ss.*) *Mentha*, Buchbesprechung über Runge, Schweizerische Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1954, S. 86: «Auch der Schauspieler, und nicht zuletzt der Filmschauspieler, vermitteln das Werk in einer Vollendung, die dem Leser des Textes eventuell vorschweben wird, aber unerreichbar ist ohne das Eingreifen des Darstellers.» *Hartmann, S. 110; Hirsch-Ballin, Verwandte Schutzrechte, S. 320.*

<sup>29</sup> u. a. *Hirsch-Ballin, Verwandte Schutzrechte, S. 322. Desbois, vorn N° 23.*

von dem Gebiet einer Sprache in dasjenige einer andern ist nicht nur sprachwissenschaftlich zu erfüllen; die Übersetzung ist daher als Sprachschöpfung anerkannt. Doch wird der Übersetzer durch das fertige Werk geführt; er hat dessen Sprachkleid zu wechseln und es nicht fertig zu schreiben; darin unterscheidet er sich vom Interpreten, der die Ausdrucksmittel des Werkes übernimmt, soweit sie ihm mitgeteilt sind, und sie ergänzt, womit er das Werk vollendet. Deshalb ist er Miturheber, wie Hartmann das richtig feststellt, und nicht Bearbeiter. Er benutzt nicht ein Werk, um dieses unter Beibehaltung seines Wesens umzuformen; er läßt das Mitgeteilte ungeändert und ergänzt es, so wie ein Freund oder Schüler das unvollendete Gemälde seines Meisters vollendet.

Die Interpretation soll, wie zum Beispiel R. Plaisant lehrt<sup>30</sup>, auch deshalb kein Werk sein, weil sie sich vom Wiedergebenden nicht trennen lasse, weil sie an die einmalige klangliche Festlegung gebunden bleibe. Dieser Hinweis erfaßt eine Besonderheit der Interpretation, die sie gegenüber den andern Werken der Literatur und Kunst ärmer macht. Letztere, selbst eine Übersetzung, können als geistiges Phänomen erfaßt und von Personen aus der geistigen Existenz heraus physisch wahrnehmbar gemacht werden. Dabei hat der Mitteilende meistens die Wahl zwischen verschiedenen Mitteilungsträgern: Der Roman wird durch geschriebene oder gesprochene Worte, zum Teil sogar im Bild mitgeteilt. Ein Werk der bildenden Kunst kann kopiert, skizziert, photographiert werden. Alle diese Werke können, ohne ihr Wesen ganz zu verlieren, geändert werden. Die vollendete Interpretation kann hingegen nicht als geistige Existenz durch menschliche Tätigkeit sinnlich geoffenbart werden. Sie wird nicht dadurch vervielfältigt, daß ihr geistiger Gehalt erkannt und mitgeteilt wird, sondern auf unmittelbar physikalischem Weg durch Aufnahme der akustischen Realisation. Das Nachmachen oder Nachahmen ist theoretisch denkbar, praktisch aber zum mindesten für umfangreichere Werke ausgeschlossen. Doch spricht all das nicht gegen die Interpretation als Geistesschöpfung. Sie wird geistig geschaffen und gestaltet wie ein anderes Werk und erst, nachdem sie vollendet ist, ist sie den andern dadurch unterlegen, daß ihre Materialisation an diejenige, die der Schöpfer bewirkt, gebunden bleibt. Diese Eigenart muß im Urheberrecht nicht besonders beachtet werden, weil ihretwegen die Nutzbarkeit des so geschaffenen Werkes und damit auch der Schutzbereich beschränkt ist.

---

<sup>30</sup> Vorn N° 20.

Diese Erkenntnisse besagen nur, daß der Interpret auf Grund des vorbestehenden Werkes geistig schöpferisch tätig ist, daß er also im Sinne der allgemein anerkannten urheberrechtlichen Lehre ein Werk schafft, und nicht nur ein schon vollendetes Werk, ohne dessen geistige Eigenart zu berühren, sinnlich wahrnehmbar macht. Damit ist aber über das Verhältnis des vom Komponisten in Noten festgehaltenen und des vom Interpreten gestalteten Werkes nichts ausgesagt. Den künstlerische Vorrang des ersteren bestreitet niemand. Leider entspricht ihm oft nicht das Entgelt, das dem Komponisten, und dasjenige, das dem Interpreten zufließt. Darüber ist hier nicht zu sprechen. Urheberrechtlich ist mit der Vorstellung des Originalwerkes und dessen Ergänzung der Abstand zwischen den beiden Schöpfungen genügend markiert.

## V.

In den Diskussionen um das Römer Projekt wurden die ausübenden Künstler als einheitliche Gruppe zusammengefaßt. Man stellte Dirigenten und Solisten nicht dem Chor und Orchester gegenüber. Die urheberrechtliche Zäsur zwischen dem persönlich gestaltenden Interpreten und den unter seiner Leitung wirkenden Orchestermusikern oder Chorsängern wurde hingegen in andern Zusammenhängen schon öfters hervorgehoben<sup>31</sup>.

Das Orchester und der Chor sind vielstimmige Instrumente unterschiedlicher Qualität, auf denen die Dirigenten spielen und von denen die Solisten begleitet werden. Sie können und dürfen das Werk nicht geistig formen. Ihre Aufgabe ist es, den Weisungen des Dirigenten nach Möglichkeit zu gehorchen und dem Werk schönste Klänge zu leihen. Die Leistung eines jeden einzelnen dieser Musiker ist ebenfalls individuell geprägt und einmalig. Doch ist diese persönliche Eigenart nur auf die

---

<sup>31</sup> *Olagner*, *Le droit des artistes interprètes ou exécutants*, Paris 1937, S.9: «Il existe cependant une théorie suivant laquelle l'artiste serait un véritable collaborateur de l'auteur, en ce qu'il serait un «créateur» de l'œuvre au moment où il l'interprète ou l'exécute devant le public. Cette théorie est appliquée exclusivement aux interprètes, c'est-à-dire acteurs, comédiens et chanteurs, mais non aux choristes et aux musiciens d'orchestre, qui sont des exécutants. Cependant le chef d'orchestre, synthétisant l'orchestre tout entier, serait considéré comme un interprète.» *Olagner* lehnt diese Theorie ab, weil auch er der Meinung ist, der Interpret trage ein schon fertiges Werk vor.

In Deutschland hat die Mehrzahl der Autoren den Schutz aus der Übertragung des persönlichen Vortrags auf Schallträger nur den Dirigenten und Solisten zugesprochen. Dazu *Haensel*, *Das Orchester im Urheberrecht*, GRUR 1955, S.186 und dort zitierte Literatur. (Dazu hinten N.37.)

physische Klangwirkung und nicht auf die geistige Gestaltung des Werkes zurückzuführen.

Das soll keineswegs bedeuten, daß die Mitglieder des Orchesters und Chors nicht auch als Solisten oder sogar als Dirigenten das Werk gestalten könnten. Nicht ihre Fähigkeit, sondern ihr Tun als Mitglied des Klangkörpers ist hier zu beachten. Wollten sie das Werk mitgestalten, so würde die Aufführung im Chaos enden.

Wer als mitgestaltender Solist zu gelten hat, ist oft nicht leicht zu sagen. Sicherlich erfüllt der Konzertsolist diese Aufgabe. Die Vokalsolisten von Opern und Chorwerken haben sich völlig den Anordnungen des Dirigenten zu fügen, bis in die geringsten Einzelheiten, so wie Regisseure manchmal den Schauspielern jeden Schritt und jede Handbewegung vorschreiben. In derartigen Fällen ist die Grenze nicht zum voraus zu ziehen. Die Mitglieder eines Quartetts werden in der Regel das Werk gemeinsam gestalten; ob das auch beim Sextett, Septett und Oktett noch zutrifft, das ist wiederum nicht allgemein zu entscheiden.

## VI.

Die Analyse des Tatbestandes hat ergeben, daß die Interpreten als Urheber ein Werk vollenden, daß die Orchester und Chöre an der geistigen Schöpfung keinen Anteil haben, daß sie jedoch das Werk zum Klingen bringen und damit ihm denjenigen Reiz verleihen, der uns die Erkenntnis des Werkes ermöglicht und sie zum gemischt sinnlich-geistigen Erlebnis macht.

Nach der bis anhin allgemeingültigen urheberrechtlichen Theorie kommt daher dem Dirigenten und Solisten der Schutz des Urheberrechts zu, sofern sie davon nicht durch eine ausdrückliche Norm ausgeschlossen sind. Die Orchestermusiker und Chorsänger hingegen haben am urheberrechtlichen Schutz keinen Anteil und sind darauf angewiesen, die Wahrung ihrer Interessen durch besondere Normen zu verlangen. Juristisch gesehen ist es erstaunlich, daß dieser Unterschied nicht stets beachtet und in letzter Zeit überhaupt kaum mehr erwähnt wurde. Die Erklärung finden wir in der Interessenpolitik. Die Dirigenten und Solisten sind den Auseinandersetzungen über den Römer Entwurf ferngeblieben. Die Vertreter der Autoren, der Orchestermusiker, der Schallplattenindustrie und des Radios hatten allesamt kein Interesse daran, noch weitere Unterteilungen zu schaffen und eine neue Kategorie von Anspruchsberechtigten ins Feld zu rufen. Die verpaßte Gelegenheit dürfte den Dirigenten und Solisten dann bewußt werden, wenn sie durch

eine neue internationale Ordnung und anschließend durch die nationalen Gesetze mit dem Orchester und dem Chor in straffer Weise verbunden werden. Ihre heutige, auf vertraglicher Grundlage entstandene bevorzugte und scheinbar durchaus befriedigende Lage könnte dadurch gefährdet sein. Der Irrtum, daß sie nicht Urheber sind, ließ sie in verschiedenen Gesetzen gegenüber den Urhebern benachteiligen.

Ohne Rücksicht auf die Meinungen und Wünsche der Beteiligten haben wir Juristen die zurzeit bestehende Rechtsordnung festzustellen. Erst nachdem wir das getan haben, können wir auf die Frage antworten, ob diese Rechtslage gerecht sei, ob und wie sie zu ändern sei. Bei dieser Gelegenheit kommen die Autoren, alle ausübenden Künstler, die Schallplattenhersteller, die Rundfunkgesellschaften und insbesondere auch die Musikhörenden jeglicher Art zum Wort. Die hier eingeleitete Diskussion unterscheidet sich von den Debatten um die Nachbarrechte und vor allem den Römer Entwurf dadurch, daß nicht darnach geforscht wird, welche Rechte ausübenden Künstlern *de lege ferenda* zuzugestehen sind, sondern daß im Gegenteil daran erinnert wird, daß eine Kategorie von ausübenden Künstlern heute schon als Urheber anzuerkennen ist und alle Rechte verlangen kann, die dem Schöpfer eines Geisteswerkes zukommen: Die Dirigenten und Solisten sind als Vollender eines Werkes den Urhebern von Werken zweiter Hand, den Übersetzern, Bearbeitern, Urhebern von Sammelwerken usw. gleichzustellen. Soweit sie ihre Leistung an einem geschützten Werk vollbringen, können sie über ihr Werk ohne die Zustimmung des Urhebers des aufgeführten Originalwerkes in keiner Weise verfügen; dieser wiederum kann das Schicksal des aufgeführten und klanglich fixierten Werkes ohne die Interpreten nicht bestimmen. Ist das aufgeführte Werk hingegen urheberrechtlich frei, so hat der Interpret im Rahmen des Urheberrechts die alleinige unbeschränkte Verfügungsmacht, so wie das für den Übersetzer eines Werkes zutrifft, dessen Schutz erloschen ist. Die Interpreten können auch den verbandsrechtlichen Schutz der urheberrechtlichen Staatsverträge beanspruchen. Zu erinnern ist insbesondere an das durch Art. 11 der rev. Berner Übereinkunft Brüsseler Fassung (RBUE) verliehene ausschließliche Ausführungsrecht, das jedoch gemäß Art. 11<sup>bis</sup> und Art. 13 zum Zwecke der Schallplattenaufnahme, -wiedergabe und der Rundfunksendung mit einer entgeltlichen Zwangslizenz belastet ist. Auch ist das Werk des Interpreten in der RBUE nicht konventionsrechtlich festgelegt. Die Interpreten haben also nur den Anspruch auf die Inländerbehandlung. Soweit das nationale Recht die Leistung des Interpreten nicht ausdrücklich erwähnt, ist sie, wie wir zuvor erkannten, gleich einem Werk zweiter

Hand geschützt, weil sie als Werk der musikalischen Kunst, als originelle geistige Schöpfung zu gelten hat. Wenn hingegen der nationale Gesetzgeber an der Interpretationsleistung nur beschränkte Rechte zugesteht, dann kann der ausländische Interpret auch nur diesen beschränkten Schutz beanspruchen. Auf ihn aber hat der einem Verbandsland angehörende Interpret oder derjenige, dessen Werk erstmals in einem Verbandsland veröffentlicht wurde, einen unentziehbaren Anspruch.

Daraus, daß der Schutz der Interpreten in einem nationalen Urheberrechtsgesetz in die Nachbarrechte eingereiht wurde, kann nicht etwa gefolgert werden, die RBUE sei auf seine Leistungen in diesem Staat nicht anwendbar. Es steht zwar einem Verbandsstaat frei, ein Werk überhaupt nicht zu schützen; er kann aber nicht den Tatbestand verkennen und einem Werk, das alle Eigenarten eines Werkes der Literatur und Kunst aufweist, diesen Charakter absprechen. Derartige Sonderregeln, die offenbar wohlmeinend erlassen wurden, weil man die Leistung des Interpreten irrtümlich nicht den geschützten Werken zuteilte, finden wir zum Beispiel im österreichischen, italienischen und tschechoslowakischen Gesetz. Diese drei Gesetze stehen dadurch der hier vertretenen Auffassung nahe, daß sie die Dirigenten und Solisten allein schützen (Österreichisches URG § 66<sup>32</sup>; Tschechoslowakisches URG Art. 83 ff.<sup>33</sup>), oder sie bevorzugen (Italienisches URG Art. 82<sup>34</sup>).

<sup>32</sup> «§ 66 (1) Wer ein Werk der Literatur oder Tonkunst vorträgt oder auführt, hat mit den vom Gesetz bestimmten Beschränkungen das ausschließliche Recht, den Vortrag oder die Aufführung – auch im Falle der Sendung durch Rundfunk – auf einem Bild – oder Schallträger festzuhalten, diesen zu vervielfältigen und zu verbreiten. Unter der Vervielfältigung wird auch die Benutzung einer mit Hilfe eines Bild- oder Schallträgers bewirkten Wiedergabe des Vortrages oder der Aufführung zur Übertragung auf einen anderen Bild- oder Schallträger verstanden.

(2) Bei Vorträgen und Aufführungen, die – wie die Aufführung eines Schauspieles oder eines Chor- oder Orchesterwerkes – durch das Zusammenwirken mehrerer Personen unter einer einheitlichen Leitung zustande kommen, stehen die Verwertungsrechte (Absatz 1) dem Leiter und den Personen zu, die nicht bloß im Chor oder Orchester oder auf ähnliche Art, sondern durch Einzelleistungen mitwirken.

(3) Vorträge und Aufführungen, die auf Anordnung eines Veranstalters vorgenommen werden, dürfen, soweit das Gesetz keine Ausnahme zuläßt, unbeschadet der Vorschriften der Absätze 1 und 2, nur mit Einwilligung des Veranstalters auf Bild oder Schallträgern festgehalten werden. Dieser Vorschrift zuwider hergestellte Bild- oder Schallträger dürfen weder vervielfältigt noch verbreitet werden.»

Diese Rechte erlöschen 30 Jahre nachdem die Aufführung oder der Vortrag stattgefunden hat (§ 67). § 70 sieht eine unentgeltliche Zwangslizenz für die Rundfunksendung mit Schallträgern vor; diese Regel widerspricht, gemäß zuvor Gesagtem RBUE Art. 11<sup>bis</sup>.

<sup>33</sup> Die Tatsache, daß in einem neuen Gesetz einer Volksdemokratie nur der Solist

Ein Sonderproblem zum urheberrechtlichen Schutz der Interpretation haben die erläuternden Bemerkungen zum Entwurf des österreichischen Urheberrechtsgesetzes herausgegriffen: «Die Forderung, dem ausführenden Künstler, der ein Werk der Literatur oder Tonkunst wiedergibt, ein Urheberrecht an seiner Leistung einzuräumen, ist unerfüllbar. Die mit der Einbeziehung in den urheberrechtlichen Schutz verbundene Monopolisierung der Leistungen ausführender Künstler, ihrer Ausdrucksweise und ihrer Auffassung der von ihnen wiedergegebenen Werke würde die Entwicklung der ausführenden Künste in unerträglichem Maße hemmen<sup>35</sup>. Diese Besorgnis ist unbegründet. Die völlige Kopie der Interpretationsleistung durch einen zweiten Interpreten wurde wohl noch nie realisiert. Nicht die Interpretation wurde jeweilen nachgeahmt, sondern die Auffassung, die Ausdrucksweise. Diese sind nicht mit der Interpretation identisch, sondern werden aus ihr als Lehre, wie die Interpretation zustande kam, abgeleitet. Sie sind mit dem Stil eines Malers oder Schriftstellers zu vergleichen, die urheberrechtlich ebenfalls frei sind. So wie ein Maler selbständig, aber im Stil eines andern Malers eine Landschaft gestalten darf, ist es keinem ausübenden Künstler verwehrt, die Auffassung eines andern zu übernehmen. Es wird zutreffen, daß der Übergang von der Ausdrucksweise als Regel der Interpretationsleistung zu dieser als Werkgestaltung nicht leicht feststellbar ist. Doch kann man diese Sorge ruhig der Praxis anheimstellen, weil bis anhin Fälle der Interpretationskopie wohl eher selten vorkamen<sup>36</sup>. Der Interpret selber wird auch nur ausnahmsweise das gleiche Werk zweimal völlig gleich gestalten. Doch wenn ihm das gelingt, wonach viele streben, so kopiert

---

(der Dirigent wird von dieser Bezeichnung auch erfaßt) als Träger des Rechts an der Interpretation genannt wird, ist sehr bemerkenswert (dazu *Vilbois*, *La nouvelle législation Tchecoslovaque*, R.I.D.A. 1955, S.61).

<sup>34</sup> «Agli effetti dell'applicazione delle disposizioni che precedono, si comprendono nella denominazione di artisti attori o interpreti e di artisti esecutori.

<sup>10</sup> coloro che sostengono nell'opera o composizione drammatica, letteraria o musicale, una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista esecutore comprimario;

<sup>20</sup> i direttori dell'orchestra o del coro;

<sup>30</sup> i complessi orchestrali o corali, a condizione che la parte orchestrale o corale abbia valore artistico per se stante e non di semplice accompagnamento.»

Alinea 3 verkennt das Problem vollständig. Die Leistung des Orchesters oder Chors wird in ihrem Wesen dadurch nicht verändert, daß sie für sich allein steht und nicht begleitend ist.

<sup>35</sup> In: *Peter*, *Das Österreichische Urheberrecht*, Wien 1954, S.595.

<sup>36</sup> *Bogsch* und *Fisher*, a. a. O. S. 137, erwähnen, daß in den USA die Nachahmung des Stils und der Manier eines ausübenden Künstlers die Gerichte beschäftigte und daß

er nicht sich selbst. Er läßt nur eine neue, sehr ähnliche oder gar gleiche Schöpfung entstehen. Über jede dieser Interpretationsleistungen kann er als selbständiges Werk verfügen, die Rechte an verschiedene Berechtigte übertragen. Wenn der erste Erwerber das verhindern will, muß er es vertraglich tun.

Als erklärend ergänzend und nicht als einschränkend sind die Bestimmungen im deutschen LUG § 2, Abs. 2, und Schweiz. URG Art. 4, Abs. 2, zu verstehen. Sie verleihen demjenigen, der durch persönlichen Vortrag ein Werk der Tonkunst auf Vorrichtungen für Instrumente überträgt, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen, die Rechtsstellung desjenigen, der durch Bearbeitung ein Werk zweiter Hand geschaffen hat. Damit ist aber eine anderweitige Benutzung oder Fixierung der Interpretationsleistung nicht als frei erklärt<sup>37</sup>.

## VII.

Die Dirigenten und Solisten haben also ihre Interessen dadurch zu verteidigen, daß sie ihren gegenwärtigen rechtlichen Besitzstand wahren, daß sie insbesondere ihre urheberrechtlichen Ansprüche in Rechtsstreitigkeiten verteidigen<sup>38</sup> und darüber wachen, daß ihre Leistung von den Juristen nicht weiterhin verkannt und deshalb ins Gebiet der Nachbarrechte verbannt wird.

---

diese Zweifel äußerten, ob solche Nachahmungen zu untersagen seien. Amerikanische Parlamentarier hätten ihre Beunruhigung gezeigt, als Vorschläge gemacht wurden, nicht nur die Reproduktion zu untersagen, sondern auch die Nachahmung des Stils. Gemäß dem oben Gesagten sind derartige Sorgen unbegründet.

<sup>37</sup> Hier ist nicht darüber zu entscheiden, ob sich auf diese Regel nur die Interpreten oder auch die Orchestermusiker und Chorsänger berufen können. (*Haensel*, a.a.O. S. 186 und dort angeführte Literatur.) Doch dürfte auch für die Schweiz die in Deutschland mehrheitlich geäußerte Ansicht zu teilen sein, daß nur der Dirigent und die Solisten sich auf dieses Bearbeitungsrecht berufen können. Das schweizerische Bundesgericht hat in BGE 62 II, S. 243 ff. die Meinung zurückgewiesen, dieser Artikel sei zum Schutz der Spieldosenindustrie aufgenommen worden, — die Übertragung auf den Schallträger werde im Gegenteil nur dann von ihm erfaßt, wenn sie eine künstlerische Leistung sei. Besonders aufschlußreich ist das Einbeziehen der RBUE: «Wenn daher auch auf dem Boden der RBUE aus den von der Vorinstanz genannten Gründen ein Urheberrecht des ausübenden Künstlers nicht anerkannt wird, so muß ihm doch nach dem URG ein solches zugebilligt werden.» Diese Verbindung von RBUE und URG ist nur möglich, wenn die Leistung als Werk der Kunst anerkannt ist.

<sup>38</sup> Im Prozeß Furtwängler gegen Thalia und Urania Records hatte das Gericht dargetan, Furtwängler berufe sich nicht auf urheberrechtliche Ansprüche, so daß nicht zu prüfen sei, ob die Aufnahme wirklich von Furtwängler dirigiert wurde; die Beschlag-

Die Anerkennung der Interpretationsleistungen des Dirigenten und Solisten als geistige originelle Schöpfungen entspricht der Bedeutung, die ihnen im musikalischen Leben zukommt. Wenn man von allen Nebenerscheinungen des Starkults absieht, bleibt immer noch eine überaus gefestigte Grundlage, um die Liebe und Verehrung zu erklären, die vom Publikum großen Interpreten entgegengebracht wird. Auch können die Tricks des Kunstbetriebs und die Geschäftstüchtigkeit Dritter viel weniger zum Ruhm der ausübenden Künstler beitragen oder diesen sogar ungerechtfertigterweise verschaffen als zum Beispiel im Kunsthandel.

Nachdem die Analyse der Interpretationsleistung keinen Zweifel daran bestehen ließ, daß der Dirigent und der Solist die Komposition, die im Notenbild nur unvollständig mitgeteilt wird, mit denjenigen Mitteln vollenden, die der Komponist zum Schaffen seines Werkes mitverwendet, nachdem also diese Leistung als originelle geistige Schöpfung im Gebiet der Kunst anerkannt werden muß, sind die Juristen zum abermaligen Überdenken ihrer Stellungnahme herausgefordert.

Die aus der Natur der Interpretationsleistung abgeleiteten Gründe sprechen für und nicht gegen den urheberrechtlichen Schutz. So bedeutende Leistungen gesetzlich vom Urheberrecht auszuschließen, würde dem fundamentalen Prinzip der Rechtsgleichheit widersprechen. Niemand vermöchte dies zu rechtfertigen, wird doch stets betont, daß an die Originalität eines Werkes nicht hohe Anforderungen zu stellen sind<sup>39</sup>. Die Komponisten befürchten, ihre Gebühren könnten geschmälert sein. Die Aufführungsrechte werden von gewissen Veranstaltern pauschal abgefunden. Die Autorenvertreter sprechen daher von einem Kuchen, der nicht größer werde, von dem aber immer mehr Gruppen essen wollen. Diese Schwierigkeit ist nicht unüberwindlich. Man muß das Publikum zu Hilfe rufen und es richtig aufklären. Die Hörer werden eine gelinde Erhöhung der Radiogebühren in Kauf nehmen, wenn sie

---

nahme wurde gestützt auf das Namensrecht verfügt (Tribunal de la Seine, 19. XII. 1953, RIDA 1954, S. 117 ff.;) Da das Gericht selber die Prüfbarkeit urheberrechtlicher Ansprüche erwähnte, hätte es diese sicherlich nicht ohne weiteres abgelehnt. Das Urheberrecht des ausübenden Künstlers wurde von US-Gerichten anerkannt (*Bogsch* und *Fisher*, a. a. O. S. 137; *Droit d'Auteur* 1943, S. 44 ff.: «Un artiste – exécutant possède sur l'œuvre musicale interprétée, par lui un droit d'auteur en vertu d'un droit coutumier général.»

<sup>39</sup> *Mentha*, a. a. O. S. 86: «Und wenn auch für den Juristen das künstlerische Niveau des Werkes oder der Leistung nicht in Betracht fällt, so darf doch hier bemerkt werden, daß gerade deswegen der Interpret nicht weniger gelten soll als der Urheber.»

damit beitragen, erkannte Ungerechtigkeiten zu vermeiden. Wir haben unermüdlich öffentlich dafür einzustehen, daß die ideellen Leistungen, die in irgendciner Weise beinahe alle Bewohner eines Landes angehen und von diesen dringend begehrt werden, nicht umsonst zu haben sind.

Die Verwaltung der Aufführungs- und Wiedergaberechte fällt unter die Verwaltung der musikalischen Rechte und ist daher in denjenigen Ländern, die letztere Autorengesellschaften zwingend übertragen haben, ebenfalls von diesen auszuüben.

Orchester und Chor wurden dem Dirigenten und Solisten gegenübergestellt. Sie haben an der Aufführung einen wichtigen Teil. Sie sind nicht bloß Instrumente, auf denen der Dirigent spielt. Ihr seelisches Mitgehen ist unentbehrlich; sie sind persönlich künstlerisch tätig. Doch gestalten sie das Werk nicht in geistig origineller Weise. Ihre beste Eigenschaft ist der völlige Gehorsam gegenüber dem Dirigenten; ihm haben sie ihre Fähigkeiten zur Verfügung zu stellen, um das Werk nach seiner Intuition sinnlich wahrnehmbar zu machen. Wie diese Leistung, die bei Wiedergaben und Aufführungen mitbenutzt wird, zu belohnen ist, das muß im Rahmen der Nachbarrechte entschieden werden, zusammen mit den Ansprüchen der Hersteller von Schallplatten und des Rundfunks.

Die Dirigenten und Solisten, wie auch die Regisseure und Schauspieler aber hat man bei den Urhebern zu belassen. Damit sind sie den Komponisten rechtlich keineswegs gleichgestellt. Die Komposition hat den absoluten Vorrang; sie kann ohne Zustimmung des Komponisten nicht aufgeführt und vom Interpreten nicht gestaltet werden. Der Jurist könnte daher meinen, er habe seine Aufgabe erfüllt, das Weitere sei Sache der Komponisten, Interpreten und des Publikums. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnung wird dem Komponisten die bestmögliche Lage verschafft; der Interpret bleibt rechtlich in seinem Schatten. Und dennoch sind die Urheberrechtler beunruhigt und müssen es sein.

Im Mittelpunkt des öffentlichen musikalischen Geschehens stehen die Werke verstorbener Autoren und ihre Interpreten. Die zeitgenössischen Komponisten der sogenannten ernsten Musik werden zwar in den letzten Jahren mehr beachtet; vor allem der Rundfunk nimmt sich ihrer Werke an. Trotzdem nützt ihnen das ausschließliche Recht über ihre Leistung nur wenig, weil sie dem großen Publikum heute, vielleicht sogar bis die Schutzfrist nach dem Tode des Komponisten abgelaufen ist, fremd bleibt. Dann erst werden die großen und bleibenden Werke des heutigen zeitgenössischen Musikschaffens als Werke anerkannter Meister von der

dannzumal lebenden Interpretengeneration aufgeführt. Würden Beethoven, Mozart, Schubert heute leben und die Gebühren für ihre Werke empfangen, so wären ihre Einkünfte wohl höher als diejenigen der beliebtesten Interpreten. Die offensichtliche Ungerechtigkeit unseres Systems hat ihren Grund in der zeitlichen Verschiebung der Leistungsbewertung. Das Urheberrecht ist auf das Prinzip von Angebot und Nachfrage zugeschnitten. Wie beim übrigen Gütertausch wird demjenigen, der ein Gut schafft, das Verfügungsrecht darüber zugestanden. Er trägt das Risiko, daß ihm dieses Recht nichts einbringt, weil der Markt seine Leistung ablehnt. Diesem Schicksal unterliegt die größte Zahl aller patentierten Erfindungen. Die meisten dieser Erfindungen haben auch in der Zukunft keine Bedeutung. Die allergrößten aber sind der Zeit voraus; die spätere Generation nutzt sie umsonst; der Erfinder geht leer aus; er hat seine Kraft, seine Zeit und seine Mittel für eine Tat eingesetzt, die seine Generation nicht erkennt und ihn im Elend untergehen läßt. Dieses für große Erfinder seltene Geschick trifft viele bedeutende Komponisten. (Jeder Urheberrechtler sollte zu diesem Thema Honeggers «Incantations aux Fossiles» lesen<sup>40</sup>.) Wir wissen heute bestimmt, daß ein zukünftiges Publikum zahlreiche Werke, die heute widerwillig angehört oder abgelehnt werden, begeistert aufnehmen wird. Wir wissen auch, daß die Musik ohne den Opferwillen, ohne das völlige Verlorensein der Komponisten an ihre Berufung, ohne ihr stetes Ringen um die Aussage über unsere Zeit in der Musik versteinern würde, daß wir in kürzester Zeit nur noch ein Musikmuseum zu verwalten hätten. Wir lassen all diese Berufenen in Einsamkeit kämpfen, geben ihnen Rechte, die praktisch so wenig nützen, und sind damit beschäftigt, die Werke derjenigen zu genießen und zu loben, die von ihrer Zeit in gleicher Art verraten wurden.

Können die Juristen diese Ungerechtigkeit vermeiden oder stehen wir urheberrechtlich schon an den Grenzen der staatlichen Gerechtigkeit? Das weltliche Recht ist grobmaschig und faßt die Feinheiten, vor allem die seelischen der Lebensverhältnisse nicht. Es kümmert sich mit Vorliebe um die materiellen Dinge. Gerade hier wird von ihm nichts anderes verlangt. Die materielle Ungerechtigkeit vermag jeder einzusehen. Die Lösung ist nur deshalb so schwierig, weil eine in der Zukunft wertvolle

---

<sup>40</sup> Vorn N.27. Deutsch erschienen unter dem Titel «Beschwörungen» (Scherz-Verlag, Zürich 1955). Ebenso *Honegger*, Ich bin Komponist, Zürich 1952. Dazu auch *Heinsheimer*, Menagerie in Fis-Dur, Zürich/Stuttgart, 1953, S.200 ff.; *Richartz*, Forderungen an das neue Musikurheberrecht, in: Urheberrechtsreform ein Gebot der Gerechtigkeit, S.50 ff.; *Schulze*, Recht und Unrecht, München und Berlin 1954, S.13 ff.

Leistung heute schon zu belohnen, insbesondere aber zu erkennen ist. Die materiellen Mittel wären wohl aufzubringen. Man könnte dem mehrmals, unter anderen auch von Honegger gegebenen Rat folgen und von den Werken, deren Schutzfrist abgelaufen ist, eine Abgabe beziehen. Viel schwieriger ist es festzustellen, welche heutigen Komponisten Bezüge erhalten sollen. Doch wäre auch diese Aufgabe nicht unlösbar. Etwaige Fehlentscheidungen sprechen nicht gegen einen solchen Plan.

Den Komponisten können wir nicht dadurch Gerechtigkeit verschaffen, daß wir die Dirigenten und Solisten herabsetzen, daß wir sie ungerecht behandeln. Um das richtige Verhältnis der Leistung des Komponisten und der zwar ebenfalls schöpferischen, aber doch völlig und in jeder Beziehung von jener abhängigen Leistung des Interpreten auch rechtlich zu beachten, haben wir der letzteren das zu geben, was ihr das Publikum heute zugesteht, die erstere aber darnach zu behandeln, wie die Zukunft sie schätzen wird.

### *Zusammenfassung*

1. Im Römer Entwurf zum Staatsvertrag über die urheberrechtlichen Nachbarrechte sind die Rechte der ausübenden Künstler, der Schallplattenindustrie und des Rundfunks zusammengefaßt.

Der Begriff der ausübenden Künstler umfaßt in diesem Entwurf alle diejenigen, die an der Aufführung oder dem Vortrag eines Werkes beteiligt sind: Dirigenten, Solisten, Regisseure, Schauspieler, Orchester Musiker, Chorsänger usw.

In den Diskussionen um den Römer Entwurf wurde dieses Zusammenfassen der ausübenden Künstler beibehalten.

2. Als im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts den ausübenden Künstlern an ihren Interpretationsleistungen erstmalig Rechte zuerkannt wurden, betrachtete man sie nach einigem Zögern als Schöpfer eines Werkes zweiter Hand. Seit den dreißiger Jahren vertraten die meisten juristischen Autoren die Ansicht, die ausübenden Künstler erbringen zwar eine wertvolle und auch persönliche Leistung, doch schaffen sie nicht ein Werk zweiter Hand, denn sie führen das vollendete Werk auf – das schon Geschaffene könne nicht noch einmal geschaffen werden.

Doch haben immer wieder Juristen, und in letzter Zeit mehrere, die ausübenden Künstler als Urheber eines Geisteswerkes gelten lassen.

3. Im österreichischen und tschechoslowakischen Gesetz ist nur den Dirigenten, Solisten, Regisseuren und Schauspielern, nicht aber den

Mitgliedern eines Orchesters oder eines Chores ein Recht an der Interpretationsleistung zuerkannt. Das italienische Recht hält es ebenso, gesteht diese Ansprüche aber auch dem Orchester und Chören zu, wenn sie nicht nur begleitend mitwirken.

4. Neuerdings haben zwei erfahrene Spezialisten (Bogsch und Fisher) die Frage gestellt, ob die Grundlagen für einen nachbarrechtlichen Staatsvertrag ausreichend erforscht sind. Sie ist durchaus gerechtfertigt und muß verneint werden.

In der vorgelegten Studie wurden die Leistungen des Dirigenten und Solisten analysiert und es wurden aus dem Ergebnis die juristischen Schlüsse gezogen. Die Tatbestandsanalyse erforderte am meisten Raum. Solange der Tatbestand nicht bis zur letzten Erkenntnismöglichkeit erfaßt ist, darf die ihm angepaßte Regel nicht gesucht werden. Der Gesetzgeber hat nicht minder als der Richter das Lebensverhältnis zu durchdringen.

5. Die Zusammenfassung aller ausübenden Künstler in eine Gruppe ist urheberrechtlich falsch. Dirigenten, Solisten, Regisseure und Schauspieler haben als Schöpfer eines Werkes zu gelten, währenddem die Orchester- und Chormitglieder zwar auch eine wertvolle künstlerische Leistung erbringen, jedoch nicht ein Geisteswerk schaffen:

- a) Der Komponist vollendet im Geist das musikalische Werk. Er kann aber das bis in die letzten Einzelheiten geistig geschaffene Werk nur durch seinen persönlichen Vortrag sinnlich wahrnehmbar machen. Die Mitteilung des Werkes erfolgt jedoch in der Regel nicht durch den Vortrag, indem der Komponist als Dirigent oder Solist das Werk aufführt, sondern durch die Notenschrift. Diese vermag durch die Noten, Tonstärke- und Tempobezeichnungen zwar das Werk in den wesentlichsten Zügen festzuhalten. Doch sind Einzelheiten, die für den Charakter des Werkes überaus bedeutsam sind, in der Notenschrift nicht festzuhalten. Sie gehen also beim Niederschreiben verloren. Das im Notenbild festgehaltene Werk ist nur ein Teil der Komposition. Den verlorenen Teil müssen der Dirigent und der Solist in jeder Aufführung ergänzen. Sie vollenden ein mangelhaft mitgeteiltes Werk und sind daher Mitkomponisten. Dadurch ist auch die Eigenart der Interpretationsleistung zu erklären.
- b) Der Dirigent und der Solist haben an der geistigen Vollendung des Werkes Anteil. Sie müssen daher als Urheber anerkannt werden. Ihnen ist der Schutz der nationalen Urheberrechtsgesetze und der

urheberrechtlichen Staatsverträge zuzuerkennen. Derart entspricht die rechtliche Behandlung der Wertschätzung, die den Interpreten vom Publikum entgegengebracht wird.

- c) Das Orchester und der Chor tragen einen wesentlichen Teil zur sinnlich schönen Wahrnehmung des Werkes bei. Ihre Leistung ist nicht gering zu schätzen und soll auch entsprechend belohnt sein. Sie ist aber anderer Qualität als diejenige des Dirigenten und Solisten und juristisch zusammen mit derjenigen der Schallplattenhersteller und des Rundfunks zu behandeln.
- d) Daraus ergibt sich, daß die Rechte der Dirigenten und Solisten wie der Regisseure und Schauspieler als echte Urheberrechte anzuerkennen und nicht in die Nachbarrechte zu verbannen sind.
- e) Das schwere Unrecht, das den Komponisten zugefügt wird, indem man sie ohne entsprechendes Entgelt Werke schaffen läßt, die erst nach ihrem Tod erkannt sind (vgl. Honegger, *Incantations aux fossiles*), muß beseitigt werden. Das kann aber nicht dadurch geschehen, daß man den Interpreten weniger gibt, sondern nur dadurch, daß ein Weg gefunden wird, um heute schon die für die Zukunft erbrachte Leistung der Komponisten gerecht zu würdigen und zu belohnen.

### *Résumé*

1. L'avant-projet de Rome pour la protection internationale des droits voisins concerne les droits des artistes exécutants, des fabricants de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

L'expression « artiste exécutant » embrasse, dans cet avant-projet, tous les artistes qui contribuent à l'exécution d'une œuvre: chefs d'orchestre, solistes, metteurs en scène, acteurs, membres d'orchestres ou de chœurs.

De même, au cours des discussions sur l'avant-projet de Rome, ce groupement des artistes exécutants a été maintenu.

2. Lorsqu'au début de notre siècle des juristes ont émis l'opinion qu'il fallait attribuer des droits à l'artiste exécutant, ils le traitaient, après quelques hésitations, comme un créateur d'une œuvre de seconde main. Depuis 1930 la plupart des spécialistes soutenaient que l'artiste exécutant réalise bien un apport qui porte l'empreinte de sa personnalité, mais lui refusaient la qualité de créateur d'une telle œuvre. Ils le tenaient pour créateur de l'interprétation. Ils étaient d'avis que l'interprète exécute une œuvre achevée et qu'une chose achevée ne saurait être recréée.

En revanche plusieurs juristes, surtout dans ces derniers temps, ont de nouveau défendu la thèse selon laquelle l'artiste exécutant est l'auteur d'une œuvre intellectuelle.

3. La loi autrichienne et la loi tchécoslovaque attribuent aux chefs d'orchestre, aux solistes, aux metteurs en scène, aux acteurs des droits sur leur interprétation d'une œuvre. Les membres de l'orchestre et du chœur en sont exclus.

La loi italienne en principe décide de même, mais elle accorde ces droits aussi à l'orchestre et au chœur si leur rôle n'est pas restreint à l'accompagnement.

4. Tout récemment deux spécialistes (Bogsch et Fisher) ont demandé si la base même d'une convention internationale a fait l'objet d'une étude suffisante et assez solide. Cette question se justifie pleinement et appelle une réponse négative.

Dans l'étude que je présente, j'ai tâché d'analyser ce qu'accomplissent les chefs d'orchestre et les solistes, quand ils exécutent une œuvre musicale, et j'ai tiré du résultat de cette analyse les conclusions juridiques. L'analyse des faits a surtout retenu mon attention. La règle adéquate ne se laisse trouver si l'on n'a pas saisi tous les éléments qui forment l'activité de l'exécutant. La connaissance approfondie des faits et circonstances de la vie s'impose au législateur autant qu'au juge.

5. Au point de vue du droit d'auteur, c'est une erreur de réunir tous les artistes exécutants en un seul et même groupe. Les chefs d'orchestre, les solistes, les metteurs en scène et les acteurs sont de véritables auteurs d'une œuvre, tandis que les membres d'un orchestre ou d'un chœur accomplissent certes aussi une prestation artistique de valeur, mais jamais ils ne créent une œuvre.

a) Le compositeur achève dans son esprit l'œuvre musicale. Mais il ne peut rendre perceptible matériellement l'œuvre ainsi créée, en toutes ses particularités, qu'en l'exécutant lui-même. Or, généralement, le compositeur n'est pas l'exécutant de son œuvre. Il nous la communique par le moyen des signes musicaux. Les notes et les indications écrites (nuances, mouvements) permettent de fixer l'œuvre dans ses traits essentiels. Mais certaines particularités, qui revêtent une très grande importance quant au caractère de l'œuvre, échappent à la notation par l'écriture. Elles se perdent donc quand le compositeur écrit l'œuvre qu'il a conçue dans son esprit. L'œuvre figurée par les notes ne représente qu'une partie de la composition. Les chefs d'orchestre

et les solistes doivent la compléter chaque fois qu'ils l'exécutent. Ils achèvent une œuvre qui n'est fixée que partiellement. Aussi sont-ils des co-auteurs. Et c'est pas là que s'explique du même coup le caractère propre de l'apport de l'interprète.

- b) Le chef d'orchestre et le soliste contribuent à l'achèvement intellectuel de l'œuvre. On doit leur reconnaître la qualité d'auteur. Ils sont fondés à invoquer la protection des lois nationales et des Conventions internationales sur le droit d'auteur. Ce traitement juridique correspond à la haute estime que le public témoigne aux chefs d'orchestre et aux solistes.
- c) L'orchestre et le chœur contribuent pour une grande part à la beauté de l'exécution matérielle. Leur apport doit être apprécié à sa juste valeur et mérite une récompense correspondante. Mais il est d'une qualité différente de celui des chefs d'orchestre et solistes. Il y a lieu d'appliquer aux musiciens d'orchestre et aux choristes le même traitement juridique qu'aux fabricants de phonogrammes et organismes de radiodiffusion.
- d) D'où il suit que les droits des chefs d'orchestre et des solistes, comme ceux des régisseurs et acteurs, doivent être admis au nombre des véritables droits d'auteur, et non pas relégués dans les droits voisins.
- e) Il importe d'écarter la grave injustice dont les compositeurs sont les victimes, puisqu'on tolère qu'ils créent, sans rémunération équitable, des œuvres qui seront reconnues seulement après leur mort (v. Honneger, «Incantations aux fossiles»). On n'y parvient pas en réduisant les droits des artistes exécutants. Il faut trouver et suivre la voie qui permette d'estimer et rétribuer à leur juste valeur dans le présent les prestations que les compositeurs apportent pour l'avenir.

## Gesetzesübersicht

April bis September 1955

### *Griechenland*

Durch das neue Gesetz No. 3205/1955 wurde die grundlegende Markenakte mit Wirkung ab 11. Mai 1955 mit der Londoner Fassung der Verbandsübereinkunft in Einklang gebracht. Ein Nachweis des Schutzes im Heimatstaat ist für Markenmeldungen oder -erneuerungen durch Angehörige jener Länder, die Gegenrecht halten, nicht mehr erforderlich.

(Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, September 1955.)

### *Italien*

Mit Wirkung ab 15. Juli 1955 gilt für Italien die Londoner Fassung der Pariser Verbandsübereinkunft und des Madrider Markenabkommens.

(Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, September 1955.)

(Patent and Trademark Review, August 1955.)

### *Mexiko*

Am 14. Juli 1955 erfolgte der Beitritt Mexikos zur Londoner Fassung der Pariser Konvention.

(Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, September 1955.)

(Patent and Trademark Review, August 1955.)

(Mitgeteilt von der Patentabteilung der CIBA Aktiengesellschaft.)

## Aus der Praxis des Auslandes

### *Belgien*

*In Belgien können nicht nur Verfahren zur Herstellung von Arzneimitteln, sondern auch die Arzneimittel selber patentiert werden.*

Entscheid der Cour d'Appel de Bruxelles vom 29. Juni 1955 (nicht rechtskräftig).

### *Bundesrepublik Deutschland*

- 1. Nicht nur eigentliche Druckschriften, sondern sämtliche zur Vervielfältigung und Verbreitung in der Öffentlichkeit geeignete Schriftstücke können neuheits-schädlich wirken.*
- 2. Die neue Umschreibung des Begriffes Druckschriften ist nur auf Patente und Gebrauchsmuster anwendbar, die nach dem 7. 8. 1953 zur Anmeldung gelangt sind.*

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. 7. 1955 (GRUR 1955, 393).

Am 7. 8. 1953 hatte der große Senat beim Deutschen Patentamt anlässlich der Entscheidung eines Einzelfalles den grundsätzlichen Beschluß gefaßt, daß die ausgelegten Unterlagen von Patentanmeldungen sowie die Unterlagen von eingetragenen Gebrauchsmustern öffentliche Druckschriften seien, oder ihnen gleichgestellt werden müssen, selbst dann, wenn sie nur in handschriftlicher Form vorliegen. Der Bundesgerichtshof schloß sich dieser Auffassung grundsätzlich an.

Nachdem seit 1931 die Vorgängerin des Deutschen Patentamtes, das Reichspatentamt, durch sie hergestellte Photokopien von Unterlagen an Interessenten ausgehändigt hat und schon vorher die private Herstellung solcher Vervielfältigungen zugelassen war, entspricht es der ratio legis von § 2 des PatG, nicht nur gedruckte Schriftstücke als «öffentliche Druckschriften» anzusehen. Die Bestimmungen von § 2 lauten wie folgt:

«Eine Erfindung gilt nicht als neu, wenn sie zur Zeit der Anmeldung in öffentlichen Druckschriften aus den letzten hundert Jahren bereits derart beschrieben oder im Inland bereits so offenkundig benutzt ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint. Eine innerhalb von sechs Monaten vor der Anmeldung erfolgte Beschreibung oder Benutzung bleibt außer Betracht, wenn sie auf der Erfindung des Anmelders oder seines Rechtsvorgängers beruht.»

Der Auffassung des Großen Senates wurde insoweit nicht zugestimmt, als nicht jede seit dem Bestehen des Deutschen Patentamtes (1877) ausgelegte Unterlage als Druckschrift angesehen wurde. Vielmehr muß in jedem Einzelfall geprüft werden, ob nicht schon vervielfältigte Schriftstücke für eine Herstellung von Kopien auf mechanischem Wege, und damit für die Verbreitung in der Öffentlichkeit geeignet, bestimmt und zugelassen sind.

Da diese Änderung der Rechtsprechung nicht nur für die Zukunft von größter Bedeutung ist, sondern auch die schon erteilten Schutzrechte beeinflussen kann, beschäftigte sich der Bundesgerichtshof auch mit der Frage der Rückwirkung der Änderung der Rechtsprechung. Nachdem bis zum Jahre 1951 vom Patentamt die Ansicht vertreten wurde, daß nur gedruckte Schriftstücke als Druckschriften im Sinne des Gesetzes anzusehen seien – welcher Ansicht die herrschende Doktrin zustimmte – handelt es sich nicht nur um eine ständige Rechtspraxis, sondern um einen Gewohnheitsrechtssatz. Gewohnheitsrecht wie gesetztes Recht dürfen aber nach allgemeinen Rechtsregeln, welche im Grundgesetz ihre Bestätigung gefunden haben, im allgemeinen nicht rückwirkend außer Kraft gesetzt werden. Aus diesem Grunde sollte die neue Auslegung des Begriffes «öffentliche Druckschriften» nur bei solchen Schutzrechten Anwendung finden, die erst nach dem Datum des Entscheides des großen Senates beim Deutschen Patentamt vom 7. 8. 1953 zur Anmeldung gelangt sind.

## Großbritannien

1. *Zwischen Kettenspulmaschinen und Teppichen besteht Warengleichheit.*
2. *Die Gefahr der Täuschung des Publikums wegen Warengleichheit besteht schon dann, wenn die andere Marke nur innerhalb einer bestimmten Berufsgruppe bekannt ist.*

Entscheid des High Court of Justice—Chancery Division (Lloyd Jacobs, J.) i. S. LD's application for a trade mark vom 31. 1. und 1. 2. 1955 (72 R.P.C. 75).

Die Firma L. & Son stellte das Gesuch um Registrierung der Marke «Leesona» für Teppiche und Matten im Teil B des Markenregisters. Dagegen erhob die Inhaberin der gleichlautenden, seit mehr als 40 Jahren für Kettenspulmaschinen (textile winding machines) eingetragenen Marke, Messrs. U.W.C., Boston, USA, Einspruch.

Der Gerichtshof wie auch der Assistant Commissioner wiesen das Eintragungsgesuch ab. In der Begründung wurde davon ausgegangen, daß die Firma U.W.C., Boston, für ihre Maschinen, die seit über 40 Jahren unter der Phantasiebezeichnung «Leesona» verkauft werden, einen sehr guten Ruf erworben hatte. Ferner untersuchte der Gerichtshof, ob eine Warengleichartigkeit zwischen Kettenspulmaschinen und Teppichen vorhanden sei, was bejaht wurde, da man es nicht als ausgeschlossen betrachtete, daß zur Herstellung von Teppichen Rohmaterialien Verwendung finden, die mit Hilfe der Kettenspulmaschine «Leesona» hergestellt wurden. Anders ist seinerzeit entschieden worden in bezug auf Flugzeuge und Zahnpasten (Marke «Spitfire») sowie Nahrungsmittel und Schreibmaschinen (Marke «Bovril»). (Vgl. die Entscheide in 66 R.P.C. 305 und 62 R.P.C. 111).

Zuletzt war noch die Frage zu beantworten, ob die Täuschungsgefahr als bestehend angenommen werden sollte, trotzdem die Marke «Leesona» nur für Leute aus der Textilindustrie von Bedeutung war. Mit anderen Worten galt es zu entscheiden, ob die Verwechslungsgefahr in bezug auf einen klar umschriebenen Berufsstand, der im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung eines Landes sehr unbedeutend ist, genügt. Auch diese Frage wurde zugunsten der Einsprecherin entschieden und die Marke «Leesona» der Firma L. & Son für Teppiche zurückgewiesen.

## USA

*Umschreibung der gedruckten Vorveröffentlichungen, die im Sinne von 35 USA 102 neuheitsschädlich wirken.*

Entscheid des Patent Office Board of Appeals i. S. ex parte H. vom 15. 10. 53 (103 USPQ 332; vgl. GRUR ausl. Teil 1955, 136 No. 450).

Da der Prüfer der Patentanmeldung von H. eine australische Patentanmeldung entgegenhielt, stellte sich die Frage, ob die letztere als gedruckte Vorveröffentlichung zu qualifizieren sei. Dies wurde von der Beschwerdeinstanz des Patentamtes verneint.

Gestützt auf die Ausführungen in «Patents throughout the World» von White & Ravenscroft sowie «Guide to Patents, Trade Marks and Designs» von O. Carlberg stellte die Beschwerdeinstanz fest, daß das australische Patentamt eine Patentanmeldung für jedermann zugänglich macht, sobald sämtliche Patentansprüche eingereicht worden sind. Eine Drucklegung der betreffenden Patentanmeldung und der Patentansprüche ist damit jedoch nicht verbunden. Nachdem Sec. 102 des amerikanischen Patentgesetzes ausdrücklich von gedruckten Veröffentlichungen (printed publications) spricht, bedeutet diese Auslegung keine neuheitsschädliche Vorveröffentlichung. Das Patent wurde deshalb erteilt.

(Mitgeteilt von der Rechtsabteilung der Firma J.R. Geigy AG., Basel.)

## **Registrierung nicht benutzter Telle-quelle-Marken in USA**

WALTER WINTER, BASEL

In dieser Zeitschrift (1950, Heft 2, S. 140) wurde über eine Entscheidung des Commissioner of Patents vom 6. Oktober 1949 berichtet, gemäß welcher auch unter Artikel 6 des Pariser Unions-Vertrages für einen ausländischen Unionsangehörigen eine Marke in den USA nicht registriert werden kann, wenn der Markeninhaber nicht erklärt, daß er die Marke in mindestens einem Lande benützt («Callender»-Entscheidung). Durch eine neue Entscheidung des Commissioner vom 27. Mai 1955 (Ex parte Société Fromageries Bel; 105 USPQ 392) ist für Registrierung von Telle-quelle-Marken das Erfordernis der Benutzung fallen gelassen worden.

Die Entscheidung betrifft das Begehren einer französischen Gesellschaft auf Registrierung ihrer in Frankreich eingetragenen Marke «Die fröhliche Kuh», wobei anlässlich des Registrierungsgesuches keine Benutzung inner- oder außerhalb der USA behauptet wurde; die erste Instanz lehnte die Registrierung, offenbar unter der Doktrin der «Callender»-Entscheidung, ab. Die Beschwerde an den Commissioner gab dessen Mitarbeitern Anlaß zu einer sehr sorgfältigen Analyse der einschlägigen Vorschriften des PUV (Art. 2, 4, 6) und des nationalen Markengesetzes von 1946 (Sect. 2, 44, 45), nebst den Gesetzesmaterialien und einiger älterer Entscheidungen (Roßmann v. Garnier, 1914; Bacardi v. Domenech, 1940; Ex parte Dorin, 1954). Die Grundsätze, von denen sich die entscheidenden Beamten leiten ließen, können wie folgt zusammengefaßt werden:

Staatsverträge der USA werden mit der Ratifizierung zu nationalen Gesetzen; sie sind direkt anzuwenden, soweit dies inhaltlich möglich ist. Bei Kollisionen von Gesetzen gilt grundsätzlich das jüngere; der PUV ist jedoch so liberal auszulegen, als es jüngere Gesetze irgend gestatten, im Markenrecht um so mehr als es 1946 die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers war, dem PUV volle Nachachtung zu verschaffen.

Nachdem der Nichtgebrauch kein Grund ist, unter welchem ein Vertragsstaat die Registrierung einer Telle-quelle-Marke gemäß Art. 6B PUV ablehnen kann,

würde die Anwendung des «Gebrauchstextes», der für andere Marken gilt, auf Telle-quelle-Marken «den Vertrag zur Farce („moquery“) machen». Für die Registrierung von Telle-quelle-Marken wird, nach PUV *und* nach M.Sch.G. 1946, das Erfordernis des Markengebrauches durch die «Heimat-Registrierung» ersetzt.

Da in casu kein anderer Zurückweisungsgrund vorlag, wurde die Marke zur Registrierung zugelassen. Der in dieser Entscheidung entwickelte Rechtsgrundsatz ist inzwischen in die ab 15. August 1955 gültige Neufassung der «Rules of Practice» aufgenommen worden (s. Sect. 2.39).

Aus der ausführlichen Entscheidungsbegründung ergibt sich ferner, daß sich von der Registrierung an *alle* Rechtsverhältnisse *aller* Marken ausschließlich nach dem nationalen Rechte der USA richten, denn auf Grund von Sect. 44 f wird die Marke mit der Registrierung *auf jeden Fall* (also nicht nur, gemäß Art. 6D PUV, bei Konformität mit den nationalen Gesetzen des Registrierungslandes) von der Heimatregistrierung unabhängig. Praktisch bedeutet dies z.B., daß auch der Inhaber einer Telle-quelle-Registrierung vor Ablauf des 6. Registrierungsjahres und bei Erneuerungen zur Vermeidung der Löschung den Gebrauch der Marke in USA nachweisen muß (Sect. 8 und 9 Lanham Act); auch sonst wird der Rechtsbestand der Registrierung und von Übertragungen derselben nach den gleichen Grundsätzen bemessen, die für auf Gebrauch im Inlande gestützte Registrierungen Geltung haben (vgl. insbesondere Art. 14 und 45 Lanham Act).

(Für Wortlaut der Entscheidung s. GRUR, Auslandsteil 1955, S. 363.)

## Buchbesprechungen

*E. Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, Bd. III, Nachtrag zu Bd. I und II, S. 1389–1689, Albert Nauck & Co., 1955.*

Bd. I und Bd. II, die 1949 und 1950 erschienen sind, wurden abgeschlossen, bevor die Pflege des Patentrechts nach dem Kriege in Deutschland die mannigfachen Hemmnisse völlig überwunden hatte. Seither ist der Gesetzgeber nicht müßig gewesen; die Gerichte haben wichtige Entscheidungen gefällt; die Spezialisten suchten zahlreiche alte und neue Fragen zu beantworten. Dieses überaus wichtige Material ist im Bd. III zusammengefaßt und bis Ende Oktober 1954 berücksichtigt. Eine Ausnahme wurde für das Gesetz über die patentamtlichen Gebühren gemacht, das, obgleich es vom 22. Februar 1955 stammt, ebenfalls aufgenommen wurde. Der erste Teil umfaßt die Gesetze, Verordnungen, Bekanntmachungen usw. ab 2. Oktober 1949. Auch das Patentgesetz und die Durchführungsbestimmung der DDR sind wiedergegeben. Der zweite Teil gibt an, wie weit durch die neuen Gesetze usw. die früheren vollständig oder teilweise aufgehoben oder geändert wurden. Im dritten Teil ist unter dem Titel «Internationale Verträge» die «Europäische Übereinkunft über Formerfordernisse bei Patentanmeldungen vom 11. Dezember 1953» erwähnt. Ferner sind die zweiseitigen Staatsverträge, die von der Bundesrepublik Deutschland in bezug auf die kriegsbedingte Wiederherstellung und Verlängerung von Fristen abgeschlossen wurden, abgedruckt. Im 4.-9. Teil finden wir Rechtsprechung und Schrifttum zum Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, zu den 5 Überleitungsgesetzen, zu Gesetz Nr. 8, zum Patentverlängerungsgesetz und zur PVUe. Ernst Reimer hat wiederum PatG 9 (Lizenzfragen) betreut. Die Ergänzungen zum Text der beiden andern Bände enthalten den genauen Hinweis auf die Stelle, bei der sie anschließen (z. B. § 24, Abs. 2, Anm. 25, Abs. 3). Die Urteile, Werke und Aufsätze sind meistens ohne kritische Stellungnahme angeführt.

Eingehend befaßt sich Reimer mit der Rechtsprechung des BGH in bezug auf den Schutzzumfang des Patentes, der im Anschluß an Lindenmaier anstelle der bisherigen Zweiteilung (Gegenstand der Erfindung und erweiterter Erfindungsgedanke) eine Dreiteilung setzt: Unmittelbarer Gegenstand der Erfindung, Gegenstand der Erfindung und allgemeiner Erfindungsgedanke. Reimer empfiehlt (S. 1591), zu der alten bewährten Zweiteilung zurückzukehren.

Der neue Band ist unentbehrlich. Er vermittelt den direkten Weg zu zahlreichen neuen Problemen und macht es leicht, die einschlägigen Urteile, Werke und Aufsätze zu finden.

Reimer hat den nach wissenschaftlicher Erkenntnis Strebenden und denjenigen, die im täglichen Mühen verstrickt nach rascher Hilfe ausschauen, gleichermaßen einen großen Dienst erwiesen, indem er diese Zwischenbilanz schrieb und nicht die Neufassung des ganzen Werkes abwartete.

*A. Troller*

A. Troller, *Die internationalen Beziehungen in den Referentenentwürfen zur Urheberrechtsreform*. Internationale Gesellschaft für Urheberrecht E.V.; Schriftenreihe; Band I; «Verlag Musik und Dichtung», Berlin W. 35; Copyright 1955.

In der Schriftenreihe einer deutschen internationalen Gesellschaft für Urheberrecht ist als Bd. I eine sehr verdienstvolle Abhandlung von Rechtsanwalt Dr. A. Troller erschienen: «Die internationalen Beziehungen in den Referentenentwürfen zur Urheberrechtsreform».

Bei diesen «Referentenentwürfen» handelt es sich um Entwürfe zu einem neuen Urheberrechtsgesetz und zu einem neuen «Gesetz über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechtes» der *deutschen Bundesrepublik*, die im Frühjahr 1954 durch das deutsche Bundesjustizministerium mit eingehendem Kommentar veröffentlicht wurden. Wie der deutsche Bundesminister der Justiz in seinem Vorwort zu dieser Veröffentlichung ausführt, sollen die Entwürfe die Grundlage für die Erörterungen abgeben, nach deren Ergebnis der endgültige Regierungsentwurf geformt werden soll.

Troller hat es sich nun im ersten Teil seiner Schrift zur Aufgabe gemacht, die Referentenentwürfe auf die Frage hin zu prüfen, ob und in welchen Bestimmungen sie allenfalls im Widerspruch zu der Berner Übereinkunft, zum Genfer Welturheberrechts-Abkommen und zu der Übereinkunft von Montevideo stehen. Im zweiten Teil untersucht er die Auswirkung der Referentenentwürfe auf internationale Rechtsverhältnisse.

Die außerordentlich gründlichen und schlüssigen Untersuchungen Trollers decken auf, daß die Referentenentwürfe in überraschend vielen Punkten im Widerspruch, insbesondere zur Berner Übereinkunft stehen und deshalb bei ihrer unveränderten Annahme den Urhebern deutscher Nationalität in Deutschland einen geringeren Rechtsschutz verleihen würden, als ihn die meisten ausländischen Urheber oder die Urheber in bezug auf die meisten erstmals im Ausland veröffentlichten Werke auf Grund der internationalen Übereinkünfte genießen.

Nur beispielsweise sei auf folgende Feststellungen Trollers hingewiesen: Mit meines Erachtens unwiderlegbarer Begründung stellt er fest, daß die Freigaben öffentlicher Aufführungen, welche mit § 46, Abs. 1 des Referentenentwurfes zum Urheberrechtsgesetz, angeblich im öffentlichen Interesse gewährt werden, mit Art. 11 BUe unvereinbar sind, nämlich die Verneinung des Rechtes auf öffentliche Aufführung geschützter Werke anlässlich von Volksfesten, kirchlichen oder staatlichen Feierlichkeiten, zur Jugendpflege, zu wohltätigen Zwecken und insofern kein Erwerbszweck verfolgt wird; weiter zeigt zum Beispiel Troller, daß die Musikzitationsrechte des § 50 (Ziff. 3, 4) und des § 55 des Entwurfes zu demselben Gesetz nur insoweit auf Verbandswerke angewandt werden könnten, als sie nicht zu dem ausschließlichen Aufführungs-, Bearbeitungs- und mechanischen Wiedergabe- und Aufführungsrecht der Artikel 11, 12 und 13 BUe in Widerspruch kommen. Gleichweise sei das in § 49 den Geschäftsbetrieben, welche Radio- und Televisionsgeräte und mechanische Instrumente vertreiben, für Geschäftszwecke zugestandene Aufführungs-, Vorführungs- und Wiedergaberecht mit den Art. 11 ff. BUe unvereinbar. Oder z. B. die Feststellung, daß die im § 92 des Referentenentwurfes vorgesehene Regelung von Filmmutzungsrechten, nach der im Zweifelsfall in der Erlaubnis zur Benützung eines Werkes für ein Filmwerk auch die Erlaubnis zur Vervielfältigung und zur Verbreitung des Filmwerkes, zu dessen öffentlicher Vorführung, Radioverbreitung, Übersetzung und Bearbeitung für andere Filme als

mit eingeschlossen erklärt wird, die den Urhebern in Art. 14 BUE erteilten Herrschaftsbefugnisse unzulässig einschränke, usw., usw.

Nachdem die Botschaft des schweizerischen Bundesrates zur Teilrevision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes wiederholt darauf hinweist, daß für die Totalrevision des Urheberrechtsgesetzes die ausländische Entwicklung abzuwarten sei, sind die Erfahrungen, die bei der Totalrevision der *deutschen* Urheberrechtsgesetzgebung gesammelt werden, für uns besonders wichtig, stellte doch unser Gesetzgeber auf dem Gebiete des Urheberrechtes von jeher auf die deutsche Entwicklung ab, so daß die Probleme in Deutschland auch die unseren sind. So wird denn jede Verteidigung des Rechtes in Deutschland auch zu einer solchen in der Schweiz, und die durch Troller vorgenommene Aufdeckung der Widersprüche zwischen den deutschen Referentenentwürfen und insbesondere der Berner Übereinkunft verdient daher ein aufmerksames Studium durch alle, die berufen sein werden, an der kommenden Gesetzgebung der Schweiz mitzuarbeiten.

Es ist die Pflicht und das Bemühen jedes Staates, dafür zu sorgen, daß Ausländer nicht mehr Rechte genießen als die eigenen Staatsbürger. Da sich auch in Deutschland die überwiegende Mehrzahl der Ausländer auf internationales Übereinkunftsrecht berufen kann, empfiehlt Troller die Aufnahme einer Regel in das deutsche Gesetz, die bestimmt, daß sich auch Deutsche in Deutschland auf internationales Übereinkunftsrecht berufen können, insoweit dieses die Urheber günstiger stellt als das nationale Gesetz. Diesen Weg hat der schweizerische Gesetzgeber bekanntlich mit Art. 68bis des revidierten Urheberrechtsgesetzes bereits beschritten.

*Adolf Streuli*

*Alois Troller, Internationale Zwangsverwertung und Expropriation von Immaterialgütern*, 158 S., Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel (1955).

Der Arbeitstag muß für Troller mehr als 24 Stunden haben; anders ist die Tatsache kaum zu erklären, daß ein viel beschäftigter, über die ganze Schweiz konsultativ und prozeßmäßig praktizierender Anwalt innert 7 Jahren nicht weniger als drei umfangreiche, grundlegende Bücher über nationale und internationale Probleme des gewerblichen Rechtsschutzes veröffentlicht. Dabei handelt es sich ja keinswegs um schnell hingeworfene Gelegenheitspublikationen, sondern um tief schürfende, durch gründlichstes Studium der gesamten einschlägigen Literatur und Judikatur, vor allem aber durch ganz grundsätzliches eigenes Nachdenken erarbeitete Werke.

Es ist ein wesentliches Verdienst Trollers, daß er sich und den Leser zwingt, zum Allgemeinut gewordenen, anscheinend feststehende Begriffe neu zu durchdenken. Er scheut sich auch nicht, die Schlußfolgerungen weltbekannter Autoritäten einer kritischen Prüfung zu unterziehen und ihnen eigene, originelle Thesen gegenüberzustellen. Auch wenn der Leser in einen oder andern Punkt Zweifel über die praktischen Auswirkungen einzelner Konklusionen des Verfassers haben mag, so wird er der dogmatischen Folgerichtigkeit Trollers seinen Tribut zollen.

Das zentrale Problem ist für Troller die Frage nach dem Objekt des Rechtsschutzes. Während er in seinem ersten Werk «Der Schweizerische Gewerbliche Rechtsschutz» (S. 19/20) noch den Umsatznutzen als Gegenstand des Rechtsschutzes bezeichnet – worauf er übrigens heute ganz offen hinweist – führen ihn seine neuen Überlegungen dazu, das Geschaffene selbst, die Erfindung, die Marke, das Muster, das Werk als Schutzobjekt zu bezeichnen. Unter diesem Hauptgesichtspunkt behandelt Troller zu-

nächst «Die Immaterialgüter als Rechtsobjekte» (§ 2), «Die immaterialgüterrechtlichen Befugnisse» (§ 3), «Das Objekt der Zwangsverwertung und Expropriation» (§ 4), «Die örtliche Lage der Immaterialgüter» (§ 5), «Das Mitwirken mehrerer Staaten bei der Zwangsverwertung und Expropriation» (§ 6); in einem letzten Kapitel werden dann die «Ergebnisse» (§ 7) zusammengefaßt und schließlich streift ein kurzer «Nachtrag» noch das Urteil des Bundesgerichtes betreffend die Rechte an der Marke «Koh-I-Noor».

Der Referent verfügt bei weitem nicht über das stupende Wissen Trollers noch über seine umfassende Kenntnis der einschlägigen Literatur und Judikatur. Wenn er es dennoch wagt, in gewissem Sinne eine übrigen von Troller direkt erbetene Kritik zu üben, so aus zwei Erwägungen: Einmal weist Troller in seinem ersten Werk (S. 19) selbst auf eine gewisse Relativität aller auf diesem Gebiete vertretenen Theorien hin, wenn er sagt, daß es «einer jeden von ihnen gelingt. . . ., aus dem Vorrat der juristischen Terminologie einen Ausdruck zu wählen, denselben mit einem passenden Adjektiv zu verbinden und derart ein Charakteristikum dieser Rechte zu benennen». Und dann geht man ja kaum fehl in der Annahme, daß die vorliegenden Untersuchungen Trollers maßgeblich durch die zum Teil noch pendente Auseinandersetzung um die Rechte an der Marke «Koh-I-Noor», an der er gewissermaßen an der Front beteiligt ist, angeregt und beeinflusst worden sind; diese konkrete Beziehung des Werkes zu einem praktischen Fall erlaubt es vielleicht dem Referenten, der ähnliche Probleme zu bearbeiten hatte, gerade auf Grund praktischer Erwägungen gewisse Zweifel zu äußern.

Letztere betreffen nun nicht all das, was Troller zum Problem der Zwangsverwertung sagt. Hier drängt sich in der Tat eine internationale Rechtsvereinheitlichung nicht nur dogmatisch, sondern auch im Interesse der Praxis und der Beteiligten auf, und die Lösung, die Troller bietet (grundsätzliche Anerkennung der ausschließlichen Zuständigkeit des Wohnsitzstaates des Berechtigten zur Zwangsverwertung von Immaterialgütern, auch für das Ausland) ist wohl tatsächlich die einfachste und befriedigendste, auch wenn es sicher theoretisch andere Möglichkeiten gäbe. In diesem Punkt stellt Trollers Werk eine wertvolle Anregung für künftige Erörterungen im Rahmen der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz dar und würde es verdienen, direkt zum Diskussionsgegenstand eines nächsten Kongresses gemacht zu werden.

Wogegen jedoch der Referent ernste Bedenken hat, das ist die Gleichbehandlung der Expropriation, wobei diese ja heutzutage namentlich in Gestalt der entschädigungslosen Enteignung aus rassischen oder politischen Gründen in Erscheinung tritt. Es ist doch wohl eine unzulässige Fiktion, diesen Tatbestand wegen einer gewissen rechtstheoretischen Ähnlichkeit mit der ordentlichen Zwangsvollstreckung nach denselben Regeln zu behandeln, als ob qualitativ kein Unterschied bestünde. Der fundamentale Unterschied zwischen Zwangsverwertung und entschädigungsloser Enteignung besteht doch darin, daß erstere ein normales Institut jedes Rechtsstaates ist, vorgesehen und geregelt im Interesse der Rechtsgemeinschaft und jedes Einzelnen, daß aber die entschädigungslose Enteignung dem Prinzip des Rechtsstaates diametral widerspricht, seine Negierung bedeutet und ausschließlich dem rein politisch bedingten, rechtlich nur als Willkür qualifizierbaren Interesse des Staates oder der ihn momentan beherrschenden Menschen dient. Troller ist sich selbst offenbar dieses Einwandes bewußt, wenn er die seiner These widersprechenden Entscheidungen und Lehrmeinungen als Ausfluß eines «irrationalen Gerechtigkeitsgefühls» bezeichnet, das jedoch vor der seines Erachtens einzig «logischen» Lösung zurücktreten müsse. Wird hier nicht die Logik zum Selbstzweck, würde sich eine allein danach ausgerichtete Rechtsprechung nicht mit dem

schließlich für den Bestand einer Rechtsordnung auch wesentlichen Rechtsgefühl in unlösbareren Widerspruch setzen? Jede Diktatur ist bestrebt, die restliche Welt mit derart formal und abstrakt-logisch vielleicht befriedigenden Versuchen, das von ihnen gesetzte «Un-Recht» als «Recht» erscheinen zu lassen, über ihren wahren Charakter hinwegzutäuschen und sich zur Durchsetzung dieses «Unrechts» der für das «Recht» vorgesehenen Institutionen zu bedienen. Und auch die konfiskatorischen Maßnahmen der Alliierten gegenüber Deutschland sind, selbst wenn schließlich ein Weltkrieg einiges erklärt, grundsätzlich ebensowenig mit unserem Rechtsgefühl vereinbar – wie z. B. die schweizerischen Bemühungen um die Revision des in erster Linie machtpolitisch zu erklärenden Washingtoner Abkommens zeigen – und können für die Schweiz und ihre Juristen keinen Grund bilden, sich mit solcher Fiktions- und Formal-Jurisprudenz abzufinden, und sich sogar um die «logische» Rechtfertigung derartiger Staatsakte zu bemühen.

Als besonders anschauliches Beispiel, zu was das führen würde, sei der von Troller am Schluß seines Werkes angedeutete Vorschlag erwähnt, auch für die Expropriation eine internationale Zuständigkeitsordnung zu schaffen: Staaten, die nicht nur nach der Form, sondern auch nach dem Inhalt ihrer Rechtsordnung, als wirkliche Rechtsstaaten bezeichnet werden dürfen, die also, mindestens in Friedenszeiten, die entschädigungslose Enteignung kaum vorsehen werden, sollen demnach in einem internationalen Vertrag derartige Maßnahmen fiktiver «Formal-Rechtsstaaten», offenbar erst noch gleichgültig, ob gegen deren Staatsangehörige oder gar gegen eigene gerichtet, sanktionieren, sollen aus alter Tradition erwachsenes Rechtsgefühl über Bord werfen, um einer durch dogmatische Deduktionen nachgewiesenen Logik Genüge zu tun? Troller bezeichnet Zweifel, ob die einzelnen Schutzländer sich dann in Zeiten politischer Stürme auch an solche Abkommen halten würden, als «verfehlt», und zwar mit dem Hinweis, die Staaten des Ostblockes hätten die Mitgliedschaft bei den Unionsverträgen auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes nicht aufzugeben und seien daher dadurch gebunden. Ist nicht auch das eine Fiktion? Schon heute verzichten zahlreiche Industrien darauf, ihre gewerblichen Schutzrechte in jenen Ländern anzumelden, weil eben der Rechtsschutz dort weitgehend fiktiv geworden ist; wer z. B. schon über die Anerkennung schweizerischer Patente in Ostblockstaaten zu verhandeln hatte, weiß, gegen welche Rabulistik dabei anzukämpfen ist, und daß ein allfälliger Schutz nicht aus Respekt vor den Unionsverträgen gewährt wird, sondern aus handfesteren, rein wirtschaftspolitischen Erwägungen. Kann man sich im Ernste vorstellen, daß z. B. die Regierung eines Ostblockstaates die entschädigungslose Enteignung des Urheberrechts am Werk eines Kommunisten in dessen westlichem Wohnsitzstaat als für sich verbindlich respektieren würde? Aber auch abgesehen hievon, dürften eben derartige Fälle kaum vorkommen, weil eine entschädigungslose Enteignung der materiellen Rechtsordnung eines wirklichen Rechtsstaates widerspricht, so daß die Anerkennung der Zuständigkeit des Wohnsitzstaates sich praktisch ausschließlich zugunsten fiktiver Rechtsstaaten, zum Beispiel der Oststaaten auswirken würde. Und für Kriegszeiten, etwa um Konfiskationen wie die gegenüber Deutschland erfolgten zu verhindern, hilft das schönste internationale Abkommen nichts, weil sich bekanntlich Kriegführende gegenüber Feindländern an solche Verträge nicht mehr gebunden erachten.

Wenn sich der Referent, auch auf die Gefahr hin, die strenge Logik dem «irrationalen Gerechtigkeitsgefühl» zu opfern, verpflichtet gefühlt hat, an dieser Stelle seine Bedenken in aller Offenheit zum Ausdruck zu bringen, so soll damit der große Wert der Untersuchungen Trollers nicht im geringsten in Frage gestellt werden. Auch ab-

gesehen von den die Zwangsvollstreckung betreffenden, sehr zu beherzigenden Postulaten bietet das Buch eine unerhörte Fülle von Anregung, für die jeder Leser dankbar sein wird.

*Ernst Kober*

*Erich Schulze, Generaldirektor der Gema, Recht und Unrecht. Eine Studie zur Urheberrechtsreform. (München und Berlin, 1954. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.)*

Seit 25 Jahren schon kämpft Erich Schulze für die Urheber und das Urheberrecht. Ihm verdankt die *Gema* (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) ihren glänzenden Wiederaufbau nach dem Zweiten Weltkrieg, eine Leistung, die einer Neuschöpfung gleichkommt oder sie vielleicht sogar übertrifft, wenn man an die psychologischen Schwierigkeiten denkt, die das Nazierbe Deutschland auferlegt hatte. Schulze ist es gelungen, das 1945 bestehende Mißtrauen des Auslandes zu zerstreuen und die *Gema* zu einer der bestgeführten und international anerkanntesten Urheberrechtsgesellschaften zu machen.

Diese Lorbeeren betrachtet er aber nicht als Schmuck eines Ruhebettes. Ganz im Gegenteil. Es ist ihm daran gelegen, daß nicht nur die Geltendmachung des Autorrechtes in Deutschland wirksam sei, sondern auch und vor allem, daß die Handhabe dazu, der theoretische Schutz, einem einwandfreien und den modernen Errungenschaften angepaßten Gesetz entspringe. Deshalb setzt er sich mit Volldampf für die Urheberrechtsreform ein, nachdem er schon im Jahre 1951 in seinem Werk *Urheberrecht in der Musik und die deutsche Urheberrechtsgesellschaft* (Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin) diese Frage angeschnitten hatte.

Besonders akut ist sie seit 1954 geworden, als die sogenannten Referentenentwürfe vom Bundesjustizministerium in Bonn veröffentlicht wurden. Diese Entwürfe (es handelt sich um ein Urheberrechtsgesetz, das sowohl die Werke der Literatur und der Musik als die der bildenden Künste umfassen soll, und um ein weiteres Gesetz betreffend die Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechtes) haben in Urheberkreisen eine scharfe Opposition hervorgerufen. Man wirft ihnen vor, viel zu sehr «verbraucherfreundlich» zu sein, und den Urhebern Opfer aufzuerlegen, die nicht durch ein breites Volksinteresse gerechtfertigt wären, sondern viel eher der Bequemlichkeit bestimmter Kreise entsprechen. So hat die Auseinandersetzung etwas klassenartiges erhalten, was man bedauern muß. Ich glaube nicht, daß die Referentenentwürfe direkt und wissentlich gegen die Autoren eingestellt sind, und möchte einer allzu großen Empfindlichkeit von dieser Seite keineswegs das Wort reden. Ob aber die Belange der Autoren nicht etwas leicht preisgegeben wurden, da wo ein Ausgleich nötig war zwischen dem unzweifelhaften Recht des Urhebers und einem verständlichen Bedürfnis der «Verbraucher», das ist etwas anderes, worüber eine kleine Untersuchung wohl am Platz wäre. Das aus der unermüdlichen Feder Schulzes stammende Buch *Recht und Unrecht* gibt Anlaß dazu<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nach den neuesten Meldungen soll die westdeutsche Regierung die Absicht hegen, auf eine Gesamtrevision der deutschen Urheberrechtsgesetzgebung vorläufig zu verzichten und nur eine kurze Novelle vorzubereiten, um den Beitritt der Bundesrepublik zur Berner Übereinkunft betreffend den Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Brüsseler Fassung, 1948) und die Ratifikation der Genfer Welturheber-

Der Generaldirektor der *Gema* beginnt mit einigen Ausführungen allgemeiner Natur, in welchen er sofort eine prinzipielle Kritik an den Referentenentwürfen übt. Diese gingen von der irrümlichen Voraussetzung aus, daß die Autoren, und namentlich die Komponisten, mangels einer gewerkschaftsmäßigen Organisation (wie sie die *Gema* ist) in manchen Fällen die unentgeltliche Aufführung ihrer Werke gestatten würden. Dieser Freigebigkeit mache die *Gema* ein Ende, indem sie die Urheber zwingt, einen von ihr festgesetzten Tarif anzuwenden. Ergo müsse der Gesetzgeber dafür sorgen, daß der gewerkschaftsähnliche Verband der Autoren nicht zu diktatorisch auftrete. Offen gestanden: die *Ausgangslage* scheint mir von den Referentenentwürfen nicht so falsch erfaßt zu sein. Der Drang des Menschen, sich künstlerisch schaffend zu betätigen, ist absolut unabhängig vom Urheberrecht. Gäbe es keinen Schutz der Dichtungen (im weitesten Sinne), so würden trotzdem welche entstehen. Je begabter ein Autor ist, desto stärker regen sich in ihm die Fähigkeit und der Wunsch, seine innere Welt zu offenbaren. Es ist sicher richtig, daß der alleinstehende Schriftsteller oder Komponist oftmals auf ein Honorar verzichten würde, nur um dem Kind seines Geistes und Gemütes Gehör zu verschaffen beim Publikum. Aber *daraus* folgt meines Erachtens *nicht*, daß der Gesetzgeber, der ein Urheberrechtsgesetz erläßt, den Schutz nach gewissen Richtungen abschwächen soll, um, wenigstens teilweise, die Autoren in den Stand *zurückzudrängen*, wo sie verblieben wären, wenn sie nicht, wie unzählige Arbeiter in den verschiedensten Sparten, die Wohltat der beruflichen Organisation genossen hätten. Diese Wohltat müssen sie ungeschmälert weitergenießen, um so mehr als die «Verbraucher» ihrerseits ebenso straff organisiert sind. Gegen den Mißbrauch der gewerkschaftlichen Machtposition und des Monopols gibt es andere Mittel: nämlich den Abschlußzwang (der allerdings gewisse Bedenken erweckt, mit Rücksicht auf die revidierte Berner Übereinkunft), und die Bestimmung betreffend die schikanöse Rechtsausübung (BGB Art. 226). Wenn also Schulze die Beschränkungen des Urheberrechts unbedingt auf ein Minimum reduzieren will, so verdient seine Haltung grundsätzliche Billigung. Nur wenn das Recht des Autors eine untragbare Härte für die «Verbraucher» der Werke mit sich brächte, sollte es beschnitten werden können.

Mit diesem Maßstab gemessen, sind die Referentenentwürfe (und besonders derjenige des Urheberrechtsgesetzes) nun in der Tat nicht durchwegs geeignet, die Autoren zu befriedigen. Schulze beweist es, indem er im Hauptteil seines Buches jeden Artikel unter die Lupe nimmt und ihn, wenn ich so sagen darf, auf Urheberfreundlichkeit prüft. Als Vergleichsmaterial werden herausgezogen die früheren Entwürfe von der Akademie für deutsches Recht (1939), von Dr. Willy Hoffmann (1933), und vom Reichsjustizministerium der Weimarer Republik (1932). Eine gewissenhafte und breite Dokumentation wird dem Leser mitgeteilt, welche ihren Wert behält, selbst wenn man den Schlußfolgerungen Schulzes nicht immer ganz beipflichten wollte. Es ist unmöglich, im Rahmen einer knappen Besprechung alle vom Generaldirektor der *Gema* geäußerten Bedenken und vorgeschlagenen Änderungen zu erwähnen. Ich muß mich mit einigen Beispielen begnügen.

Die Umschreibung des Verbreitungsrechtes (§ 12) wird beanstandet, weil in Absatz 2 die autorisierte Verbreitung von Vervielfältigungsstücken die Freiheit der Weiter-

---

rechtskonvention) 1952) zu ermöglichen. Schulze hätte also in dem hier zu besprechenden Buch ein Gelegenheitswerk geschaffen, unter einer Voraussetzung, die zunächst wegfallen dürfte. Aber die von ihm behandelten Fragen verlieren dadurch ihre wissenschaftliche Bedeutung nicht.

verbreitung dieser Werkexemplare nach sich zieht. Demnach ist das Geschäft der Leihbüchereien dem Urheberrecht entzogen, und ebenso das entgeltliche Vermieten von Schallplatten oder Tonbändern, sofern die vermieteten Objekte rechtmäßig erstmals in den Verkehr gebracht wurden. Man kann natürlich sagen, daß das rechtmäßige Inverkehrbringen eines Werkexemplares das Verbreitungsrecht an diesem Objekt erschöpft. Dann hat eben der Urheber «keine ausschließliche Berechtigung zum Vertrieb der Vervielfältigungsstücke, sondern eine urheberrechtliche Befugnis, die erlischt, sobald er die Vervielfältigungsstücke in Verkehr gebracht hat» (Siehe *Begründung der Referentenentwürfe*, Seite 97). Man könnte aber auch dem Autor dieses ausschließliche Vertriebsrecht gewähren, das wäre der logische Ausbau des Urheberrechts. Ist es wirklich so, daß die Leihbüchereien nur kraft der Freizügigkeit ihres Materials ein bescheidenes Dasein fristen? Und daß die Kundschaft nicht in der Lage wäre, eine geringe, den Urhebern zuzuführende Mietzinserhöhung zu zahlen? Hier kann ich eine untragbare Härte für die Verbraucher nicht entdecken; höchstens einen Bruch mit alten, an und für sich begreiflichen Gewohnheiten, die aber nicht unter allen Umständen unangetastet bleiben müssen. Die von der Begründung angeführten Motive scheinen mir nicht absolut zwingend, und ich möchte, bessere Belehrung vorbehalten, das Postulat unterstützen, welches dem Autor ein Recht auf Honorar gäbe, wenn rechtmäßig hergestellte Werkexemplare durch Leihbüchereien entgeltlich weiterverbreitet werden. Ich sage: ein Recht auf Honorar und nicht ein Verbotrecht, weil ein Werk, das bereits vom Berechtigten in Verkehr gesetzt wurde, gegen die Weiterverbreitung privativ nicht geschützt werden muß. Es genügt, daß dem Prinzip des früheren Reichsgerichtes (von Schulze zitiert) nachgelebt werde, mit anderen Worten: «daß tunlichst überall, wo aus einem Geisteswerke geldwerter Gewinn gezogen werden kann, dem Urheber ermöglicht werden soll, daran teilzunehmen». Ein Reglement könnte die Höhe der Lizenz festlegen, oder hiefür ein Verfahren vorsehen. Ob allenfalls das «Droit moral» noch extra vorbehalten werden sollte, würde ich eher bezweifeln. Immerhin sei die Frage offen gelassen. Die Weiterverbreitung ohne gewerblichen Zweck ist natürlich gestattet.

Ein besonders dankbares Feld bieten der Kritik Schulzes die Einschränkungen einzelner Befugnisse des Autors. So wird zum Beispiel gegen die sogenannten ephemeren Bild- oder Tonträger, die den Sendegesellschaften erlaubt sein sollen (§45), Stellung genommen. Ob die Autoren wirklich dadurch eine Enteignung erleiden und ob derartige Fixierungen nicht vielmehr eine Vorbereitung der Sendung bedeuten und in die Sendeerlaubnis einzubegreifen sind, bleibe dahingestellt. Es besteht die Meinung, die Sendegesellschaften brauchen eine solche Erleichterung ihrer Aufgabe nicht<sup>2</sup>. Das ist die Ansicht des schweizerischen Gesetzgebers, der die ephemeren Aufnahmen nach reiflicher Überlegung ganz fallen ließ. Wenn man sie aber als notwendig erachtet, dann sollte man, glaube ich, auf eine Entschädigung der Urheber (wie sie Schulze hilfsweise anregt) verzichten. Die Entschädigung ist bereits bezahlt, weil die entgeltliche Erlaubnis zur Sendung erteilt wurde. Dagegen fällt die zwölfmonatliche Frist auf, während welcher die ephemeren Aufnahmen einmal gesendet werden dürfen. Gewiß, die Radiounternehmungen sind gezwungen, ihre Programme mehr oder weniger im voraus festzustellen: daß sie aber ein ganzes Jahr Aufnahmen auf Lager haben müßten, will mir nicht recht einleuchten.

---

<sup>2</sup> Man hat darauf hingewiesen, daß die Sendeunternehmen für die Handhabung der ephemeren Aufnahmen mehr ausgeben würden als für die entsprechenden Sendebewilligungen. Also keine Ersparnis, sondern eine Mehrbelastung.

Die verschiedenen Einschränkungen, die das Vortrags- und Aufführungsrecht erfahren soll, werden besonders scharf von Schulze aufs Korn genommen. Es ist richtig: die Referenten haben hier die Grenzen des Erlaubten erheblich weit gezogen<sup>3</sup>. Daß Vorträge und Aufführungen für die Jugendpflege oder bei einer Betriebsfeier keiner Genehmigung der Urheber bedürfen (§46), geht weit (weiter als das geltende Recht in Deutschland), und es ist schon oft bemerkt worden, daß Veranstaltungen, deren Zweck die Wohltätigkeit ist, deswegen in keiner Weise dem Urheberrecht entzogen werden sollen. In der Schweiz ist das Aufführungsrecht schrankenlos geschützt, ohne daß die Volksgemeinschaft unter diesem «Absolutismus» leidet. Sind besondere Umstände vorhanden, so berücksichtigt sie die *Suisa* (Organisation der Autoren). Das ist nicht nur liberal, sondern auch klug von ihr; so kann sie im Volk das Verständnis für das Urheberrecht fördern. Auch die *Gema* würde in Deutschland ähnlich handeln, dessen bin ich überzeugt, sofern man ihr die Möglichkeit ließe, eine gewisse Großzügigkeit walten zu lassen. Nur sollte man ihr einen genügenden Spielraum gewährleisten und das Urheberrecht nicht schon von Gesetzes wegen zu sehr schwächen.

Der Referentenentwurf (§47) gestattet weitgehend die Vervielfältigung zum persönlichen (nicht beruflichen und nicht gewerblichen) Gebrauch, gleichviel ob sie mit Hand, mit Schreibmaschine oder gar mit einem der neuesten technischen Verfahren, Magnetton, Mikrokopie, erfolgt. Die Urheber protestieren: sie wollen alle mechanischen Vervielfältigungsmethoden (zum mindesten die beiden letztgenannten und wirksamsten) dem Recht des Urhebers unterstellen. Bereits ist ein kammergerichtliches Urteil ergangen<sup>4</sup>, welches in der privaten Bandaufnahme eine Vervielfältigung sieht, die den Rahmen des persönlichen Gebrauchs sprengt, wie ihn das geltende Gesetz im Auge hat. Das ist gewiß richtig. Trotzdem kann ich mich nicht erwärmen für eine Lösung, welche die private Bandaufnahme (oder die private Photokopie) als eine das ausschließliche Recht des Autors verletzende Vervielfältigung betrachtet. Was privat mit geschützten veröffentlichten Werken geschieht, ist urheberrechtlich frei; nur im Moment, wo die Kopie irgendwie öffentlich gebraucht wird, tritt die Verletzung ein. Etwas anderes wäre die Privataufnahme eines *unveröffentlichten*, noch in der Geheimsphäre des Autors zurückgehaltenen Werkes. Würde ein solches Werk auch nur einmal ohne die Genehmigung des Urhebers kopiert, so wäre das Urheberrecht berührt, denn der Autor allein bestimmt, wie, wann und wo sein Werk vervielfältigt wird, und die erste Kopie, selbst wenn sie vereinzelt bleibt, bedeutet eben eine Vervielfältigung (Deutsches Literatur-Urheberrechtsgesetz, § 15). Ist aber das Werk einmal rechtmäßig publiziert, so hat der Autor auf die Geheimhaltung verzichtet, und die natürliche Folge wäre, daß jedermann das Werk kopieren dürfte, wenn nicht gerade das Urheberrechtsgesetz diese Konsequenz versperren würde. Bei den Vervielfältigungen zum persönlichen Gebrauch, ob sie mit Hand oder mit der Maschine hergestellt werden, handelt es

---

<sup>3</sup> Ob sie überhaupt dazu berechtigt waren im Hinblick auf die Berner Übereinkunft (Fassung von Brüssel), das hat Troller glänzend untersucht und schließlich negiert in seinem Werk «*Die internationalen Beziehungen in den Referentenentwürfen zur Urheberrechtsreform*». Berlin W 35, 1955. Verlag Musik und Dichtung. Das Problem sei hier nur angedeutet. Es ist von großer praktischer und wissenschaftlicher Tragweite. Trollers Exposé verdient aufmerksamstes Studium. Man muß dem ausgezeichneten Rechtsgelehrten für sein klares und kompromißloses Urteil sehr dankbar sein.

<sup>4</sup> Seither hat auch der Bundesgerichtshof in Karlsruhe in gleichem Sinn entschieden (Urteil vom 18. Mai 1955).

sich immer für den Gesetzgeber um bereits publizierte Werke, wobei das im Urheberrecht allgemein geltende Kriterium des öffentlichen Gebrauchs Anwendung findet und die in Betracht fallende Vervielfältigung – weil privat – aus dem Kreise der Rechtsverletzungen ausscheidet<sup>5</sup>.

Wenn ich den gegenwärtigen Schutz der Geheimsphäre in keiner Weise einengen möchte, schon wegen der logischen Unmöglichkeit, in einem freiheitlichen Staat die persönlichen Angelegenheiten der Bürger zu überwachen, so bedeutet das nicht, daß ich mich den legitimen Wünschen der Urheber verschließe. Noch wird mit der Harmlosigkeit der Magnetongeräte argumentiert: die private Bandaufnahme geschützter Werke schade den Urhebern nicht, der Schallplattenumsatz sei sogar durch die neue Erfindung erheblich gestiegen, wo sei da eine Einbuße zu erblicken? Heute ist das vielleicht so, aber alles kann sich ändern. Das Magnetophon besitzt jedenfalls eine urheberrechtlich gefährliche Eigenschaft: es ist eine vortreffliche und einfach zu bedienende Reproduziermaschine, so daß ihr Eigentümer es in der Hand hat, sich ein ganzes Archiv geschützter Werke (inklusive Aufführungen) mühelos anzulegen<sup>6</sup>. Daß infolgedessen die Autoren im Vertrieb ihrer Werke beeinträchtigt werden können, scheint mir, wenigstens theoretisch, durchaus klar. Der praktische Beweis, in positiver oder negativer Richtung, dürfte mitunter umständlich sein. Also sollte man, meines Erachtens, die grundsätzliche Lage berücksichtigen und den Autoren eine Entschädigung bieten. An eine Kontrolle der Aufnahmen ist nicht zu denken. Durchführbar und wirtschaftlich tragbar wäre eine Pauschale, zahlbar beim Kauf des Apparates oder pro Jahr. Peinlich gerecht wäre diese Abgabe nicht, denn nicht alle Magnetophoneigentümer machen Bandaufnahmen geschützter Werke. Aber schließlich wissen alle um eine derartige Verwendung des Gerätes, welches sie anschaffen, und ganz abwegig wäre es nicht, etwas zu verlangen, als Ersatz für die gegebene Möglichkeit, geschützte Werke (nebst Aufführungen) privatim zu wiederholbarem Genuß festzuhalten. Das schon erwähnte kammergerichtliche Urteil vom 6. Oktober 1953 bemerkt, daß die Magnetongeräte drei verschiedene Funktionen haben: die Radioaufnahme, die Schallplattenaufnahme und die Aufnahme eines akustischen Effektes vor dem Mikrophon. Die zwei ersten Funktionen bezwecken, Werke und Aufführungen zu fixieren, sie sind also urheberrechtlich nicht neutral, sondern relevant und als solche den Käufern bekannt. Das ist eine dem *dolus eventualis* ähnliche Konstruktion. – Abschließend wäre ich dafür, die private Bandaufnahme und dergleichen zuzulassen. Ein durch Kontrolle auszuübendes Recht des Autors würde «dem in Artikel 13 des Grundgesetzes ausgesprochenen Grundsatz der

---

<sup>5</sup> Diese und ähnliche Gedankengänge werden vom Bundesgerichtshof, im erwähnten Urteil, mit sehr interessanten Argumenten bekämpft.

<sup>6</sup> Einen guten, weil ungewollten Beweis hiefür finde ich im Werbeheft Nr. 2, von 1955, der Société romande d'électricité, Montreux-Clarens, wo Herr Benjamin Droz wie folgt die Vorzüge des Magnetophons rühmt: «L'application la plus répandue, surtout pour l'amateur, est celle qui consiste à enregistrer la musique émise par la radio ou la télédiffusion, ce qui permet de se constituer à peu de frais une «filmothèque» de musique classique ou autre. Une bande contenant deux heures de programme revient de 20 à 25 francs, si elle est enregistrée à 9,5 cm sur double piste. Si l'on compare ce prix à ceux du commerce, on voit d'emblée que l'appareil est rapidement amorti.» Die Befürchtungen der Autoren, zum mindesten für die Zukunft, scheinen somit nicht unberechtigt. Allerdings könnten auch die Schallplattenfabrikanten ähnliche Gefühle empfinden, wie ich es weiter unten im Text noch zu bedenken gebe.

Unverletzlichkeit der Wohnung widersprechen» (*Begründung* der Referentenentwürfe, Seite 152). Dagegen könnte ich mich mit einer Pauschalabgabe befreunden, die der Käufer zu entrichten hätte. Absolut frei bliebe nur die Vervielfältigung mit Hand oder mit Schreibmaschine zum persönlichen Gebrauch, wenn sie nicht den Zweck hat, eine Einnahme zu erzielen (Vorschlag Schulze). Über eines muß man sich allerdings im klaren sein: gibt man etwas den Autoren, so rücken auch die ausübenden Künstler, die Tonträgerfabrikanten und die Sendegesellschaften mit ihren Ansprüchen heran; praktische Schwierigkeiten sind zu gewärtigen.

Ein letztes Begehren Schulzes sei hier wegen seiner Wichtigkeit gestreift: es betrifft die Dauer des Urheberrechts. Der Referentenentwurf ändert die bestehende fünfzigjährige Schutzfrist *post mortem auctoris* nicht. In Urheberkreisen regt sich nun die Meinung, der Schutz solle zeitlich unbegrenzt sein. Das Eigentum des Bürgerlichen Gesetzbuches, so wird argumentiert, sei ewig, warum nicht auch das Urheberrecht an einem Geisteswerk? Warum sollen die Erben des seit mehr als fünfzig Jahren verstorbenen Autors nichts mehr erhalten, während die Verleger und sonstigen Nutzer immer noch die Werke fruchtbringend (für sich) verbreiten können? Die Antwort scheint mir einfach: ich habe sie bereits gegeben im Zusammenhang mit der Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch. Ganz wie das Eigentum des BGB ist das Urheberrecht zeitlich unbegrenzt, soweit das Werk nicht veröffentlicht ist. Die Veröffentlichung aber bringt das Werk in den Verkehr, so daß jedermann es nutzen könnte, wenn nicht die Sonderregelung der Urheberrechtsgesetze den Autor weiterhin schützen würde. Dieser Schutz ist gerade das Urheberrecht in seiner vollen Wirksamkeit, denn vor der Veröffentlichung kann der Autor auch mit den Waffen des BGB sein Werk gegen Mißbrauch verteidigen. Wie lange soll das Urheberrecht dauern? Bis 20, 30, 50, 80 Jahre *post mortem* oder gar ohne Fristansetzung? Darüber muß der Gesetzgeber jecwilen entscheiden. Das sogenannte «ewige» Urheberrecht wäre meines Erachtens unangemessen; alle anderen Lösungen, auch die von Schulze vorgeschlagene Kulturabgabe auf die freigewordenen Werke, sind der Erwägung wert. Die Referenten haben sich für fünfzig Jahre *post mortem* entschlossen, d. h. für die meist gewählte Schutzdauer, was zufolge der internationalen Bedeutung des Urheberrechtes sinnvoll sein dürfte, und der Berner Übereinkunft, Fassung von Brüssel, entspricht.

Das wären ein paar Gedanken, hervorgerufen durch die Stellungnahme Schulzes zu gewissen Punkten des urheberrechtlichen Referentenentwurfes. Der verdiente Generaldirektor der *Gema* hat natürlich noch eine Menge anderer Fragen behandelt. Mit Recht erhielten seine Vorschläge in ihrer Gesamtheit den Namen «Entwurf Schulze» (*Musik und Dichtung*, März 1955, Seite 16; *Gema-Nachrichten*, April 1955, Seite 9). Wenn man auch gelegentlich die Zustimmung etwas nuancieren möchte, so ist es doch Pflicht einer sachlichen Beurteilung, die außergewöhnliche Arbeitskraft und den Schwung Schulzes ehrend hervorzuheben. Die Tradition der deutschen Tüchtigkeit setzt er in hervorragender Weise fort, und hält gegenüber der geschlossenen Macht der «Verbraucher» das Panier der Autoren unerschütterlich fest und hoch. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, die Interessenlage zu erfassen und einen gerechten Ausgleich zu finden zwischen den sich widersprechenden Tendenzen. Vom reinen Standpunkt der Masse betrachtet, sind die Autoren zweifellos die schwächeren, daher das sehr energische Aufgebot ihrer Kräfte und Argumente.

Und was die Stellung der *Gema* anbelangt, so war es sicher angezeigt, daß Schulze einige Gutachten einholte, einerseits um Kritiken zu begegnen, welche in Verbraucherkreisen laut wurden und den Referentenentwurf betreffend die Verwertungsgesell-

schaften vielleicht beeinflußt haben, andererseits um selber offensiv vorzugehen, und einzelne Bestimmungen des Entwurfes wegen Verfassungswidrigkeit anzufechten. Diese Gutachten (der Professoren Bötticher und Nipperdey) sind in *Recht und Unrecht* abgedruckt; sie vervollständigen Schulzes Ausführungen und zeichnen sich aus durch eine sehr eingehende Untersuchung der zu beantwortenden Fragen. Da es sich um Auseinandersetzungen vornehmlich innerdeutschen Charakters handelt, möge es genügen, hier darauf hinzuweisen.

*Bénigne Mentha*