

dentätigkeit des Kassationsklägers, und dieser hörte nicht auf, in seiner Eigenschaft als Reisender tätig zu sein. Der Dritte sprach ganz unbestimmt; die Bestellung mußte noch durch den Besuch des Dritten bei Meinrad Knecht konkretisiert werden. Der Kassationskläger ist also als Reisender mit Meinrad Knecht in Verkehr getreten, und der erste Kassationsgrund erweist sich als unzutreffend.

(5.) Zum zweiten Beschwerdepunkt: Verwendung des Handbeils, das der Kassationskläger dem Knecht verkauft hatte, im „Gewerbe“ des Käufers, ist zu bemerken: Es kann dahingestellt bleiben, ob die Landwirtschaft überhaupt als Gewerbe im Sinne des Patentrengesetzes angesehen werden könne, falls mit den Vorinstanzen zu sagen ist, daß das fragliche Handbeil wesentlich als Haushaltungsgegenstand zu bezeichnen ist. In letztem Auspruche liegt nun aber eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, an welche der Kassationshof durchaus gebunden ist, und an der die Kassationsbeschwerde ohne weiteres scheitert. Der Umstand, daß das Handbeil nebenbei auch zu landwirtschaftlichen Zwecken Verwendung findet, schließt nicht aus, daß es vorwiegend als Haushaltungsgegenstand zu betrachten sei. Nach dem Urteile des Kassationshofes vom 22. Oktober 1907 in Sachen Hermes gegen Statthalteramt Meilen* ist das Anbieten einer Ware (ohne Taxkarte) „stets dann, „aber auch nur dann, tarfrei, wenn zwischen dem besondern, je „weilen in Frage stehenden Gewerbe oder Geschäftsbetrieb und der „Verwendung des betreffenden Handelsartikels ein innerer — im „weiteren Sinne technischer — Zusammenhang besteht“, und muß die Verwendung für ein berufliches Bedürfnis vorliegen. Das ist ausgeschlossen, wenn die Verwendung vorwiegend im Haushalte stattfindet.

* AS 33 I Nr. 132 S. 806 ff., spez. S. 811 Erw. 7.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

III. Geistiges und gewerbliches Eigentum.

Propriété littéraire et industrielle.

Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst.

Propriété littéraire et artistique.

20. Urteil des Kassationshofes vom 11. Februar 1908 in Sachen Kruse, Kass.-Kl., gegen Choudens, Kass.-Bekl.

Kassationsbeschwerde, Form und Inhalt. Sie muss den Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung, nicht Abänderungsanträge enthalten. Art. 172 OG. — **Vervielfältigungsrecht an Gounods « Faust ».** — **Verjährung der Strafklage wegen Urheberrechtsverletzung.** Art. 17 UrhRGes. Die Unterbrechung wird vom eidgenössischen Recht beherrscht. Art. 34 Abs. 2 BStrR. Was ist hiernach in concreto « letzte Untersuchungshandlung »? — **Legitimation zur Verfolgung der Urheberrechtsverletzung; Umfang: Umfang der Abtretung der Rechte des Urhebers (Gounods).** — **Was ist « unerlaubtes Material »?** Art. 19; 12 Abs. 1 UrhRGes. Durch eine Aufführung mit unerlaubtem Material kann keine Verletzung des Vervielfältigungsrechtes begangen werden.

A. Unter dem 24. Dezember 1906 hatte der Polizeirichter von Bern in der Strafsache gegen Georg Kruse wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht folgendes Urteil gefällt:

1. Georg Kruse ist schuldig erklärt der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 23. April 1883 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, und in Anwendung der Art. 12, 13, 14, 18 des gen. Gesetzes, Art. 365, 368 StrB, 50 OR wird er verurteilt:

1. Polizeilich zu einer Buße von 10 Fr., oder im Falle der Nichteinbringlichkeit derselben zu 2 Tagen Gefangenschaft.

2. Zu einer Entschädigung von 35 Fr. an die Zivilpartei Choudens in Paris.

3. Zu deren Interventionskosten.

4. Zu den Kosten des Staates.

II. Das gefälschte Notenmaterial der Oper „Faust“, soweit dasselbe von Hand geschrieben ist, (28 Orchesterstimmen, 1 Mappe [Bachanale] und verschiedene Einzelstimmen) wird konfisziert.

Auf Appellation des Angeklagten hin hat sodann die Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern mit Urteil vom 11. Juli 1907 erkannt:

I. Auf die vom Angeeschuldigten replicando gestellten Anträge wird nicht eingetreten und damit Ziff. 2 des erstinstanzlichen Urteils als in Rechtskraft erwachsen erklärt.

II. Georg Kruse wird schuldig erklärt der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 23. April 1883 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, und in Anwendung der Art. 12, 13, 14, 18 des genannten Gesetzes, Art. 22 StrB, Art. 368, 468 StrB, verurteilt:

1. Polizeilich zu einer Geldbuße von 10 Fr., oder im Falle der Nichteinbringlichkeit derselben zu 2 Tagen Gefängnis.

2. Zu den Interventionskosten der Zivilpartei Choudens.

3. Zu den sämtlichen Kosten des Staates.

III. Das gefälschte Notenmaterial der Oper „Faust“, soweit dasselbe von Hand geschrieben ist, (28 Orchesterstimmen, 1 Mappe, Bachanale, und verschiedene Einzelstimmen) wird konfisziert.

B. Gegen das zweitinstanzliche Urteil hat nunmehr der Verurteilte rechtzeitig und formrichtig die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht, nach Art. 160 ff. OG, eingelegt. Die Kassationsanträge lauten:

1. Es sei zu erkennen, die gegen Georg Kruse erhobene Klage sei verjährt.

2. Es sei zu erkennen, Georg Kruse habe sich einer Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 23. April 1883 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst nicht schuldig gemacht.

3. Es sei zu erkennen, die Konfiskation des Notenmaterials sei ungesetzlich.

4. Es sei das Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 11./15. Juli 1907, eventuell Dispositiv II und III desselben, aufzuheben, und es sei die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurückzuweisen.

C. Der Kassationsbeklagte, Zivilkläger Choudens, hat auf Abweisung der Kassationsbeschwerde angetragen.

D. Den Antrag auf Abweisung der Kassationsbeschwerde hat auch die Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern in ihrer Vernehmung gestellt.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Aus den Akten ist in tatsächlicher Beziehung zunächst hervorzuheben: Am 15. März 1897 wurde im Stadttheater in Bern unter der Direktion des heutigen Kassationsklägers als Benefizvorstellung für den Regisseur Krieg die Oper „Faust“ von Gounod aufgeführt. Zu dieser Aufführung wurde Material benützt, das der Kassationskläger am 10. Juli 1896 von der Konkursverwaltung der Masse des verstorbenen Theaterdirektors Nicolini gekauft hatte; bei diesem Kauf hatte die Masse Nicolini sich ihre Haftbarkeit hinsichtlich des Urheberrechts an den verkauften Musikalien und Theaterstücken wegbedungen. Schon vor diesem Kauf, am 10./11. Juli 1896, hatte der heutige Kassationsbeklagte Choudens, Musikverleger in Paris, den Kassationskläger in Kenntnis gesetzt, daß sich im Nachlaß Nicolini „gefälschte Partituren und Einzelstimmen von dramatisch musikalischen Werken“ vorfänden, an denen das Urheberrecht existiere; dabei war die Oper „Faust“ als „Eigentum“ des Kassationsbeklagten bezeichnet worden. Vor der Aufführung vom 15. März 1897, mit Schreiben vom 5. gleichen Monats, fragte der Kassationskläger den Generalagenten der Société des auteurs etc. in Bern, Knoßp, an, welcher Preis für die Oper „Margaretha“ („Faust“) verlangt werde. Knoßp teilte ihm mit Antwort vom 6. gleichen Monats die Bedingungen mit. In der Folge trat dann Regisseur Krieg persönlich mit Knoßp in Verbindung; am 8. März schrieb Krieg an Knoßp, er würde die mündliche Abmachung: „35 Fr. für Leihung und 15 Fr. für Aufführung“ acceptieren; sei Knoßp einverstanden, so solle er nach Paris schreiben, da das Material vor dem 15. März da sein müsse. Knoßp antwortete gleichen Tags, worin er für die Expeditionskosten, falls „Faust“ aufgeführt werden wolle, 20 Fr. verlangte. Am 9. März schrieb Knoßp dem Kassationsbeklagten, und dieser antwortete telegraphisch am 10. März, er werde die Orchesterstimmen liefern. Knoßp legte dem Krieg dieses

Telegramm vor, er bemerkte ihm aber, die Aufführung dürfe nicht mit dem Berner Material gegeben werden; und da am Morgen des 15. März das Material aus Paris noch nicht eingetroffen war, schrieb Knosp an den Kassationskläger, er müsse ihn darauf aufmerksam machen, daß der Kassationsbeklagte die Aufführung „nach dem falschen nachgemachten Orchestermaterial“ nicht dulden werde. Als dann die Aufführung gleichwohl nach diesem Material stattfand, reichte der Kassationsbeklagte am 19. März 1897 gegen den Kassationskläger Strafanzeige wegen Verletzung des Urheberrechtes ein. Aus der Prozeßgeschichte ist vorläufig zu erwähnen, daß die Strafuntersuchung erstmals am 15. Februar 1898 zu einer Verurteilung des Kassationsklägers durch den Polizeirichter von Bern führte, daß aber die Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern, an welche der Kassationskläger appellierte, dieses Urteil und das ganze Verfahren bis zum 12. April 1897 (der ersten Hauptverhandlung) zurück, am 4. Juni 1898 wegen Formfehlers vernichtete. Am 17. November 1899 wies der Polizeirichter das Begehren der Erben Gounod, als Zivilpartei zugelassen zu werden, ab; am 20. Dezember 1899 verschloß die Polizeikammer der hiegegen appellierenden Zivilpartei von Unten wegen des Forum. Mit Urteil vom 12. Dezember 1900 wies sodann der Polizeirichter die vom Kassationskläger aufgeworfene Einrede der Strafflageverjährung ab, und am 16. Februar 1901 erkannte die Polizeikammer im gleichen Sinne. Hierauf nahm das Verfahren vor dem erstinstanzlichen Richter seinen Fortgang, bis es zu dem in Fakt. A mitgeteilten Endurteile führte.

2. Was nun zunächst die Kassationsanträge betrifft, so gehen die Anträge 1—3 insofern von einer unrichtigen Auffassung des Rechtsmittels der Kassation nach Art. 160 ff. O.G. aus, als sie auf Abänderung des angefochtenen Urteils und Erlass eines Haupturteils in der Sache selbst gerichtet sind, während doch dem Kassationshof nicht Entscheidungsbefugnis in der Sache selbst zukommt, und der Erfolg der Kassation nur in Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung zu neuer Entscheidung bestehen kann (Art. 172 O.G.). Dagegen enthält die Kassationsbeschwerde immerhin auch den allein zulässigen Antrag auf Aufhebung und Rück-

weisung, und es ist daher auf sie einzutreten. (S. BGE 26 I S. 342 Erw. 1; ferner eod. S. 544 Erw. 3.) Dabei ist der Kassationshof, gemäß Art. 171 O.G., nicht an die Beschwerdepunkte und die Rechtsbegründung des Kassationsklägers gebunden.

3. Als erste Frage, die die Kassationsbeschwerde aufwirft, ist die Verjährung der Strafflage zu behandeln. Entscheidungsnorm für diese Frage bildet zunächst Art. 17 UrhM.Ges. Als Verjährungsfrist kann im vorliegenden Falle nur die einjährige, nicht die fünfjährige dieser Gesetzesbestimmung in Berücksichtigung kommen, und als Anfangspunkt der Verjährung hat der Tag der Aufführung, also der 15. März 1897, zu gelten. Dagegen fragt es sich weiter, wie es sich mit der Unterbrechung der Verjährung verhalte und inwieweit diese von Bundesrecht beherrscht sei. In dieser Beziehung haben die Vorinstanzen (in ihren Urteilen vom 12. Dezember 1900 und 16. Februar 1901) mit Recht ausgesprochen, daß hiefür eidgenössisches Recht zur Anwendung komme; dies entspricht der vom Kassationshof des Bundesgerichts in seinem prinzipiellen Entscheide vom 30. Dezember 1901 in Sachen Bundesanwaltschaft gegen Jff, BGE 27 I S. 537 ff., spez. S. 539 ff. Erw. 6, ausgesprochenen Auffassung. Hienach wird, gemäß Art. 34 Abs. 2 BStr.R., die Verjährungsfrist dann, wenn — wie hier — eine strafrechtliche Untersuchung stattgefunden hat, „vom Tage der letzten Untersuchungsbehandlung an berechnet“. Bei der Prüfung, welches diese letzte Untersuchungsbehandlung gewesen sei, von der an jeweiligen der Lauf der Verjährung von neuem begonnen hat, kann der Kassationshof nicht einfach, wie die Vorinstanz es im heute angefochtenen Entscheide tut, nur die nach dem 16. Februar 1901 — dem Datum des zweitinstanzlichen, die Verjährungsfrage verneinenden Entscheides — eingetretenen Tatsachen berücksichtigen; er hat vielmehr auch auf die frühern Prozeßvorgänge zurückzugehen und das genannte Urteil der Polizeikammer einer Prüfung zu unterziehen, da dieses, als Zwischenentscheid, von der gegen das Endurteil gerichteten Kassationsbeschwerde mitergriffen wird. Nun fiel zunächst das erste Endurteil des Polizeirichters, vom 15. Februar 1898, noch in die einjährige Verjährungsfrist; und mit Recht haben die Vorinstanzen ausgeführt, der Umstand, daß es vernichtet worden sei, könne seiner rechtlichen Wirkung als Unter-

brechungshandlung keinen Eintrag tun. Dagegen erfolgten die nächsten Prozeßhandlungen, abgesehen von dem kassierenden Urteil der Polizeikammer vom 4. Juni 1898, erst am 22. und 25. März 1899, und die Verjährung wäre daher eingetreten, falls nicht jenes Kassationsurteil sich als Unterbrechungshandlung darstellt. Die I. Instanz hat nun, unter Beistimmung der II., das Kassationsurteil aus dem Grunde als Unterbrechungshandlung aufgefaßt, weil es in seinem Dispositiv die Wiederaufnahme des kassierten Verfahrens angeordnet und einen Richter mit der Behandlung der Sache betraut habe, worin ein Auftrag zur Aufnahme einer Strafverfolgung liege. Welches der prozessuale Inhalt jener Entscheidung und ihre Wirkung für das kantonale Strafverfahren ist, ist eine Frage des kantonalen Prozeßrechts, dessen Überprüfung dem Kassationshof nicht untersteht; hat aber jene Entscheidung die ihr von den Vorinstanzen beigelegte Wirkung, so ist sie unbedenklich als Untersuchungshandlung im Sinne des BStrR zu bezeichnen. In dem wieder aufgenommenen Verfahren hat sodann die erste Verhandlung am 17. November 1899 stattgefunden, die sich über die Vorfrage der Zulassung der Erben Gounod als Zivilpartei erstreckt hat; hierauf sind, bis 20. November 1900 — Vorladung zur Hauptverhandlung — keine Prozeßhandlungen vorgenommen worden, mit Ausnahme der Appellation der Erben Gounod und des Forumsverschlußurteils der Polizeikammer vom 20. Dezember 1899. Hinsichtlich des letztern, das danach für die Frage der Verjährung in Betracht kommt, hat die I. Instanz ausgeführt: Allerdings sei das Urteil einer Strafgerichtsbehörde keine eigentliche Untersuchungshandlung; aber es müsse a fortiori, wenn schon diese die Verjährung unterbreche, unterbrechend wirken. Die II. Instanz ist dieser Begründung nicht beigetreten, doch hat sie die Unterbrechung aus dem Grunde angenommen, weil im Forumsverschlußurteil stillschweigend die Verfügung gelegen habe, die Akten dem erstinstanzlichen Richter behufs Fortsetzung des Verfahrens wieder zuzustellen, welche Anordnung in der Zeit zwischen dem 20. und 28. Dezember 1899 denn auch ausgeführt worden sei. Auch hier gilt betreffend Abgrenzung von eidgenössischem und kantonalem Recht das hinsichtlich des Kassationsurteils gesagte, und es ist daher anzunehmen, daß eine Unterbrechung stattgefunden

hat; die Frage, ob in jedem Urteil einer Strafgerichtsbehörde eine Unterbrechungshandlung gemäß Art. 34 BStrR liege — deren Bejahung vieles für sich hat —, mag dabei dahin gestellt bleiben. Sonach bleibt nur noch zu untersuchen, ob verjährungsunterbrechende Handlungen nach dem 16. Februar 1901 — dem Urteil der Polizeikammer über die Verjährungsfrage — stattgefunden haben. Die Vorinstanz nimmt nun folgende Unterbrechungshandlungen an: Vorladung vom 27. Dezember 1901 auf 11. Januar 1902, zugestellt am 3. Januar 1902; Hauptverhandlung vom 11. Januar 1902; Vorladung vom 3. Januar 1903 auf 18. Februar 1903; Hauptverhandlung vom 18. Februar 1903; Ladung vom 4. Januar 1904 auf 1. Februar 1904, zugestellt am 6. Januar 1904, speziell die Verhandlung vom 18. Februar 1903. Ob diese die Verjährung unterbrechenden Handlungen stattgefunden haben — was vom Kassationskläger in den kantonalen Instanzen bestritten worden ist — ist vom Kassationshof nicht nachzuprüfen. Ist aber davon auszugehen, daß sie stattgefunden haben, und zwar an den genannten Daten, so kann dann keinem Zweifel unterliegen, daß sie sich als Untersuchungshandlungen im Sinne des BStrR darstellen.

4. Einen zweiten Streitpunkt bildet die Legitimation des Kassationsbeklagten (als Zivilklägers). Die Vorinstanzen haben angenommen, dem Kassationsbeklagten stehe nur das Vervielfältigungs-, nicht das Ausführungsrecht zu; während der Kassationskläger vor Kassationshof prinzipaliter die Legitimation des Kassationsbeklagten überhaupt bestrittet, nimmt dieser das volle Urheberrecht, also auch das Ausführungsrecht, für sich in Anspruch. Die Frage ist demnach im vollen Umfange zu prüfen. Nicht bestritten ist zunächst, daß Gounods „Faust“ am 16. Juni 1859 in Frankreich in gesetzlicher Form hinterlegt worden ist und daß bei der Hinterlegung Gounod das volle Urheberrecht zustand. Der Kassationsbeklagte stützt nur seine Legitimation auf folgende Erklärung Gounods, vom 14. Januar 1889: „Je déclare que MM^{rs} Choudens fils, „Editeurs de musique à Paris... ont la propriété exclusive „de la partition et des parties d'orchestre de Faust opéra „en cinq actes dont je suis l'auteur et pour tous pays. Fait „à Paris le 14 janvier 1889. Vu et approuvée. Ch. Gounod.

„Toutes réserves faites des droits d'auteurs à percevoir par représentation, ainsi que de tous les contrats passés avec les administrations théâtrales d'un commun accord entre les éditeurs et les auteurs. Vu et approuvée. Ch. Gounod.“ Der Kassationsbeflagte hat zum Beweise seines Urheberrechts an „Faust“ ferner zu den Akten gegeben eine Quittung Gounods vom 12. Februar 1892 an den Kassationsbeflagten „pour solde des droits perçus à l'Etranger pendant le 2^e semestre 1891“, und ein Schreiben von ihm, dem Kassationsbeflagten, an Knosp, worin der Passus des Vertrages mit Gounod „toutes réserves faites...“ dahin erklärt wird: „cela veut dire que j'ai à faire le partage entre les auteurs et moi“. Endlich hat der Kassationsbeflagte eingelegt: eine Erklärung der Witwe Gounod vom Februar 1899, des Inhalts: „Je soussignée..., déclare, „que comme du vivant de mon mari..., c'est la maison „Choudens qui est chargée non seulement de toutes les parties de l'opéra « Faust » mais que la dite maison est autorisée à encaisser les droits d'auteurs, découlant de toutes les représentations du dit opéra en Suisse, donc aussi de la représentation donnée à Berne le 15 mars 1897 et cela malgré l'article du contrat du 14 janvier 1889, disant ce qui suit: „Toutes réserves faites des droits d'auteurs à percevoir par représentation, ainsi que tous les contrats passés avec les administrations théâtrales, d'un commun accord entre les éditeurs et les auteurs.““ Par conséquent, la maison Choudens à Paris est autorisée à porter plainte, même à raison de la violation des droits d'auteurs, et à poursuivre toute personne exécutant illicitement et sans l'autorisation de la maison Choudens, l'opéra « Faust » de feu Gounod.“ Anderseits liegt eine ebenfalls vom Kassationsbeflagten eingelegte Erklärung der Kinder Gounod, vom 8./11. März 1899, bei den Akten, wonach diese an Witwe Gounod Vollmacht und Auftrag erteilen, „exercer tant activement que passivement tous les droits et actions leur appartenant ou qui pourront leur appartenir comme seuls représentants et ayants droits, avec M^{me} veuve Gounod, mandataire, — de feu M^r Gounod..., relativement à la propriété ainsi qu'à

„l'exploitation dans toute l'étendue de la Suisse, des œuvres, „partitions et compositions musicales de feu Monsieur Gounod; concéder à telles personnes, aux conditions, prix et charges que la mandataire avisera le droit de publier, vendre, exécuter et représenter dans toute l'étendue de la Suisse, les œuvres, compositions et partitions de M^r Gounod... Accorder ou refuser à ce sujet toutes autorisations que la mandataire jugera convenables. Stipuler toutes conditions“ — etc. etc. In seinem Zwischenurteil vom 17. November 1899, daß das Begehren der Witwe Gounod um Zulassung als Zivilpartei abwies, hat der erstinstanzliche Richter diese Erklärung der Kinder Gounod dahin ausgelegt, es könne darin höchstens die Abtretung derjenigen Rechte an Witwe Gounod erblickt werden, die dem Komponisten Gounod für die Session des Urheberrechts an der Oper „Faust“ eingeräumt worden seien, also namentlich das Recht auf Tantieme; daran, daß der Kassationsbeflagte als Rechtsnachfolger Gounods für die Oper „Faust“ zu betrachten sei, werde durch diese Erklärung nichts geändert. Im Haupturteil vom 24. Dezember 1906 dagegen führt der Polizeirichter aus, schon aus dem Wortlaut der Sessionsurkunde Gounods (vom 14. Januar 1889) scheine hervorzugehen, daß eine Abtretung des Aufführungsrechtes an den Kassationsbeflagten nicht habe stattfinden wollen; und alle Zweifel darüber, daß Gounod sich das Aufführungsrecht gewahrt habe, werden gehoben durch den Umstand, daß er nach Ausstellung jener Session, nämlich am 8. November 1889, selbständig als Kläger aufgetreten sei gegen Mayer, Kunz & Cie. in Genf, hinsichtlich Aufführung von Phantasien über „Faust“. In Überprüfung dieses Punktes ist folgendes zu sagen: Zunächst ist es durchaus zutreffend, daß die Vorinstanzen zwischen dem Vielfältigkeitsrecht und dem Aufführungsrecht unterscheiden und in beiden Rechten die zwei Seiten des Urheberrechts erblicken, über die unabhängig von einander verfügt werden kann; vergl. BGE 19 S. 955 Erw. 4, und Rüfenacht, Verhandlung des schweiz. JB, 1898, S. 12 ff. (Schwiz N 17 568 ff.). Die von den Vorinstanzen aufgeworfene Streitfrage: in welchem Umfange Gounod das Urheberrecht an „Faust“ dem Kassationsbeflagten abgetreten habe, ist daher nach diesen Rich-

tungen zu prüfen. Mit der ersten Instanz ist zu sagen, daß der Wortlaut der Abtretungsurkunde vom 14. Januar 1889 zu Zweifeln Anlaß gibt. Es kann einerseits dahin argumentiert werden, beim Vorbehalt betreffend die « droits d'auteurs » und die « représentation » handle es sich nur um den Vorbehalt der Tantiemen; der Kassationsbeklagte sei für diese zum Inkassomandatar des Gounod bestimmt worden, aber das Aufführungsrecht selber sei ihm mit abgetreten worden, insbesondere habe es sich beim Vorbehalt nur um ein Interim zwischen Gounod und dem Kassationsbeklagten gehandelt, das das Recht des letztern, Dritten gegenüber das volle Urheberrecht geltend zu machen, nicht beeinträchtige. Indessen sprechen doch überwiegende Gründe für die engere Auslegung, namentlich auch die beiden Umstände, daß Gounod nach Ausstellung der Fession in der Schweiz selbst klagend wegen einer Aufführung des „Faust“ aufgetreten ist (vide BGG 16 S. 736 ff.), und daß die Erben Gounod sich als Zivilpartei stellen wollten, also selbst die Abtretung nicht als so weit gehend auffassen, wie der Kassationsbeklagte. Danach ist der Kassationsbeklagte zwar zur Strafflage legitimiert, aber nur im Umfang des Vervielfältigungsrechts.

5. Die weitere Frage: ob die Oper „Faust“ als „veröffentlichtes“ Werk im Sinne des Art. 7 UrhRGes anzusehen sei — was übrigens vom Kassationskläger schon vor zweiter Instanz nicht mehr geltend gemacht worden, indessen, gemäß Art. 171 Abs. 2 OG, von Amtes wegen zu prüfen ist —, kann dahingestellt bleiben. Denn daß das Werk geschützt ist, ist unbestreitbar; nun ist aber auch die Aufführung eines schon veröffentlichten Werkes gemäß Art. 7 Abs. 4 UrhRGes nur nach Verständigung mit dem Aufführungsberechtigten und nach vorheriger Sicherstellung der Tantieme gestattet, und diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Allerdings standen Knoop und Krieg, und damit auch der Kassationskläger, auf dem Punkte, sich zu verständigen; allein es kann doch kaum gesagt werden, daß eine Verständigung perfekt geworden ist. Wollte man aber das annehmen, so könnte von vornherein von einer Verletzung des Aufführungsrechtes an sich nicht gesprochen werden, und es wäre alsdann auch unerheblich, daß, entgegen den Ausführungen in Erw. 4, angenommen würde, dem Kassationsbeklagten sei auch das Aufführungsrecht abgetreten worden.

6. Nach den in Erw. 4 über die Legitimation des Kassationsbeklagten enthaltenen Ausführungen fragt es sich nunmehr, ob eine Verletzung des Vervielfältigungsrechtes vorliege. Über das vom Kassationskläger zur Aufführung verwendete Material steht in tatsächlicher Beziehung fest, einerseits, daß es sich um Abschriften handelt, die im Jahre 1865 entstanden sind, andererseits, daß das Material nicht von dem für die Schweiz einzig Berechtigten, dem Kassationsbeklagten, herrührt. Die Polizeikammer bezeichnet dieses Material als „unerlaubte Fälsificate“, und hiegegen wendet sich der Kassationskläger, mit der Begründung, da das Material vor Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes (1. Januar 1884) hergestellt worden sei, könne es nicht als unerlaubte Nachbildung gelten. Diese Frage ist zu entscheiden auf Grund von Art. 19 Abs. 3 UrhRGes, welcher lautet: „Wegen Nachbildungen, welche vor dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes stattgefunden haben, findet weder strafrechtliche noch zivilrechtliche Verfolgung nach Maßgabe dieses Gesetzes statt. Dagegen ist der Verkauf derselben nach dem Inkrafttreten des Gesetzes nur gestattet, wenn der Eigentümer sich hierüber mit dem Autor verständigt, oder in Abgang einer Verständigung die Entschädigung, welche vom Bundesgericht festzusetzen ist, geleistet hat.“ Nun fallen zunächst unter die hier erwähnten „Nachbildungen“ auch die Vervielfältigungen von Werken der musikalischen und musikalisch-dramatischen Kunst, wie Rüfenacht a. a. D. S. 65 ff. (ZschwR a. a. D. S. 561 ff.) zutreffend ausführt. Diese Bestimmung bildet sodann eine Ausnahme von dem in Abs. 1 eod. aufgestellten Prinzip der „rückwirkenden Kraft“ des Urheberrechtsgesetzes: Sie erklärt die Nachbildungen, also auch die Vervielfältigungen musikalischer und musikalisch-dramatischer Werke, die vor dem 1. Januar 1884 vorgenommen worden sind, für nicht verfolgbar. Hievon statuiert die Bestimmung indessen (im zweiten Satz) wiederum eine Beschränkung, hinsichtlich des Verkaufes solcher Nachbildungen. Es fragt sich, ob auch die Benutzung von solchem Material zu einer öffentlichen Aufführung das Vervielfältigungsrecht (dessen Verletzung ja hier einzig in Betracht kommt) verletzt. Mit Rüfenacht, a. a. D. S. 67 f. (S. 563 f.), ist das zu verneinen. „Das Fortbestehen von Vervielfältigungs-exemplaren, die nach dem neuen Gesetz als unerlaubte zu betrachten wären, bildet keinen rechts-

widrigen Zustand." Indem es den Verkauf solcher Nachbildungen nicht unbedingt frei gibt, will das Gesetz die gewinnbringende Ausnützung des Materials selbst — bei musikalischen und musikalisch-dramatischen Werken also der Noten, Partituren etc. — treffen. Auch Art. 12 Abs. 1 spricht nur vom „Verkauf“ und dem Import nachgedruckter oder nachgebildeter Werke, und die Beschränkung in Art. 19 Abs. 3 betreffend den Verkauf ist im Grunde nur eine Spezialanwendung von Art. 12 Abs. 1. Eine derartige Ausnützung des Materials liegt aber in einer Verwendung zur Aufführung nicht, so daß diese auch nicht das Vervielfältigungsrecht verletzen kann. Der Ausgangspunkt der Vorinstanz, es sei unerlaubtes Material, „Fälschikat“, verwendet worden, ist daher rechtsirrtümlich, und das angefochtene Urteil kann, was die Schulfrage und Verurteilung betrifft, aus diesem Grunde nicht aufrecht erhalten werden.

7. Wollte man dieser Auffassung nicht beitreten, so wäre dann allerdings mit der Vorinstanz zu prüfen, ob in der Verwendung unerlaubten Materials (von Nachdruckeremplaren) zu einer Aufführung das Vervielfältigungsrecht verletzt werde. Diese Frage haben die kantonalen Instanzen bejaht, im Anschluß an das Urteil des Bundesgerichts i. S. Ricordi & Co gegen Gally et ville de Genève vom 13. Mai 1893 (US 19 Nr. 72 S. 428 ff.), und indem sie ausführen, bei musikalischen und musikalisch-dramatischen Werken müsse der Begriff der Vervielfältigung „infolge der eigenartigen Natur dieser Werke“ weiter gefaßt werden als bei den Werken der Literatur und Kunst; denn bei jenen finde die Wiedergabe, also auch die Vervielfältigung, auch durch die Aufführung statt. Allein an diesem Standpunkt kann bei erneuter Prüfung der Frage, im Anschluß an die Ausführungen von Rüfenacht a. a. O. S. 61 ff. (cit. Zeitschr. S. 557 ff.), nicht festgehalten werden. Die Verbreitung einer unerlaubten Nachbildung, von der Art. 19 Abs. 3 spricht, enthält nicht einen neuen, weiter gehenden Deliktstatbestand, als den, den Abs. 1 aufstellt; die im angeführten bundesgerichtlichen Urteil, gestützt auf Art. 19 Abs. 3, vorgenommene Gleichstellung der Aufführung mit der Vervielfältigung ist unhaltbar. Aber auch die Auffassung der Vorinstanzen, gemäß der eigenartigen Natur solcher Werke müsse in jeder Aufführung

auch eine Vervielfältigung erblickt werden, erscheint nicht als richtig. Sie widerspricht der scharfen Scheidung vom Vervielfältigungsrecht und Aufführungsrecht, die die Vorinstanzen in anderm Zusammenhang selber vorgenommen haben. Eine Vervielfältigung ist nur an körperlichen Gegenständen auf mechanischem Wege (wozu im weitern Sinne auch die Tätigkeit der Menschenhand gehört) denkbar. Die Aufführung, die das Werk zum Gehör und bezw. zum Gesicht des Hörers bezw. Zuschauers bringt, ist nicht in dem Sinne notwendig mit dem Notensubstrat verknüpft, daß dieses auch bei der Aufführung selbst mitwirken müßte: die Noten und Stimmen sind in der Regel — gerade bei musikalisch-dramatischen Werken — in das Gedächtnis der darstellenden Schauspieler und Sänger aufgenommen, und auch ein Dirigieren und ein Spiel des Orchesters ohne Benutzung der Noten kommt vor. Die Aufführung kann danach ihrer Natur nach keine Vervielfältigung sein.

8. Nach dem gesagten muß die Kassationsbeschwerde als begründet erklärt werden, da sich die Verurteilung des Kassationsklägers wegen Verletzung des Vervielfältigungsrechts nicht halten läßt. Folge der Begründeterklärung ist Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung, unter Beobachtung des in Art. 172 Abs. 2 OG niedergelegten Grundsatzes. Dabei wird es Sache des kantonalen Gerichtes sein, zu entscheiden, welche Urteilsdispositive allfällig auf Grund des vom Kassationshof nicht nachprüfaren kantonalen Prozeßrechts bereits in Rechtskraft erwachsen sind und von daher der Aufhebung nicht unterliegen können.

Demnach hat der Kassationshof
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird als begründet erklärt, demgemäß das Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern von 11. Juli 1907 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an dieses Gericht zurückgewiesen.