

mit den Bühnenvorstehern nur unterhandle. Unter diesen Umständen aber kann ihr das Urheberrecht nicht zustehen und ist sie daher auch zur Klage nicht legitimiert. Ihren Vertrag mit den Autoren, der wohl den klarsten Aufschluß über das zwischen ihr und diesen bestehende Rechtsverhältniß gegeben hätte, hat sie nicht zu den Akten gebracht. Zu bemerken ist nur noch, daß der Kassationskläger diese Einrede der mangelnden Aktivlegitimation der Kassationsbeklagten vor erster Instanz allerdings nicht erhoben zu haben scheint; allein vor zweiter Instanz wurde sie vorgebracht, und sie darf daher heute auch gehört werden, zumal sie von der zweiten Instanz nicht als verspätet erklärt wurde, und der Kassationshof nach Art. 171 Org.-Ges. nicht an die Rechtsbegründung des Kassationsklägers gebunden ist. Das Benehmen des Kassationsklägers, das die zweite Instanz zur Abweisung dieser Einrede herbeizieht, speziell die Thatsache, daß der Kassationskläger früher in Schweinfurth und Kitzingen das Aufführungrecht für die „Eugenbrüder“ selber von der Kassationsbeklagten erworben hat, genügt zur Abweisung nicht; es kann daraus nicht geschlossen werden, daß er die Kassationsbeklagte als Rechtsnachfolger und nicht als bloßen Vertreter der Urheber angesehen habe.

4. Die Frage, ob das Werk ein veröffentlichtes sei oder nicht, wäre wohl eher in bejahendem Sinne zu entscheiden; es braucht aber hierauf, nachdem das angefochtene Urteil schon wegen der mangelnden Aktivlegitimation des Klägers zu kassieren ist, nicht näher eingetreten zu werden.

Demnach hat der Kassationshof
in Anwendung des Art. 172 D.-G.,
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird als begründet erklärt und demgemäß das Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 31. August 1898 aufgehoben, und die Sache zu neuer Beurteilung an diesen Gerichtshof zurückgewiesen.

134. Urteil des Kassationshofes
vom 15. Dezember 1898 in Sachen Brunner und Hauser
gegen Photographische Union in München.

Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883. — Herstellung und Vertrieb von Ansichtspostkarten mit den sogenannten « Böcklin-Frazen ». — Aktivlegitimation zur Klage, Art. 1 Abs. 2 B.-Ges. — « Rechtsnachfolger ». — Art. 19; Art. 8. — « Urheber », Art. 1 Abs. 2. — Porträtbüsten, Art. 5 Abs. 2? — Verletzung von Vermögensinteressen ist nicht Anspruchsvoraussetzung. — « Oeffentlicher Platz », Art. 11 Ziff. 7. — Fahrlässigkeit? — Bedeutung der Konfiskation, Art. 18.

A. Mit Urteil vom 9. Juni 1898 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Angeklagten Brunner und Hauser der Verletzung des Urheberrechts schuldig erklärt und den Brunner zu 50 Fr., den Hauser zu 40 Fr. Buße, welche im Falle der Nichteinbringlichkeit in zehn resp. acht Tage Gefängnis umgewandelt werden sollten, verurteilt; sie hat ferner die Civilforderung der Damnisfilatin ad separatum verwiesen, und die noch bei den Angeklagten bezw. beim polygraphischen Institut vorhandenen Karten und die Clichés, die zu ihrer Herstellung dienten, konfisziert. Gegenüber dem Angeklagten Bürger hat sie das freisprechende erstinstanzliche Urteil als in Rechtskraft erwachsen erklärt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Angeklagten Brunner und Hauser rechtzeitig und in richtiger Form die Kassationsbeschwerde im Sinne der Art. 160 ff. Org.-Ges. beim Kassationshof des Bundesgerichts eingelegt, mit dem Antrage: Das angefochtene Urteil sei aufzuheben, demnach seien die beiden Angeklagten Brunner und Hauser von Schuld und Strafe freizusprechen; eventuell, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurückzuweisen.

C. Die Damnisfilatin trägt auf Abweisung der Kassationsbeschwerde an.

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ist durch die Akten festgestellt:

Mit Vertrag vom 19. Oktober 1889 übertrug Arnold Böcklin das ausschließliche Vervielfältigungsrecht seiner sämtlichen Werke (also auch der noch zu schaffenden) der Verlagsanstalt für Kunst und Wissenschaft vormals Friedr. Bruckmann in München, mit Ausnahme derjenigen Werke, für welche eine Reproduktionserlaubnis bis zum Tage des Vertragsabschlusses andern erteilt war; und am 2. Januar 1892 trat die genannte Verlagsanstalt im Einverständnis mit dem Künstler diese sämtlichen Vervielfältigungsrechte der Photographischen Union in München, der heutigen Kassationsbeklagten, ab. Anlässlich der im Herbst 1897 stattgehabten Ausstellung der Werke Böcklins in Basel brachten die heutigen Kassationskläger Ansichtspostkarten in den Handel, auf welchen die sogenannten Masken oder Frazen, die sich an der Kunsthalle zu Basel auf der gegen den Hof gerichteten Seite befinden, abgebildet waren. Sie waren in der Weise hergestellt, daß von den Masken Originalphotographien genommen und diese dann lithographiert wurden. Zu bemerken ist, daß die Kunsthalle nebst dem dazu gehörenden Areal — Hof und Garten — Eigentum des Basler Kunstvereins, eines privaten Vereins, ist, und daß der Platz diesem Vereine seinerzeit vom Kanton Baselstadt geschenkt wurde, unter der Bedingung, daß das ganze Areal an den Staat zurückfalle, wenn der genannte Verein sich auflösen sollte; endlich daß in der Kunsthalle ein vom Kunstverein verpachtetes Restaurant, im Sommer mit Gartenwirtschaft, betrieben wird. Die Masken sind von Böcklin im Jahre 1872 entworfen worden; einen der Köpfe hat Böcklin selbst gehauen. Es sollen Karikaturen von Basler Herren sein. Böcklin hat sie dem Basler Kunstverein geschenkt. Sobald die Kassationsbeklagte Kenntnis davon hatte, daß die Kassationskläger die erwähnten Postkarten in den Verkehr brächten, schrieb sie ihnen unterm 22. Oktober 1897, sie müsse sie anfragen, wer ihnen das Vervielfältigungsrecht erteilt habe, und bemerkte, die Kassationskläger könnten sich nicht etwa auf Art. 11 Ziff. 7 Bundesgef. betr. Urheberrecht berufen, da die fraglichen Masken sich weder auf einer Straße, noch einem öffentlichen Plage befänden, „sondern im abgeschlossenen Garten der Basler Künstlergesellschaft.“ Die Kassationskläger erwiderten hierauf — in ihrer Eigenschaft als Leiter der Aktien-

gesellschaft „Polygraphisches Institut“ in Zürich, — die Zumutung der Kassationsbeklagten befremde sie, die Masken befänden sich an einem öffentlichen Gebäude, mit öffentlicher Wirtschaft, und seien auch schon in allen möglichen Reproduktionen wiedergegeben worden, „als Photographie, Lichtdruck, Holzschnitt und Autotypie, und zwar groß und klein.“ Mit Brief vom 27. Oktober 1897 beharrte die Kassationsbeklagte auf ihrem Standpunkte und forderte die Kassationskläger zum zweiten Male auf, die fraglichen Postkarten aus dem Handel zurückzuziehen. Da das nicht geschah, erhob die Kassationsbeklagte nunmehr, im November 1897, gegen die Kassationskläger, sowie den dritten Leiter des Polygraphischen Instituts in Zürich, H. J. Burger, bei der Bezirksanwaltschaft Zürich Strafflage mit den Anträgen: Die Angeklagten seien der vorsätzlichen, eventuell der grobfahrlässigen Verletzung des Urheberrechts schuldig zu erklären und mit Geldbuße zu bestrafen; die bei den Angeklagten und bei zürcherischen Wiederverkäufern befindlichen Bildervorräte und die für die Herstellung dienenden Vorlagen und Cliches seien zu konfiszieren, und die Angeklagten seien zu einer angemessenen Entschädigung zu verurteilen. Vor erster Instanz (Bezirksgericht Zürich I. Abteilung) wurden als Entschädigung 1000 Fr. beansprucht. Festgestellt ist, daß gegen 30,000 Stück der fraglichen Postkarten hergestellt und davon über 20,000 abgesetzt worden sind. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz haben den Angeklagten Burger freigesprochen, die heutigen Kassationskläger dagegen verurteilt.

2. Die Kassationskläger machen heute in erster Linie geltend, der Kassationsbeklagten fehle die Legitimation zur Stellung des Strafantrages, da sie weder Urheber noch Rechtsnachfolger des Urhebers der in Frage stehenden Werke sei, und begründen dies einmal damit, der Vertrag zwischen Böcklin und der Verlagsanstalt für Kunst und Wissenschaft vormals Friedrich Bruckmann beziehe sich nur auf Gemälde, nicht auf Skulpturen, und sodann mit der Behauptung, die Kassationsbeklagte habe die Bedingung, unter der allein ihr das Urheberrecht übertragen worden sei: daß sie nämlich die betreffenden Werke in der von ihr zu veranstaltenden Gesamtausgabe der Werke Böcklins aufnehmen müsse, nicht

erfüllt. Bezüglich des ersten Grundes haben die Vorinstanzen den fraglichen Vertrag dahin ausgelegt, daß unter den „sämtlichen Werken“ auch die Skulpturen zu verstehen seien, wenn schon § 3 des Vertrages nur von „Bildern“ spreche, und es kann in dieser Vertragsauslegung eine Verletzung einer eidgenössischen Rechtsvorschrift — welche allein nach Art. 163 Org.-Ges. einen Kassationsgrund bildet — unmöglich erblickt werden. Die zweite Begründung sodann ist haltlos, da erstens wohl nicht ein Dritter, sondern nur der Vertragskontrahent sich auf die Nichterfüllung dieser Bedingung berufen kann, somit hier eine unzulässige *exceptio ex persona tertii* vorliegt, und zudem auch ein bloß bedingt berechtigter zur Strafflage wegen Urheberrechtsverletzung befugt ist.

3. Ein weiterer Einwand der Kassationskläger gegen das angefochtene Urteil geht dahin: Dadurch, daß Böcklin die Masken dem Basler Kunstverein geschenkt habe, sei sein Urheberrecht — sofern er überhaupt daran ein solches gehabt hätte — auf diesen Verein übergegangen; und dieser habe den Kassationsklägern die Nachbildung gestattet. Übrigens seien diese Skulpturen nach der zur Zeit ihrer Erstellung geltenden Gesetzgebung nicht geschützt gewesen. Letzteres nun ist nach Art. 19 Urheberrechtsgesetz von vorneherein unerheblich und übrigens auch thatsächlich unrichtig. Und daß das Urheberrecht an einem Werke durch Schenkung desselben übergehe, ist ein Rechtsatz, der sich weder im früheren Konkordat vom 3. Dezember 1856 noch im gegenwärtigen Bundesgesetz findet und der auch nicht etwa aus der Natur des Urheberrechts folgt, gegenteils mit ihr in Widerspruch steht; denn durch die Schenkung eines Werkes der Litteratur oder Kunst wird nur das Eigentum an dem betreffenden Exemplar übertragen, nicht aber das unabhängig davon bestehende immaterielle Recht der Darstellung und Vervielfältigung. Es folgt dies auch aus Art. 8 des Urheberrechtsgesetzes.

4. Der auch schon vor den Vorinstanzen eingenommene Standpunkt: Böcklin sei nicht Urheber der Masken, weil er sie nicht selbst angefertigt habe, ist von den Vorinstanzen zutreffend widerlegt worden. In der That kommt darauf nichts an; maßgebend ist, daß Böcklin die Modelle entworfen und damit ein künstlerisch-

schöpferisches Werk geschaffen hat, während die bloße Ausführung eigener schöpferischer Gedanken ermangelt. Übrigens ist es eine Lebensthatsache, daß Skulpturen von den Bildhauern häufig nur entworfen und dann von Schülern oder derartigen andern Personen ausgeführt werden.

5. Ebenso haltlos ist der weitere Kassationsgrund, es handle sich bei den fraglichen Masken um Porträtbüsten im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz. Auch wenn dieselben Karrikaturen existierender Persönlichkeiten sein sollten, kann jedenfalls von Porträts nicht gesprochen werden; ein Porträt soll die getreue Wiedergabe einer Person, geschaut mit dem individuellen Blick des Künstlers, sein; eine Karrikatur dagegen ist ein Zerrbild, in dem gewisse charakteristische Züge einer Person oder einer Sache absichtlich übertrieben hervorgehoben werden. Zudem waren diese Karrikaturen jedenfalls, gemäß ihrer Entstehungsgeschichte, nicht „bestellt“. Daß sodann auch heute noch behauptet wird, die Masken oder Fragen seien kein „Kunstwerk“ im Sinne des Gesetzes, erscheint angesichts der durchaus treffenden Widerlegung durch die erste Instanz als unverständlich.

6. Weiterhin machen die Kassationskläger geltend, die Nachbildung müsse, um unerlaubt zu sein, eine ernstliche Schädigung der Vermögensinteressen des Urhebers in sich schließen, und das liege hier nicht vor. Hiegegen ist zunächst in thatsächlicher Beziehung zu erwidern, daß eine Vermögensschädigung wirklich vorliegt, da über 20,000 Stück Postkarten in den Handel gebracht wurden und der daraus erzielte Gewinn nicht der Kassationsbeklagten und Böcklin zukam. Sodann aber ist rechtlich unrichtig, daß das Urheberrecht nur die Vermögensinteressen des Urhebers schützen wolle und solle; es hat neben seiner vermögensrechtlichen Seite eine andere, ideelle, den Schutz der Persönlichkeit des Künstlers als solchen bezweckende (vergl. auch Rüfenacht, Das literarische und künstlerische Urheberrecht in der Schweiz, S. 38, und Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 766).

7. Mit Unrecht berufen sich die Kassationskläger sodann auf Art. 9 Schlußsatz des Bundesgesetzes über Urheberrecht; es handelt sich nicht um Photographien, auf welche allein sich diese Gesetzesbestimmung bezieht.

8. Der Hauptstandpunkt der Kassationskläger ist jedoch der, sie seien zur Nachbildung befugt auf Grund des Art. 11 Ziff. 7 Bundesgef. über Urheberrecht, da der Platz, an dem sich die Masken befinden, ein „öffentlicher“ im Sinne dieser Bestimmung sei. Hierüber ist zu sagen: Die Frage, wie die genannte Gesetzesbestimmung auszulegen sei, ist unzweifelhaft eine Frage der Auslegung einer eidgenössischen Rechtsvorschrift und daher vom Kassationshofe selbständig zu prüfen. Thatsächlich festgestellt ist nun, wie in Erwägung 1 bemerkt wurde, daß das Gebäude, an welchem sich die Masken befinden, samt dem Hof, auf den sie schauen, in Privateigentum steht. Allein es fragt sich, ob „öffentlich“ im Sinne der hier in Betracht kommenden Gesetzesbestimmung den Gegensatz zu „privat“ im juristisch-technischen Sinne bedeute, oder ob nicht vielmehr, wie die Kassationskläger ausführen, dem Worte in diesem Zusammenhange eine andere Bedeutung beizulegen ist, eine mehr dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechende, so daß öffentlich etwa heißen würde „allgemein zugänglich“. Daß der fragliche Hof letzteres ist, kann wohl nicht bestritten werden, da er wenigstens den Tag über offen steht und in demselben im Sommer eine Wirtschaft betrieben wird. Hätte sonach das Wort „öffentlich“ die ihm von den Kassationsklägern beigemessene Bedeutung, so wäre der Platz als ein öffentlicher zu bezeichnen. Es sprechen nun allerdings gewichtige Momente dafür, den Ausdruck „öffentlich“ in dem von den Kassationsklägern behaupteten Sinne zu interpretieren, wenn auf das Wesen und den Zweck des Urheberschutzes und auf die ratio legis der in Art. 11 Ziff. 7 Urheberrechtsges. statuierten Ausnahme eingegangen wird: Das Urheberrecht bezweckt den Schutz der Persönlichkeit des Urhebers eines litterarischen oder künstlerischen Werkes in der Richtung des Schutzes seines Geisteserzeugnisses gegen unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung; ist ein geistiges Produkt veröffentlicht, d. h. der Öffentlichkeit preisgegeben, so muß der Schutz desselben notwendigerweise ein anderer, beschränkterer werden, als vorher, ja er kann unter Umständen ganz aufhören, oder sehr eng werden, wenn eben der Urheber in der Weise über das Werk verfügt, daß es der Allgemeinheit, dem Publikum, übergeben wird. Überall spielt hier bei dieser Veröffentlichung der

technisch-juristische Begriff des „öffentlichen“ im Gegensatz zum privaten Eigentum keine Rolle und kommt es auf die thatsächlichen Verhältnisse, auf die Frage, ob das Werk allgemein zugänglich oder sozusagen in den Gemeingebrauch übergegangen ist, an. Es liegt daher nahe, unter „öffentlichen Plätzen“ solche zu verstehen, die allgemein zugänglich sind, ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse an denselben, so daß z. B. Plätze oder Anlagen, die im Eigentum von Privatvereinen stehen, zu denen aber jeder, auch der Nichtvereinsgenosse, Zutritt hat, als „öffentliche“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zu bezeichnen wären, während umgekehrt Plätze, die zwar im (öffentlichen) Eigentum des Staates oder einer öffentlich-rechtlichen Korporation stehen (vergl. über dieses öffentliche Eigentum u. a. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 60 ff.), wie z. B. bei Festungswerken befindliche, nicht „öffentliche“ wären. Es spräche für diese Auslegung auch die Vergleichung mit den in den Ziffern 2, 3, 4 und 5 gemachten Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz, wo überall der Grundgedanke der ist, daß an denjenigen Werken der Litteratur, die unmittelbar zum Gebrauche der Allgemeinheit bestimmt sind, oder allgemein bekanntes in besonderer Form mitteilen wollen, ein Persönlichkeitsrecht nicht möglich ist. Allein gegen diese Auslegung ist entscheidend folgendes anzuführen: Zunächst die Entstehungsgeschichte und der Wortlaut dieser Ausnahmebestimmung, aus welcher hervorgeht, daß sie sich vorab auf Denkmäler, Brunnen u. dergl., die auf Straßen und öffentlichen Plätzen stehen, beziehen soll (vergl. Müfenacht, Urheberrecht, S. 41 f., im Gegensatz zum deutschen Reichsgesetz, § 6, welcher sagt: auf oder an Straßen und öffentlichen Plätzen). Ferner Ziff. 8 des § 11, wonach Gebäude und Gebäudeteile, welche einen spezifisch künstlerischen Charakter haben, den Urheberrechtsschutz genießen. Sodann der Umstand, daß es sich eben um eine Ausnahme vom Urheberschutze handelt, und daß auch solche Ausnahmen vom Rechtsschutze oder solche Abschwächungen desselben strikte auszuliegen sind; denn es wäre eine unrichtige Auffassung, zu sagen, der Gemeingebrauch sei das allgemeine und der Urheberrechtsschutz eine Ausnahme, ein eng zu interpretierendes Monopol oder Privilegium; vielmehr ist nach der heutigen Gesetzgebung und

Rechtsanschauung das Urheberrecht, fasse man es als Persönlichkeitsrecht oder als Immaterialgüterrecht auf, ein Ausfluß der Persönlichkeit und bildet die Regel. Endlich darf wohl auch bemerkt werden, daß bei der Interpretation von Gesetzen die im Gesetze gebrauchten Worte in ihrem technisch-juristischen Sinne zu verstehen sind, sofern nicht zwingende Gründe dafür sprechen, daß das Gesetz den Worten eine andere als diese Bedeutung beimessen wolle; derartige zwingende Gründe liegen nun aber hier nicht vor. Ist aber danach die dem Gesetze vom angefochtenen Urteil gegebene Interpretation nicht rechtsirrtümlich, so fällt auch dieser Kassationsgrund dahin, und es braucht nicht untersucht zu werden, ob überhaupt Kunstwerke an öffentlichen Plätzen solchen auf denselben gleichzustellen sind, was nach dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes eher zu verneinen, nach seinem Sinn und Geist eher zu bejahen sein dürfte.

9. Eventuell behaupten die Kassationskläger, die Appellationskammer habe ihnen zu Unrecht grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt und somit den Art. 13 Urheberrechtsges. verletzt. Zum Beweis ihres guten Glaubens bringen sie vor, sie haben für andere Reproduktionen Böcklinscher Werke die Erlaubnis von der Kassationsbeklagten eingeholt, so daß nicht angenommen werden könne, sie haben gerade für die Masken böswilliger- oder grobfahrlässigerweise eine Bewilligung nicht einholen wollen; es sei ihnen bekannt gewesen, daß die Masken in Basel photographisch vervielfältigt und verkauft werden, und daß andere Blätter sie unbeanstandet gebracht haben; endlich sei ihnen die Erlaubnis zur Nachbildung vom Vorsteher des Basler Kunstvereins erteilt worden. Auch ihre Meinung über die Natur des Platzes als eines öffentlichen sei, wenn nicht richtig, entschuldbar. Jene Thatfachen nun sind richtig, und es ist gewiß anzunehmen, daß die Anfertigung der Postkarten nicht in mala fide oder grober Fahrlässigkeit erfolgte. Allein das änderte sich mit dem Warnungsschreiben der Kassationsbeklagten vom 22. und jedenfalls mit demjenigen vom 27. Oktober 1897; von diesem Momente an kannten sie den Rechtsanspruch der Kassationsbeklagten, und wenn sie nun fortführen, die Postkarten in großer Anzahl zu vertreiben, so nahmen sie daher auch alle weiteren Rechtsfolgen eventuell auf sich.

10. Die Kassationskläger beantragen endlich, die ausgesprochene Konfiskation sei aufzuheben, da die Clichés u. s. w. nicht ihnen, sondern dem polygraphischen Institute gehören. Hiegegen ist zu bemerken, daß die Konfiskation nach dem Urheberrechtsgesetze den Charakter einer Präventiv-, nicht einer Strafmaßregel hat (vergl. v. Drelli, Komm., Art. 18, S. 106), und daher auch dann muß ausgesprochen werden können, wenn Nachbildner und Eigentümer der zu konfiszierenden Gegenstände nicht identisch sind. Ubrigens sind ja die Kassationskläger die Leiter des polygraphischen Instituts und fehlt ihnen daher das Interesse zur Beschwerdeführung in diesem Punkte.

11. Andere Kassationsgründe, als die von den Kassationsklägern geltend gemachten — die von Amtswegen zu prüfen wären, Art. 171 Abs. 2 Org.-Ges. — sind nicht zu finden, und es ist daher die Kassationsbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

Demnach hat der Kassationshof
erkannt:

Die Kassationsbeschwerde wird als unbegründet abgewiesen.