

Der Schutzbereich des Urheberrechts – Ansätze einer Methode



Florent Thouvenin

Reto Hilty darf bei seiner Emeritierung auf eine höchst beeindruckende wissenschaftliche Karriere zurück und auf viele weitere wissenschaftliche Aktivitäten voraus blicken. Er hat tiefe Spuren im Immaterialgüterrecht hinterlassen und immer wieder mitgeholfen, rechtspolitische Weichen richtig zu stellen, in der Schweiz ebenso wie in Deutschland, Europa, China, Südamerika und darüber hinaus. Seine zahlreichen Publikationen werden weiterhin bedeutende Leitlinien setzen, nicht nur, aber auch in der Schweiz. Das gilt ganz besonders für seine Habilitationsschrift zum Lizenzvertragsrecht und für sein Lehrbuch zum Urheberrecht, aber auch für viele weitere Publikationen, die in Lehre und Rechtsprechung nachhaltige Spuren hinterlassen haben.

Ich hatte das Privileg, mit *Reto Hilty* während mehr als zwanzig Jahren in unterschiedlichen Konstellationen zusammenzuarbeiten. Zunächst als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Informations- und Technologierecht an der ETH Zürich und danach am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich. Nach einem Aufenthalt am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, wie es damals noch hiess, und dem Abschluss der Dissertation, folgte ein Ausflug in die anwaltliche Praxis. Aus dieser hat mich *Reto Hilty* allerdings schon bald in die Wissenschaft zurückgeholt, um als Postdoc an der Universität Zürich in einem grossen Forschungsprojekt zum Schweizerischen

Prof. Dr. Florent Thouvenin, Rechtsanwalt, Professor für Informations- und Kommunikationsrecht und Vorsitzender des Leitungsausschusses des Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) an der Universität Zürich. Der Autor dankt Viviane Ammann, MLaw, LL.M., für ihre Unterstützung bei der Recherche und der Erstellung des Fussnotenapparates.

F. Thouvenin (✉)
Zürich, Schweiz
E-Mail: florent.thouvenin@ius.uzh.ch

© Der/die Autor(en), exklusiv lizenziert an Springer-Verlag GmbH, DE, ein Teil von Springer Nature 2024

F. Thouvenin et al. (Hrsg.), *Kreation Innovation Märkte – Creation Innovation Markets*, https://doi.org/10.1007/978-3-662-68599-0_4

Obligationenrecht mitzuarbeiten, das er zusammen mit *Claire Huguenin* leitete. Schon davor durfte ich die Geschäftsführung des Schweizer Forums für Kommunikationsrecht (SF-FS) übernehmen, dem *Reto Hilty* während mehr als zwanzig Jahren als Präsident vorstand. Nach einer Tätigkeit als Assistenzprofessor an der Universität St. Gallen hat sich der Kreis vor zehn Jahren mit einem Ruf nach Zürich geschlossen. Seither durften *Reto Hilty* und ich die Freuden und (Sitzungs-) Leiden teilen, die mit dem Wirken an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich verbunden sind.

In dieser Zeit ist eine freundschaftliche Verbundenheit entstanden, die weit über das Verhältnis von Lehrer und Schüler hinausgeht. Berücksichtigt man, dass der Autor dieses Beitrags noch bei *Manfred Rehbinder*, dem Lehrer von *Reto Hilty*, in die Vorlesung ging, werden fast schon familiäre Beziehungen erkennbar, die vom wissenschaftlichen Grossvater über den Vater bis zum Schüler reichen. Damit ist auch gesagt, dass die Verbundenheit und Freundschaft von Jubilar und Autor auch in der neuen Lebensphase von *Reto Hilty* halten und weiter wachsen wird. Für diese wünsche ich Dir, lieber *Reto*, von Herzen alles Gute!

1 Ausgangslage

Bekanntlich hat *Reto Hilty* mit einer Arbeit zum Schutzbereich des Patents doktriniert, sich dann aber vermehrt dem Urheberrecht zugewandt. Damit drängt es sich geradezu auf, in diesem Beitrag einer Frage nachzugehen, die – zumindest in der Schweiz – weitgehend ungeklärt ist: die Bestimmung des Schutzbereichs des Urheberrechts. Dabei soll der Versuch gewagt werden, eine nicht nur theoretisch überzeugende, sondern auch praktisch leistungsfähige Methode zu entwickeln. Der Beitrag stellt dazu auf Ansätze ab, die *Reto Hilty* stets hochgehalten hat, und die sein Schaffen geprägt haben: der Quervergleich mit anderen Immaterialgüterrechten und der rechtsvergleichende Blick über den Tellerrand der eigenen Rechtsordnung hinaus. Letzterer kann wegen der gebotenen Kürze in diesem Beitrag allerdings (fast) nur in den Fussnoten stattfinden.

Der Begriff „Schutzbereich“ wird im Urheberrecht nicht einheitlich verwendet. Unterschiede bestehen auf begrifflicher und inhaltlicher Ebene.¹ So findet sich in Literatur und Rechtsprechung bisweilen der Begriff „Schutzumfang“.² Da es sich aufdrängt, einheitliche Phänomene im Immaterialgüterrecht einheitlich zu bezeichnen und – soweit möglich und sinnvoll – auch einheitlich zu verstehen, ist der Begriff des Schutzbereichs vorzuziehen, der im Patent- und Designrecht³ etabliert ist.

¹ Hilty (2020), Rn. 373 ff.; Rehbinder et al. (2022), OFK URG 2 N 14.

² BGer vom 17. Juni 2022, 4A_472/2021; 4A_482/2021, E. 7 – „Feuerring“ (die Ausführungen zum Schutzumfang wurden nicht in den publizierten BGE 148 III 305 übernommen); HGer Zürich vom 25. Januar 2022, E. 6, sic! 2022, S. 433 ff. – „Blick.ch“; von Büren und Meer (2014), N 182.

³ Für das Patentrecht: Art. 69 EPÜ; § 14 D-PatG. Für das Designrecht: Art. 10 DesG; Art. 9 RL-MM (98/71/E).

Dieser Beitrag versucht, eine Methode zur Bestimmung des Schutzbereichs des Urheberrechts zu entwickeln. Er hält sich deshalb nicht mit dem teilweise umstrittenen Begriffsverständnis auf, sondern setzt eine Definition voraus. Nach dieser ist der Schutzbereich des Urheberrechts der dem Rechtsinhaber vorbehaltene Bereich der ausschliesslichen Benutzung des urheberrechtlich geschützten Werkes.⁴ Er lässt sich bildlich verstehen als die Menge der (urheberrechtlich geschützten und ungeschützten) Werke, gegenüber denen das Urheberrecht Verbotrechte verleiht.⁵ Der Schutzbereich umfasst damit das geschützte Werk selbst und alle Werke, in denen die individuellen Züge des geschützten Werkes erkennbar sind und nicht verblasen.⁶ Mit dieser Definition wird die hier zu untersuchende Frage von anderen Aspekten abgegrenzt, die bisweilen im Zusammenhang mit dem (untechnisch verstandenen) Schutzbereich thematisiert werden. Der Beitrag befasst sich namentlich weder mit der Reichweite der Ausschliesslichkeitsrechte noch mit den Einschränkungen des Schutzes durch Schranken noch mit der Frage, ob eine bestimmte Nutzung als Parodie, Pastiche oder Karikatur zu qualifizieren und deshalb zulässig ist. Ebenfalls nicht untersucht wird, ob die Freistellung der Nutzung eines Werkes als unwesentliches Beiwerk über die Bestimmung des Schutzbereichs erfolgen kann und soll.⁷ Dasselbe gilt für die teilweise umstrittene Frage, ob die Verletzung eines Urheberrechts voraussetzt, dass das verletzte Werk beim Erschaffen der potenziellen Verletzungsform tatsächlich benutzt worden ist, woran es namentlich fehlt, wenn dem vermeintlichen Verletzer das angeblich verletzte Werk gar nicht bekannt war.⁸

Die schweizerische Lehre hat sich bisher nur vereinzelt mit dem Schutzbereich des Urheberrechts befasst. Bis heute gibt es nur einen einzigen Beitrag, der spezifisch dieser Frage gewidmet ist. Dieser stammt von *Martin J. Lutz* und wurde vor 40 Jahren in der Festschrift 100 Jahre URG veröffentlicht.⁹ In den Standardwerken wird die Frage entweder gar nicht oder nur cursorisch behandelt.¹⁰ Eine vertiefte Auseinandersetzung findet sich in jüngerer Zeit einzig im Lehrbuch von *Reto Hilty*.¹¹ Anlässlich eines kürzlich ergangenen Entscheids des Zürcher Handelsgerichts hat sodann der Autor dieses Beitrags mit *Fabian Wigger*, einem weiteren Schüler von *Reto Hilty*, einige Überlegungen zum Schutzbereich des Urheberrechts

⁴ Sinngemäss für das Patentrecht: Sutter und Hochreutener (2019), SHK PatG 51 N 2; für das Designrecht: Stutz, Beutler, Hottinger (2022), SHK DesG 8 N 13.

⁵ Sinngemäss für das Patentrecht: Blumer (2003), Rz. 14.11; für das Designrecht: Stutz, Beutler, Hottinger (2022), SHK DesG 8 N 13; Heinrich (2014), DesG 8 N 1.

⁶ Hilty (2020), Rn. 375; Reh binder et al. (2022), OFK URG 3 N 5.

⁷ So Hilty (2020), Rn. 380.

⁸ In diesem Sinn: Reh binder et al. (2022), OFK URG 2 N 13; David (2012), SHK URG Einführung N 22; Thouvenin (2007), S. 310; a. M. Hilty (2020), Rn. 154.

⁹ Lutz (1983), S. 173 ff.

¹⁰ Im Zusammenhang mit der Individualität: Reh binder et al. (2022), OFK URG 2 N 10; Hilty (2020), Rn. 373 ff; von Büren und Meer (2014), N 184. In Bezug auf den Gestaltungsspielraum: Reh binder et al. (2022), OFK URG 2 N 14. Für Computerprogramme: Barrelet und Egloff (2020), URG 2 N 32.

¹¹ Hilty (2020), Rn. 373 ff.

publiziert.¹² Die spärliche Behandlung in der Literatur mag damit zusammenhängen, dass es in der Schweiz kaum Gerichtsentscheide gibt, die sich mit dieser Frage befassen.¹³ Das gilt zwar für das Urheberrecht ganz allgemein. Hier kommt aber noch hinzu, dass die Schweizer Gerichte meist identische Verletzungen zu beurteilen haben oder sich die Frage nach dem Schutzbereich gar nicht stellt, weil schon die Schutzfähigkeit des angeblich verletzten Werkes verneint wird. Insofern kann es nicht erstaunen, dass es Literatur und Rechtsprechung bis heute nicht gelungen ist, eine überzeugende Methode für die Bestimmung des Schutzbereichs des Urheberrechts zu entwickeln.

Das ist in anderen Rechtsordnungen nicht grundlegend anders. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der richtigen Methode zur Beurteilung nicht-identischer Verletzungen findet sich immerhin im US-amerikanischen Recht. Dort werden von den Federal Circuits mindestens vier verschiedene Ansätze vertreten und angewendet, die in der Lehre kontrovers beurteilt werden.¹⁴ Interessante Anhaltspunkte finden sich namentlich im sog. Abstraction-Filtration-Test, der vom 2nd Circuit für die Beurteilung der Verletzung der Urheberrechte an Computerprogrammen entwickelt wurde,¹⁵ nun aber auch bei anderen Werken angewendet wird. Nach diesem Test muss das Gericht in einem ersten Schritt das Computerprogramm in unterschiedliche Abstraktionsebenen (*conceptual layers*) aufteilen, wobei mit dem Quellcode zu beginnen und dann auf höhere Abstraktionsebenen aufzusteigen ist (*abstraction*). In einem zweiten Schritt hat das Gericht auf jeder Abstraktionsebene eine Trennung vorzunehmen und diejenigen Elemente auszusondern, die aus Gründen der Effizienz verwendet wurden, dem Stand der Technik entsprechen oder Gemeingut sind. Was übrig bleibt, kann originell und damit urheberrechtlich geschützt sein (*filtration*). Auch wenn man den Abstraction-Filtration-Test nicht als solchen aufs Schweizer Recht übertragen mag, ist der Ansatz der Unterscheidung verschiedener Abstraktionsebenen vielversprechend. Er wird deshalb nachfolgend aufgenommen.¹⁶

Trotz Fehlens einer Methode sind in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung immerhin einige Grundsätze für die Bestimmung des Schutzbereichs anerkannt¹⁷: So ist der Schutzbereich ausgehend von den wesentlichen Merkmalen des Werkes und ihrem Zusammenwirken im Werk zu bestimmen.¹⁸ Wesentlich sind die-

¹²Thouvenin und Wigger (2022), S. 438 ff.

¹³In jüngerer Zeit nur: BGer vom 17. Juni 2022, 4A_472/2021; 4A_482/2021, E. 7 – „Feuerring“; HGer Zürich vom 25. Januar 2022, E. 6, sic! 2022, S. 433 ff. – „Blick.ch“; HGer Aargau vom 5. Januar 2015, E. 6.5.2, sic! 2015, S. 449 ff. – „Totenkopf-Tattoo“; OGer Zürich vom 7. Juli 2009, E.IV/2.1-2.3, sic! 2010, S. 889 ff. – „Love“; KGer St. Gallen vom 19. Juni 2002, E. II/1.g, sic! 2003, S. 116 ff. – „Mummenschanz“.

¹⁴Siehe dazu Hickey (2016), S. 690 ff.; Samuelson (2013), S. 1823 ff.

¹⁵US Court of Appeals for the Second Circuit vom 22. Juni 1992, 982 F.2d 693, Rz. 706 ff. – *Computer Associates International Inc. v. Altai Inc.*

¹⁶Siehe dazu hinten, 3.

¹⁷Siehe dazu Thouvenin und Wigger (2022), S. 438 ff.

¹⁸BGE 143 III 373 E. 2.4 – „Max-Bill-Barhocker“; BGE 113 II 306 E. 3a – „Dissertation“; BGE 113 II 190 E. I.2.b – „Le Corbusier“; BGer vom 17. Juni 2022, 4A_472/2021; 4A_482/2021, E. 7.3 – „Feuerring“; Hilty (2020), Rn. 233 f. und 376 f.; Handle (2013), Rn. 256.

jenigen Merkmale, die für sich allein oder in ihrem Zusammenwirken dem Werk individuellen Charakter verleihen.¹⁹ Diese Merkmale sind in einem ersten Schritt zu identifizieren und in einem zweiten Schritt mit den wesentlichen Merkmalen der potenziellen Verletzungsform zu vergleichen.²⁰ Dabei kommt es nicht auf die Merkmale allein, sondern auf den durch ihr Zusammenwirken vermittelten Gesamteindruck an.²¹ Die Übereinstimmung in Merkmalen, die weder für sich allein noch in ihrem Zusammenwirken individuellen Charakter haben, stellt keinen Eingriff in den Schutzbereich dar.²² Besteht ein Werk im Wesentlichen aus nicht schutzfähigen Merkmalen, die nur in ihrem Zusammenwirken schutzfähig sind,²³ führen schon geringe Abweichungen von dieser Kombination aus dem Schutzbereich hinaus.²⁴ Diese Grundsätze bilden den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen. Sie sind hier nicht in Frage zu stellen. Anzumerken ist immerhin, dass es kaum Werke geben wird, deren individueller Charakter durch ein einziges Merkmal begründet wird. Vielmehr wird es immer um ein Zusammenwirken von mehreren (oft vielen) Merkmalen gehen, die in der Summe die Individualität eines Werkes zu begründen vermögen.

2 Externe Orientierungspunkte

2.1 Patentrecht

Der Schutzbereich des Patentbesitzes wird nach allgemein anerkannter Methode in zwei Schritten bestimmt. In einem ersten Schritt ist der objektive technische Sinngehalt der Patentansprüche zu ermitteln. Dazu sind die Patentansprüche mithilfe von Beschreibung und Zeichnung auszulegen.²⁵ Dieser Schritt dient der Ermittlung des Gegenstands des Patentbesitzes.²⁶ In einem zweiten Schritt sind die ausgelegten Patentansprüche dem angeblichen Verletzungsgegenstand gegenüberzustellen und es ist

¹⁹ BGE 142 III 387 E. 3.1 „Fermeture d’une terrasse“; Cherpillod (2012), SHK URG 2 N 27; Dessemontet (1999), N 120.

²⁰ Hilty (2020), Rn. 377; Dessemontet (2014), Rz. 669 ff.

²¹ BGE 143 III 373 E. 2.8.5 – „Max-Bill-Barhocker“; BGE 113 II 190 E. I.2.b f. – „Le Corbusier“; BGer vom 17. Juli 2003, 4C.121/2003, E. 3 – „Knoblauchpresse“; HGer Aargau vom 5. Januar 2015, E. 6.5.2, sic! 2015, S. 449 ff. – „Totenkopf-Tattoo“; KGer St. Gallen vom 19. Juni 2002, E. II/1.e, sic! 2003, S. 116 ff. – „Mummenschanz“; Hilty (2020), Rn. 376 f.

²² Ebenso: BGE 113 II 306 E. 3a – „Dissertation“; BGE 117 II 466 E. 2a – „Rapperswil Jona“; Hilty (2020), Rn. 376; Handle (2013), Rn. 272 f.

²³ Hilty (2020), Rn. 234 und 376.

²⁴ Ebenso: BGer vom 17. Juni 2022, 4A_472/2021; 4A_482/2021, E. 7.3 – „Feuerring“; OGer Luzern vom 5. Februar 2003, E. 6.3 – „Knoblauchpresse“; siehe auch KGer St. Gallen vom 19. Juni 2002, E. II/1.g, sic! 2003, S. 116 ff. – „Mummenschanz“.

²⁵ Art. 51 Abs. 3 CH-PatG; Art. 69 Abs. 1 Satz 2 EPÜ; § 14 D-PatG; Art. L613-2 LPI; Patent Act 1977 s125(1).

²⁶ Art. 51 Abs. 1 CH-PatG; Art. 84 EPÜ; § 14 D-PatG; Art. L613-2 LPI; Patent Act 1977 s125(1).

ein Vergleich der objektiv verstandenen Erfindung mit der Dritthandlung vorzunehmen. Dieser zweite Schritt dient der Ermittlung des Schutzbereichs.²⁷

Der Schutzbereich des Patentbesitzes wird durch eine Analyse der Merkmale der Patentansprüche und einen Vergleich mit dem angeblichen Verletzungsgegenstand ermittelt.²⁸ Dabei ist für jedes in den ausgelegten Patentansprüchen vorhandene Merkmal zu prüfen, ob es im angeblichen Verletzungsgegenstand identisch, in abgewandelter Form oder gar nicht vorhanden ist.²⁹ Enthält der Verletzungsgegenstand alle wesentlichen Merkmale eines Patentanspruchs in identischer Form, handelt es sich um eine identische Benutzung der patentierten Erfindung. Eine Patentverletzung kann aber auch vorliegen, wenn ein oder mehrere Merkmale im angeblichen Verletzungsgegenstand *gar nicht* oder *in abgewandelter Form* enthalten sind. Diesfalls ist zu untersuchen, ob das Weglassen bzw. Verändern einzelner Merkmale aus dem Schutzbereich hinausführt.³⁰

Handelt es sich bei den im angegriffenen Verletzungsgegenstand weggelassenen Merkmalen um für die Fachperson erkennbar unwesentliche oder überflüssige Merkmale, führt das Weglassen nicht aus dem Schutzbereich hinaus. Diesen Umstand bezeichnet man als patentrechtlichen Teilschutz. Unwesentlich bzw. überflüssig ist ein Merkmal, wenn dessen Weglassen keinen Einfluss auf den technischen Erfolg hat.³¹ Auch die Abwandlung von Merkmalen führt nicht aus dem Schutzbereich hinaus, wenn die Merkmale des Verletzungsgegenstandes für die Fachperson nahe liegende Äquivalente der Merkmale des Patentanspruchs sind. Diese Art der Patentverletzung wird als Eingriff in den Äquivalenzbereich bezeichnet. Ein äquivalentes Mittel liegt vor, wenn es im Kontext des Patentanspruches technisch gleich wirkt, wie das ersetzte Merkmal, und für die Fachperson nahe liegend ist.³²

Ob eine äquivalente Benutzung einer patentierten Erfindung vorliegt, ist anhand von drei kumulativ zu erfüllenden Kriterien zu bestimmen:³³ (i) Gleichwirkung: Erfüllen die ersetzten Merkmale die objektiv gleiche Funktion?; (ii) Auffindbarkeit: Werden die ersetzten Merkmale der Fachperson durch die Lehre des Patentbesitzes nahe gelegt?; (iii) Gleichwertigkeit: Hätte die Fachperson bei Orientierung am Anspruchswortlaut im Licht der Beschreibung die ersetzten Merkmale als gleichwertige Lösung in Betracht gezogen?

²⁷ Art. 51 Abs. 2 CH-PatG; Art. 69 Abs. 1 EPÜ; § 14 D-PatG; Art. L613-2 LPI; Patent Act 1977 s125(1).

²⁸ Exemplarisch: BPatGer vom 4. Mai 2016, O2014_009, E. 2.2 – „Stickmaschinenabstandhalter“.

²⁹ Siehe dazu BPatGer vom 4. Mai 2016, O2014_009, E. 2.2 – „Stickmaschinenabstandhalter“; Blumer (2003), Rz. 14.47.

³⁰ Hilti et al. (2021), S. 331 f. m. w. H.

³¹ Calame (2006), S. 427.

³² Siehe dazu ausführlich: Hilti et al. (2021), S. 338 f. und 344 ff. m. w. H.; Calame (2006), S. 419 ff.

³³ BGE 143 III 666 E. 5.1 – „Pemetrexed“; BPatGer vom 15. Dezember 2021, S2021_005, E. 51 – „Deferasirox II“; BPatGer vom 6. Dezember 2016, S2016_004, E. 4.5.3 – „Pemetrexed“; Hilti et al. (2021), S. 338 f. und 344 ff.; Calame (2006), S. 419 ff., allerdings noch ohne Hinweis auf die Gleichwertigkeit.

2.2 *Designrecht*

In den Schutzbereich des Designrechts fallen alle Gestaltungen, welche die gleichen wesentlichen Merkmale aufweisen und dadurch den gleichen Gesamteindruck erwecken wie ein eingetragenes Design.³⁴ Ob eine angebliche Verletzungsform in den Schutzbereich fällt, ist nach zwei Kriterien zu prüfen:

Zum einen muss die Verletzungsform die gleichen wesentlichen Merkmale aufweisen wie das geschützte Design. Als wesentliche Merkmale gelten dabei die charakteristischen und prägenden Elemente des Designs,³⁵ also diejenigen Elemente, die nicht weggedacht werden können, ohne dass sich dadurch der gestalterische Charakter des Designs ändert.³⁶ Unwesentlich sind die Details einer Gestaltung, die selbst bei genauerem Hinsehen kaum zur Kenntnis genommen werden.³⁷ Die Gleichheit der wesentlichen Merkmale fehlt, wenn die angebliche Verletzungsform zwar alle Merkmale des geschützten Designs aufweist, darüber hinaus aber noch weitere wesentliche Merkmale enthält, die beim geschützten Design fehlen.³⁸ Dasselbe gilt, wenn die angebliche Verletzungsform nur einen Teil der wesentlichen Merkmale des geschützten Designs aufweist.

Zum andern muss die Verletzungsform aufgrund der Gleichheit der wesentlichen Merkmale den gleichen Gesamteindruck erwecken wie das geschützte Design. Die Übereinstimmung der wesentlichen Merkmale genügt dafür noch nicht. Vielmehr müssen die in einem ersten Schritt identifizierten, wesentlichen Merkmale der zu beurteilenden Gestaltungen in einem zweiten Schritt gedanklich wieder zu einem gestalterischen Ganzen zusammengefügt werden. Der auf diese Weise ermittelte Gesamteindruck wird durch das Zusammenwirken der wesentlichen Merkmale, also der charakteristischen Elemente der Gestaltung, bestimmt.³⁹ Geringfügige Abweichungen, mithin blosser Unterschiede im Detail der Gestaltung, die erst bei näherer Betrachtung auffallen, führen deshalb nicht aus dem Schutzbereich.⁴⁰

³⁴ Art. 8 DesG; Art. 9 RL-MM (98/71/E); Art. 10 Abs. 1 GGVO; § 2 DesignG; Art. 513-5 LPI; s7(1) Registered Designs Act 1949.

³⁵ BGE 134 III 205 E. 6.1 – „Bagues“; BGE 133 III 189 E. 5.1.1 – „Schmuckschatulle“; BGE 129 III 545 E. 2.3 – „Knoblauchpresse“; Wang (2007), S. 226; teilweise abweichend: Marbach et al. (2017), Rn. 529; Heinrich (2014), DesG 8 N 14; Staub (2003), DesG 8 N 32; Stutz et al. (2022), DesG 8 N 18 ff.

³⁶ Marbach et al. (2017), Rn. 532.

³⁷ Stutz et al. (2022), DesG 8 N 22; Wang (2007), S. 227; sinngemäss BGE 134 III 205 E. 6.1 – „Bagues“; BGE 133 III 189 E. 5.1.1 – „Schmuckschatulle“.

³⁸ Stutz et al. (2022), DesG 8 N 26; Heinrich (2014), DesG 8 N 65; Staub (2003), DesG 8 N 31; Wang (2007), S. 228.

³⁹ BGE 133 III 189 E. 5.1.1 – „Schmuckschatulle“.

⁴⁰ BGE 133 III 189 E. 5.1.1 – „Schmuckschatulle“; BGE 129 III 545 E. 2.3 f. – „Knoblauchpresse“; Marbach et al. (2017), Rn. 529.

3 Ansätze einer Methode

3.1 Grundsätzliches

Die Suche nach einer theoretisch überzeugenden und praktisch leistungsfähigen Methode zur Bestimmung des Schutzbereichs des Urheberrechts wirft einen zwangsläufig auf die grundlegende Frage zurück, was das Urheberrecht schützen soll. In dieser Diskussion kommt der Dichotomie von Form und Inhalt zentrale Bedeutung zu. In vielen Rechtsordnungen findet sich die Auffassung, nach welcher das Urheberrecht nur die Form schützt, während der Inhalt frei bleibt.⁴¹ Mit dieser Dichotomie hat sich *Reto Hilty* mehrfach kritisch auseinandergesetzt⁴² und sie mit guten Gründen in die „Mottenkiste überkommener urheberrechtlicher Dogmen“⁴³ verbannt. Auch wenn das Dogma als solches widerlegt ist, erweist sich die Unterscheidung zwischen der konkreten Ausdrucksform und dem abstrakten Inhalt eines Werkes bei der Erarbeitung einer Methode zur Bestimmung des Schutzbereichs dennoch als produktiv, ja als geradezu unverzichtbar.

Ausgangspunkt mag auch hier ein Befund von *Reto Hilty* bilden, der in seinem Lehrbuch zum Urheberrecht im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Dichotomie von Form und Inhalt festhält: „Der Schutzbereich eines konkreten Werks kann aber nicht allein anhand des Kriteriums der Ausdrucksform erfolgen; im Verhältnis zwischen Original und Übernahme zu vergleichen sind letztlich – zumindest auch – jene Merkmale, die gemeinhin als Inhalt, als „Aussage“ wahrgenommen werden.“⁴⁴ Dieser Gedanke kann hier aufgenommen und weitergeführt werden.

Der Schutzbereich des Urheberrechts bestimmt sich, wie bereits ausgeführt, nach Massgabe der wesentlichen, individualitätsbegründenden Merkmale und ihrem Zusammenwirken im geschützten Werk.⁴⁵ Diese Merkmale sind in einem ersten Schritt zu identifizieren, um sie in einem zweiten Schritt mit den wesentlichen Merkmalen der potenziellen Verletzungsform zu vergleichen. Das zentrale Problem besteht im Urheberrecht nun aber darin, dass völlig unklar ist, welches die wesentlichen Merkmale sind.

⁴¹Zum US-amerikanischen Recht: § U.S.C. 17 § 102 (b). Zum deutschen Recht: Dreier und Schulze (2022), UrhG 2 N 43; Loewenheim und Leistner (2020), UrhG 2 N 76 ff. Zum englischen Recht: House of Lords vom 23. November 2000, WLR 2416, Lord Hoffman 2422 – *Designers Guild v Russell Williams Textiles Ltd.*; House of Lords vom 3. Januar 1979, FSR 145, Lord Hailsham 160, Lord Salmon 165 – *LB (Plastics) Ltd v Swish Products Ltd.* Zum französischen Recht: Cour de Cassation vom 17. Juni 2003, 01-17.650, Bulletin 2003 I N°128, 116; Cour d’appel de Paris vom 13 März 1986, GP1986, 236. Die Dichotomie von Form und Inhalt findet sich auch im internationalen Recht: Art. 9 Abs. 2 TRIPS und Art. 2 WCT halten ausdrücklich fest, dass sich der urheberrechtliche Schutz auf die Ausdrucksform und nicht auf Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche erstreckt.

⁴²Hilty (2020), Rn. 227 ff.; Hilty (2013), S. 706 f.; Hilty (2006), S. 181.

⁴³Hilty (2020), Rn. 232.

⁴⁴Hilty (2020), Rn. 229.

⁴⁵Siehe dazu vorne, 1.

Im Patentrecht werden die beanspruchten Merkmale der Erfindung in den Patentansprüchen definiert und damit (zumindest theoretisch) eindeutig festgelegt. Im Designrecht werden sie zwar nicht in Worten festgehalten, lassen sich aber der bzw. den hinterlegten Abbildung(en) des Designs entnehmen. Dabei handelt es sich meist nicht um Abbildungen eines konkreten Erzeugnisses, sondern um abstrahierte Darstellungen des zum Schutz angemeldeten Designs. Im Patent- und Designrecht wird damit nicht Schutz für ein konkretes Erzeugnis oder Verfahren bzw. für dessen Gestaltung beansprucht, sondern für eine Abstraktion davon. Die Anmeldenden müssen dabei schon in der Anmeldung definieren, welche Merkmale sie als wesentlich und schützbar ansehen. Mit Blick auf einen möglichst grossen Schutzbereich werden sie in der Regel versuchen, den Schutzgegenstand so abstrakt wie möglich zu fassen, also nur diejenigen Merkmale aufzunehmen, die erforderlich sind, damit die Erfindung bzw. das Design gegenüber dem Stand der Technik bzw. des Designs als neu und nicht-naheliegend bzw. eigenartig qualifiziert werden kann.

Dieser Vorgang der Abstraktion fehlt im Urheberrecht. Welche Elemente eines Werkes dessen individuellen Charakter zu begründen vermögen und welche Elemente damit bei der Bestimmung des Schutzbereichs zu berücksichtigen sind, bleibt dem Gericht überlassen, das sich mit diesen Fragen zu befassen hat. Der Rechtsinhaber kann sich dazu zwar vor Gericht äussern – anders als im Patent- und Designrecht hat er die Bestimmung der wesentlichen Merkmale aber nicht selbst in der Hand. Auch für Dritte ist fast nicht vorhersehbar, ob das von ihnen geschaffene Werk im Streitfall von einem Gericht als Verletzung qualifiziert würde. Damit besteht ein erhebliches Mass an Rechtsunsicherheit. Diese kann allerdings durch die Anwendung einer allgemein anerkannten Methode verringert werden, weil dann zumindest vorhersehbar ist, *wie* die Gerichte bei der Bestimmung des Schutzbereichs vorgehen werden.

Ausgangspunkt bildet ein an sich banaler Punkt, der in der Praxis allerdings bisweilen übersehen wird:⁴⁶ Bei der Bestimmung des Schutzbereichs ist immer auf ein konkretes Werkexemplar (oder auf mehrere konkrete Werkexemplare, wenn es Varianten gibt) abzustellen, nicht auf ein abstrakt gedachtes, immaterielles Werk oder gar auf eine Art „Gesamtwerk“,⁴⁷ das als Abstraktion der Varianten des Werks verstanden wird. Das verlangt das Gebot der Rechtssicherheit. Diese wird im Patent- und Designrecht durch den Registereintrag gewährleistet, dem Dritte entnehmen können, wofür der Rechtsinhaber Schutz beansprucht und erhalten hat. Diese Funktion kann im Urheberrecht nur das Werkexemplar wahrnehmen.⁴⁸ Dem Bedarf nach einer Abstraktion vom konkreten Werkexemplar wird nach der hier vorgeschlagenen Methode erst bei der Prüfung des Schutzbereichs auf Ebene des abstrakten Inhalts Rechnung getragen.

⁴⁶HGer Zürich vom 25. Januar 2022, sic! 2022, S. 433 ff. – „Blick.ch“.

⁴⁷HGer Zürich vom 25. Januar 2022, Erwägungen der Minderheitsmeinung, sic! 2022, S. 438 – „Blick.ch“: „Das Werk der Klägerin setzt sich aus dem Frontartikel, dem Artikel auf Seite 3 und einem Interview mit Herrn Gribi zusammen und stellt ein „Gesamtwerk“ dar (nachfolgend klägerischer Artikel). Entsprechend ist für die Beurteilung, ob ein Werk im Sinne von Art. 2 URG vorliegt, von einer einheitlichen Betrachtung des gesamten Werks auszugehen“.

⁴⁸Siehe dazu: Peukert (2021), S. 1122 f., 1124 Fn. 102.

Ein weiterer und erheblicher Gewinn an Rechtssicherheit ist möglich, wenn in einem ersten Schritt nur die individualitätsbegründenden Merkmale der konkreten Ausdrucksform identifiziert und mit der angeblichen Verletzungsform verglichen werden, die bspw. in den Formulierungen eines Texts, in der Gestaltung eines Bildes oder einer Fotografie, in der Tonfolge eines Musikwerks, in der Bild- und Tonfolge eines Filmes oder in der Formulierung der Befehle eines Computerprogrammes im Quellcode liegen können. Auf der Ebene der konkreten Ausdrucksform geht es damit allein um die unmittelbar mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbare Manifestation des Werkes. Eine Beurteilung des Eingriffs in den Schutzbereich auf Ebene des abstrakten Inhalts, also bspw. der Aussagen eines Textes, der Motive eines Bildes oder einer Fotografie, der Emotionen eines Musikwerkes, der Geschichte eines Films oder der Befehlsfolge eines Computerprogramms, sollte nur erfolgen, wenn auf Ebene der konkreten Ausdrucksform keine Verletzung festgestellt werden kann. Denn die Beurteilung auf dieser Ebene ist nicht nur besonders anspruchsvoll, sondern auch mit grosser Rechtsunsicherheit verbunden, weil sie eine gedankliche Abstraktion des Inhalts eines Werkes erfordert, welche den Gerichten einen grossen Ermessensspielraum eröffnet, der fast notwendigerweise zu relevanten Abweichungen zwischen den Entscheiden verschiedener Gerichte oder zwischen mehreren Richtern desselben Gerichts führen wird.

Damit drängt es sich auf, den Schutzbereich des Urheberrechts auf zwei Ebenen zu bestimmen: auf der Ebene der konkreten Ausdrucksform und auf der Ebene des abstrakten Inhalts des Werkes. Auf der ersten Ebene geht es um die Frage, ob die konkrete, mit den menschlichen Sinnen unmittelbar wahrnehmbare Ausdrucksform eines Werkes ganz oder in für sich geschützten Teilen in einer angeblichen Verletzungsform enthalten ist. Auf der zweiten Ebene ist zu prüfen, ob die von der konkreten Ausdrucksform gedanklich abstrahierten, individualitätsbegründenden Merkmale in identischer oder gleichwirkender Form in der angeblichen Verletzungsform enthalten und erkennbar sind. Diese zweistufige Prüfung erscheint unerlässlich, wenn man akzeptiert, dass das Urheberrecht nicht nur die Form, sondern auch den Inhalt schützt. Werden beide Ebenen durch das Urheberrecht geschützt, kann dieses Recht auch auf beiden Ebenen verletzt werden. Damit unterscheidet sich das Urheberrecht vom Patent- und Designrecht, zumal Ersteres nur den Inhalt (die technische Lehre) und Zweiteres nur die Form (die Gestaltung eines Erzeugnisses) schützt. Hingegen werden Parallelen zum Markenrecht sichtbar, das nicht nur die Form (bei Wortmarken insb. Schriftbild und Wortlaut), sondern auch den Sinngehalt schützt, wobei auch hier eine Verletzung bejaht wird, wenn entweder auf Ebene der Form (Schriftbild oder Wortklang) oder auf Ebene des Inhalts (Sinngehalt) eine Verwechslungsgefahr besteht.⁴⁹

Die hier vorgeschlagene Methode zur Bestimmung des Schutzbereichs des Urheberrechts ist bei allen Werkarten anzuwenden. Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass den zwei Ebenen bei verschiedenen Werkarten eine unterschiedliche Bedeutung zukommen wird. Während alle Werke notwendigerweise eine konkrete,

⁴⁹BGE 122 III 382 E. 5.a – „Kamillosan“; Joller (2017), SHK MSchG 3 N 140 ff.; Marbach (2009), Rz. 872.

mit den menschlichen Sinnen wahrnehmbare Ausdrucksform haben, fällt es bei gewissen Werkarten schwer, einen abstrakten Inhalt zu identifizieren. Das gilt namentlich für Werke der Baukunst und Werke der angewandten Kunst, aber auch für die meisten Werke der Musik. Bei diesen wird sich die Beurteilung des Eingriffs in den Schutzbereich aus rein tatsächlichen Gründen in aller Regel auf die Ebene der konkreten Ausdrucksform beschränken.

Zu beachten ist zudem, dass es sich bei der Prüfung auf den zwei Ebenen nicht um die Beurteilung unterschiedlicher Teilvoraussetzungen eines Eingriffs in den Schutzbereich handelt, sondern um die Prüfung ein- und derselben Frage auf verschiedenen Ebenen, die erforderlich ist, weil ein Eingriff in den Schutzbereich sowohl auf Ebene der konkreten Ausdrucksform als auch auf Ebene des abstrakten Inhalts möglich ist.⁵⁰ Damit ist auch klar, dass die Prüfung auf den beiden Ebenen nicht so miteinander verbunden werden kann, dass eine gewisse Nähe auf Ebene der konkreten Ausdrucksform, die jedoch nicht als Eingriff in den Schutzbereich zu qualifizieren ist, und eine gewisse Nähe auf Ebene des abstrakten Inhalts, die ebenfalls nicht in den Schutzbereich eingreift, in der Summe doch als Eingriff gewertet wird. Da auf beiden Ebenen dieselbe Frage auf einer anderen Abstraktionsstufe geprüft wird, ist ein „Summieren“ der Ergebnisse der beiden Ebenen ausgeschlossen. Genau dies kommt in der Praxis allerdings vor, indem für sich nicht als Verletzung zu qualifizierende Ähnlichkeiten der konkreten Ausdrucksform und für sich nicht als Eingriff in den Schutzbereich zu qualifizierende Ähnlichkeiten des abstrakten Inhalts in der Kombination als Eingriff in den Schutzbereich gewertet werden.⁵¹ Das kann nicht überzeugen. Wahrt eine angebliche Verletzungsform auf Ebene der konkreten Ausdrucksform *und* auf Ebene des abstrakten Inhalts einen hinreichenden Abstand, kann keine Verletzung vorliegen.

3.2 Ebene der konkreten Ausdrucksform

Die Beurteilung des Eingriffs in den Schutzbereich auf Ebene der konkreten Ausdrucksform ist vergleichsweise einfach. Es sind drei Konstellationen zu unterscheiden:

Ist die Verletzungsform mit dem geschützten Werk vollkommen identisch, liegt immer ein Eingriff in den Schutzbereich vor. Eine Prüfung der Frage erübrigt sich.

Stimmen geschütztes Werk und angebliche Verletzungsform nur teilweise überein, sind die identischen Teile (oder der identische Teil) zu identifizieren und es ist zu prüfen, ob diese Teile (oder dieser Teil) für sich allein individuellen Charakter aufweisen und damit urheberrechtlich geschützt sind. Trifft dies zu, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor. Dieses Vorgehen ist nicht nur anzuwenden, wenn Teile des Werkes mit Teilen der angeblichen Verletzungsform vollkommen identisch sind (bspw. identische Formulierungen von Text oder Quellcode, identische Ausschnitte

⁵⁰ Siehe dazu vorne, 1.

⁵¹ HGer Zürich vom 25. Januar 2022, E. 6, sic! 2022, S. 433 ff. – „Blick.ch“.

von Bildern oder Fotografien, identische Bild- oder Tonfolgen), sondern auch, wenn Teile des Werkes nur weitgehend mit Teilen der Verletzungsform übereinstimmen (bspw. beim Ersetzen einzelner Worte oder kurzer Wendungen sowie einzelner Töne oder kurzer Tonfolgen oder einzelner Filmsequenzen in ansonsten identischen Formulierungen, Ton- oder Ton-/Bildfolgen). Enthält die Verletzungsform die individualitätsbegründenden Merkmale nur in abgewandelter Ausdrucksform, ist in Anlehnung an das Vorgehen im Patentrecht⁵² zu prüfen, ob die abgewandelte Form ein nahe liegendes Äquivalent der Form des geschützten Werkes ist. Das ist der Fall, wenn sie im Kontext der anderen Merkmale gleich wirkt, wie das ersetzte Merkmal, und für den Urheber der entsprechenden Werkgattung nahe liegt. Trifft dies zu, führt die Abwandlung der Ausdrucksform nicht aus dem Schutzbereich hinaus.

Enthält die angebliche Verletzungsform keine Teile, die mit dem geschützten Werk ganz oder zumindest weitgehend identisch sind, liegt auf Ebene der konkreten Ausdrucksform keine Verletzung vor. Damit ist zu prüfen, ob auf Ebene des abstrakten Inhalts in den Schutzbereich eingegriffen wird.

3.3 *Ebene des abstrakten Inhalts*

Die Beurteilung auf Ebene des abstrakten Inhalts ist vergleichsweise komplex. In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, ob das geschützte Werk überhaupt individualitätsbegründende Merkmale aufweist, die sich von der konkreten Ausdrucksform abstrahieren lassen. Nicht selten wird der individuelle Charakter eines Werkes einzig in der konkreten Ausdrucksform liegen, bspw. bei einem Text oder einem Computerprogramm, der bzw. das zwar individuelle Formulierungen aufweist, in Aufbau und Aussage aber nicht über Alltägliches und Banales hinausgeht. Das gilt erst recht für Bilder, Fotografien und Musikwerke, bei welchen der individuelle Charakter meist nur durch die konkrete Gestaltung begründet wird und nicht durch einen abstrakten Inhalt, der sich im Bild, in der Fotografie oder im Musikwerk manifestiert. Das Kriterium des individuellen Charakters muss auf Ebene des abstrakten Inhaltes, wie stets, relativ zur Werkgattung verstanden und geprüft werden.⁵³ So wird die Individualität bei Texten auf dieser Ebene in der Regel durch die Auswahl der Aussagen und ihre Abfolge begründet, bei Computerprogrammen durch die Befehlsfolge und bei Filmen durch die Abfolge der Handlungen. Wichtig ist zudem, dass die Abstraktion stets an eine Obergrenze stößt, weil Ideen, Konzepte und Methoden urheberrechtlich nicht geschützt sind.⁵⁴ Die Beurteilung auf Ebene

⁵² Siehe dazu vorne, 2.1.

⁵³ BGE 148 III 305 E. 5.3 – „Feuerring“; Barrelet und Egloff (2020), URG 2 N 13; Thouvenin (2008), S. 71 ff.

⁵⁴ Art. 9 Ziff. 1 TRIPS; Art. 2 WCT; BGE 113 II 306 E. 3a – „Dissertation“; BGE 64 II 162 E. 3 – „Maag Tabellen“; Botschaft URG 1989, BBl 1989 III 521; eingehend Handle (2013), *passim*; von Büren und Meer (2014), N 176; Rehbinder (2000), Rn. 72.

des abstrakten Inhalts erfolgt damit auf einer Metaebene zwischen der konkreten Ausdrucksform und den frei bleibenden Ideen, Konzepten und Methoden.

Weist das Werk auf Ebene des abstrakten Inhalts individualitätsbegründende Merkmale auf, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sich diese Merkmale auch in der angeblichen Verletzungsform finden. Dabei ist zu beachten, dass der individuelle Charakter eines Werkes auch auf Ebene des abstrakten Inhalts in aller Regel nicht durch ein einzelnes Merkmal, sondern erst durch das Zusammenwirken mehrerer Merkmale begründet wird. Einigermassen klar sind damit nur diejenigen Fälle, in welchen die angebliche Verletzungsform entweder alle individualitätsbegründenden Merkmale des geschützten Werkes oder keines enthält. Im ersten Fall liegt eine Verletzung vor, im zweiten nicht. Enthält die angebliche Verletzungsform hingegen nur einen Teil der individualitätsbegründenden Merkmale des geschützten Werkes, ist zu prüfen, ob diese Merkmale in ihrem Zusammenwirken den individuellen Charakter des geschützten Werkes zu begründen vermögen. Trifft dies zu, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor. Enthält die angebliche Verletzungsform einen Teil der individualitätsbegründenden Merkmale in identischer und einen anderen Teil in abgewandelter Form, so ist – wie auf Ebene der konkreten Ausdrucksform⁵⁵ – in Anlehnung an das Vorgehen im Patentrecht⁵⁶ zu prüfen, ob die abgewandelte Form ein nahe liegendes Äquivalent des Merkmals des geschützten Werkes ist. Trifft dies zu, führt die Abwandlung nicht aus dem Schutzbereich hinaus, weil die individuellen Züge des geschützten Werkes teils in identischer und teils in nicht hinreichend abgewandelter Form in der Verletzungsform enthalten sind.⁵⁷

3.4 *Gegenprobe*

Der Schutzbereich des Urheberrechts umfasst die Menge der (urheberrechtlich geschützten und ungeschützten) Werke, für die das Urheberrecht Verbotsrechte verleiht.⁵⁸ Er umfasst damit die Gesamtheit der möglichen Verletzungsformen. Die Beurteilung durch die Gerichte fokussiert allerdings stets auf einen Einzelfall oder mehrere Einzelfälle. Damit besteht die Gefahr, dass die Gerichte den Schutzbereich eines Werkes allein mit Blick auf den zu beurteilenden Fall bestimmen und die Konsequenzen für alle anderen möglichen Verletzungsformen ausser Acht lassen. Der Fokus auf den konkreten Einzelfall kann dabei leicht dazu führen, dass der Schutzbereich viel zu weit gezogen wird, weil der zu beurteilende Fall als problematisch empfunden wird und vom Gericht nicht hingenommen werden will.

Das Ergebnis der Beurteilung auf Ebene der konkreten Ausdrucksform und auf Ebene des abstrakten Inhalts muss deshalb im Sinn eines „reality check“ einer

⁵⁵ Siehe dazu gerade vorstehend, 3.2.

⁵⁶ Siehe dazu vorne, 2.1.

⁵⁷ Siehe dazu vorne, 3.1.

⁵⁸ Siehe dazu vorne, 1.

Gegenprobe unterzogen werden. Dabei ist zu prüfen, welche Gesamtheit potenzieller Verletzungsformen vom Schutzbereich umfasst wird, wenn dieser so weit gezogen wird, dass er die konkret zu beurteilende Verletzungsform und alle anderen, dem geschützten Werk vergleichbar ähnlichen Verletzungsformen umfasst. Diese Gegenprobe erlaubt es, einen unter dem Eindruck des konkreten Falles allenfalls zu weit gezogenen Schutzbereich zu erkennen und Fehlentscheide zu verhindern.⁵⁹ Dabei ist stets zu beachten, dass der Schutz des Urheberrechts dem Rechtsinhaber erlaubt, bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers weltweit jede Nutzung aller in den Schutzbereich fallenden Erscheinungsformen zu verbieten, wenn keine Schranke greift. Mit Blick auf diese weitreichenden Konsequenzen drängt es sich bei den meisten Werken auf, den Schutzbereich durchaus eng zu ziehen, um die Handlungsfreiheit Dritter nicht übermässig zu beschränken.

3.5 Freie Benutzung

Nach der Beurteilung auf Ebene der konkreten Ausdrucksform und auf Ebene des abstrakten Inhalts und nach der Überprüfung des Ergebnisses im Rahmen der Gegenprobe steht der Schutzbereich grundsätzlich fest. In einem letzten Schritt ist allerdings zu prüfen, ob die vermeintliche Verletzungsform zwar an sich in den Schutzbereich fällt, aber als freie Benutzung zu qualifizieren und damit zulässig ist. Dies ist der Fall, wenn die individualisierenden Merkmale des geschützten Werkes in der vermeintlichen Verletzungsform zwar noch erkennbar sind, angesichts der individuellen Züge dieser Form aber verblassen.⁶⁰ Anders als in Deutschland war die freie Benutzung in der Schweiz zwar nie gesetzlich geregelt.⁶¹ Der Gesetzgeber hat diese Rechtsfigur aber schon bei Erlass des aURG anerkannt⁶² und das Bundesgericht zieht sie seit den 1950er-Jahren bei der Bestimmung des Schutzbereichs bei.⁶³ Auch in der Lehre ist unbestritten, dass bei einem Verblassen der individuellen Züge des geschützten Werkes keine Urheberrechtsverletzung vorliegt.⁶⁴ Die freie

⁵⁹ Siehe dazu Thouvenin und Wigger (2022), S. 438, mit einer konkreten Anwendung auf einen Beispielfall.

⁶⁰ BGE 125 III 328 E. 4c – „Devanthy“; Rehbindet et al. (2022), OFK URG 3 N 5; Barrelet und Egloff (2020), URG 11 N 15; siehe dazu auch Thouvenin und Wigger (2022), S. 438.

⁶¹ Im deutschen Urheberrecht war die freie Benutzung bis vor wenigen Jahren in § 24 aUrhG normiert. Die Bestimmung wurde jedoch aufgrund des Urteils des EuGH vom 29. Juli 2019, C-476/17, Rz. 59 ff. – „Metall auf Metall“ am 7.6.2021 aufgehoben. Seither enthält das deutsche Urheberrecht eine Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiche (§ 51a UrhG), während die schutzbereichsspezifischen Aspekte des ursprünglichen § 24 aUrhG nun in § 23 Abs. 1 Satz 2 UrhG geregelt werden. Zum Ganzen: Deutscher Bundestag, Drucksache 19/27426, S. 78.

⁶² Botschaft URG 1918, BBl 1918 III 617 f.

⁶³ BGE 85 II 120 E. 8 – „Sherlock Holmes“; BGE 125 III 328 E. 4c – „Devanthy“.

⁶⁴ Hilty (2020) Rn. 241; Barrelet und Egloff (2020), URG 3 N 8 und URG 11 N 15 f.; Rehbindet et al. (2022), OFK URG 3 N 5; Dessemontet (2014), Rz. 666; Handle (2013) S. 289 ff., 397 ff.; Rehbindet (2000), Rz. 95; Marbach et al. (2017), Rn. 282; von Büren und Meer (2014) N 396.

Benutzung lässt sich dabei als Schranke des Schutzbereichs verstehen,⁶⁵ die strukturell und dogmatisch der Parodiefreiheit nahe steht.⁶⁶

Literatur

- Barrelet D, Egloff W (2020) URG 11. In: Barrelet D, Egloff W (Hrsg) Das neue Urheberrecht, 4. Aufl. Orell Füssli, Zürich
- Blumer F (2003) Schutzbereich des Patents. In: Bertschinger C, Geiser T, Münch P (Hrsg) Schweizerisches und europäisches Patentrecht. Helbing & Lichtenhahn, Basel, S 647–706
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, vom 17. Juni 1918, BBl 1918 III 517–680
- Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen (Topographiengesetz, ToG) sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiete des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 477–718
- Calame T (2006) Die Wirkung des Patents. In: von Büren R, David L (Hrsg) Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht IV, Patentrecht und Know-how unter Einschluss von Gentechnik, Software und Sortenschutz. Helbing & Lichtenhahn, Basel, S 401–502
- Cherpillod I (2012) URG 2. In: Müller BK, Oertli R (Hrsg) Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl. Stämpfli, Bern
- David L (2012) Einführung. In: Müller BK, Oertli R (Hrsg) Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl. Stämpfli, Bern
- Dessemontet F (1999) Le droit d’auteur. CEDIDAC, Lausanne
- Dessemontet F (2014) Inhalt des Urheberrechts. In: von Büren R, David L (Hrsg) Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. Helbing & Lichtenhahn, Basel, S 175–227
- Deutscher Bundestag 19. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, vom 9. März 2021, Drucksache 19/27426
- Dreier T, Schulze G (2022) UrhG 2. In: Dreier T, Schulze G (Hrsg) Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. C.H. Beck, München
- Haberstumpf H (2022) Die freie Benutzung lebt! Z Urh Medienr 11:795–806
- Handle M (2013) Der urheberrechtliche Schutz der Idee. Stämpfli, Bern
- Heinrich P (2014) DesG/HMA Kommentar, 2. Aufl. Orell Füssli, Zürich
- Hickey KJ (2016) Reframing similarity analysis in copyright. Wash Univ Law Rev 93:681–731
- Hilti C, Köpf A, Stauber D, Carreira A (2021) Schweizerisches und europäisches Patent- und Patentprozessrecht, 4. Aufl. Stämpfli, Bern
- Hilty RM (2006) Das Urheberrecht und der Wissenschaftler. Gewerbli Rechtsschutz Urheber Internationaler TI 3:179–190

⁶⁵ Barrelet und Egloff (2020), URG 11 N 15, wonach die freie Benutzung „eine urheberrechtlich relevante von einer nicht relevanten Werkverwendung ab[gegrenzt]“; für das deutsche Recht siehe auch: Deutscher Bundestag, Drucksache 19/27426, S. 78; BGH vom 26.04.2022, Rz. 48, ZUM 2022, S. 547 ff. – „Porsche 911“; Haberstumpf (2022) S. 796; zum alten Recht: Loewenheim (2020), UrhG 24 N 3.

⁶⁶ Zur Qualifikation der Parodiefreiheit als Schranke: Hilty (2020), Rn. 407; Reh binder et al. (2022), OFK URG 11 N 1.

- Hilty RM (2013) Anmerkungen zum Entscheid des Obergerichts Zürich vom 24. Januar 2013 „Bildungssoftware“. Z Immaterialgüter-, Inf Wettbewerbsr 11:705–707
- Hilty RM (2020) Urheberrecht, 2. Aufl. Stämpfli, Bern
- Joller G (2017) MSchG 3. In: Noth M, Bühler G, Thouvenin F (Hrsg) Stämpflis Handkommentar, Markenschutzgesetz (MSchG), 2. Aufl. Stämpfli, Bern
- Loewenheim U (2020) UrhG 24. In: Loewenheim U, Leistner M, Ohly A (Hrsg) Urheberrecht, 6. Aufl. C.H. Beck, München
- Loewenheim U, Leistner M (2020) UrhG 2. In: Loewenheim U, Leistner M, Ohly A (Hrsg) Urheberrecht, 6. Aufl. C.H. Beck, München
- Lutz MJ (1983) Der Schutzzumfang des Urheberrechts. In: Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht (Hrsg) FS 100 Jahre URG. Stämpfli, Bern, S 173–186
- Marbach E (2009) Markenrecht. In: von Büren R, David L (Hrsg) Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht III/1, 2. Aufl. Helbing & Lichtenhahn, Basel, S 1–543
- Marbach E, Ducrey P, Wild G (2017) Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. Stämpfli, Bern
- Peukert A (2021) Das Gebot der Bestimmtheit des Schutzgegenstands im geistigen Eigentum. Gewerbl Rechtsschutz Urheber 9:1117–1121
- Rehbinder M (2000) Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl. Stämpfli, Bern
- Rehbinder M, Haas L, Uhlig KP (2022) Orell Füssli Kommentar, URG Kommentar, 4. Aufl. Orell Füssli, Zürich
- Samuelson P (2013) A fresh look at tests for nonliteral copyright infringement. Northwest Univ Law Rev 107:1812–1850
- Staub R (2003) DesG 8. In: Staub R, Celli AL (Hrsg) Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design. Schulthess, Zürich
- Stutz RM, Beutler S, Hottinger M (2022) Stämpflis Handkommentar, Designgesetz (DesG), 2. Aufl. Stämpfli, Bern
- Sutter K, Hochreutener J (2019) PatG 51. In: Schweizer M, Zech H (Hrsg) Stämpflis Handkommentar, Patentgesetz (PatG). Stämpfli, Bern
- Thouvenin F (2007) Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten. Carl Heymanns, Köln/Berlin/München
- Thouvenin F (2008) Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum, desto eher sind die Schutzvoraussetzungen erfüllt. In: Berger M, Macciachini S (Hrsg) Populäre Irrtümer im Urheberrecht, FS Hilty. Schulthess, Zürich, S 61–73
- Thouvenin F, Wigger F (2022) Anmerkungen zum Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Januar 2022 „Blick.ch“. Z Immaterialgüter, Inf Wettbewerbsr 10:438–441
- Von Büren R, Meer M (2014) Der Werkbegriff. In: von Büren R, David L (Hrsg) Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. Helbing & Lichtenhahn, Basel, S 58–145
- Wang M (2007) Designrecht. In: von Büren R, David L (Hrsg) Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht VI. Helbing & Lichtenhahn, Basel, S 1–285