

Neuerungen auf bewährter Grundlage: Gesetzesrevisionen im Markenschutz und Urheberrecht

recht-1993-130

Dr. Peter V. Kunz , Fürsprecher, Bern/Zürich,

Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern *1

I. Einleitung

Nicht nur für einen Grossteil der Studierenden der Rechtswissenschaft, sondern auch für viele juristische Allgemeinpraktiker stellen die Rechtsgebiete des Immaterialgüter sowie des Wettbewerbsrechts ein *Buch mit sieben Siegeln* dar. Dies sollte Anlass zu erheblichen Bedenken geben, sind Immaterialgüter und wettbewerbsrechtliche Fragestellungen doch unbestrittenermassen äusserst *praxisrelevant*. Und insbesondere aus den zahlreichen Anwaltskanzleien mit wirtschaftsrechtlicher Orientierung ist oftmals Wehklagen über die mangelnden (Grundlagen) Kenntnisse im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht gerade der jüngeren Mitarbeiter zu vernehmen.

Die Vernachlässigung dieser beiden Rechtsmaterien – nicht nur zu Studienzeiten, sondern auch im späteren Juristenalltag – kommt (sozusagen «spiegelbildlich») etwa darin zum Ausdruck, dass es in der schweizerischen Doktrin bis anhin nur eine einzige umfassende Darstellung zum Immaterialgüterrecht, auf das wir uns im folgenden beschränken wollen ², gibt, nämlich diejenige von *Abis Troller* ³; zu *immaterialgüterrechtlichen Einzelfragen liegen hingegen eine für den Nicht Spezialisten fast unübersehbare Zahl von Monographien und sonstigen Beiträgen vor. Und in nächster Zeit gelangt eine erste, breit abgestützte Kommentierung auf den juristischen Markt* ⁴, was insbesondere für die weniger spezialisierten Juristen den von diesen regelmässig beklagten «Informationsnotstand» mildern dürfte.

Tatsächlich ist es denn auch nicht ganz einfach, überhaupt nur die entsprechenden *Erlasse des immer komplexer werdenden Rechtsgebietes ausfindig zu machen: Die technischen (Erfindungen, technische Geheimnisse), die kennzeichnenden (u.a. Marke und Handelsname) sowie schliesslich die ästhetischen (Werke, Muster/Modelle) Immaterialgüterrechte werden nämlich in einer Unmenge von Vorschriften auf nationaler und internationaler Ebene geregelt* ⁵. Für den «kleinen Hausgebrauch» des Schweizer Juristen genügen auf nationaler Ebene jedoch bereits die Kenntnisse zu vier Spezialgesetzen, nämlich zum Patentgesetz (PatG) ⁶, zum Muster und Modellschutzgesetz (MMG) ⁷, zum Urheberrechtsgesetz (URG) ⁸ und zum Markenschutzgesetz (MSchG) ⁹, wobei natürlich die jeweiligen Verordnungen – auch von den Studierenden – nicht vergessen werden dürfen.

Das Jahr 1993 sorgte für einigen Wirbel bei den Personen, die sich mit dem Immaterialgüterrecht wohl oder übel zu befassen haben, trat doch ein neues Gesetz in diesem Bereich in Kraft ¹⁰, ein anderes wurde gänzlich aufgehoben ¹¹

recht-1993-131

und zwei weitere erfuhren jeweils eine zwar nur teilweise, aber sehr gewichtige Revision. Um die letzteren beiden Erlasse, nämlich das *Markenschutzgesetz* sowie das *Urheberrechtsgesetz*, wird es im folgenden gehen: Einerseits sollen die Kontinuität gewisser Rechtsinstitute, andererseits einige wichtige Neuerungen aufgezeigt werden, ohne allerdings Vollständigkeit anzustreben.

Dieser Beitrag richtet sich bewusst nicht an die «Immaterialgüterrechtler», also an die eigentlichen Spezialisten, sondern ist eher als Einstieg und erste «Schnupperphase für Interessierte», aber auch für Studenten kurz vor der Prüfung gedacht. Den Praktikern mögen immerhin die weiterführenden Hinweise dienlich sein.

II. Das revidierte Markenschutzgesetz (MSchG)

1. Entstehungsgeschichte

Das frühere Markenschutzgesetz (aMSchG) stammte aus dem letzten Jahrhundert 12 und wurde wissenschaftlich mehrfach umfassend wenn auch schon vor langer Zeit bearbeitet 13 . Zum revidierten Gesetz (MSchG 14) ist bereits einige Literatur veröffentlicht worden 15 .

Die ersten Vorstösse zur MSchG-Revision wurden schon in den frühen 1960er Jahren unternommen. Das Bundesamt für geistiges Eigentum (BAGE) legte 1968 einen ersten Vorentwurf vor, es folgten 1982 ein zweiter Entwurf und schliesslich der sog. «Rohentwurf '85». Der Entwurf einer Studienkommission von 1988 stellte die Grundlage dar für den bundesrätlichen Vorschlag, der im Parlament – anders etwa als derjenige zum URG (vgl. dazu hinten III.1. a. E.) – keine grossen Wellen mehr warf 16 : Das MSchG trat schliesslich am 1. April 1993 in Kraft.

2. Zur Umschreibung der Marke

Die gewichtigste Veränderung im Markenrecht ist die neue *Umschreibung* der Marke in der Legaldefinition des MSchG:::

a)«Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden» (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Während unter früherem Recht die Marke entweder auf der Ware selber oder aber auf deren Verpackung angebracht sein musste (sog. «*markenmässiger Gebrauch*» 17), wird nunmehr auf dieses Erfordernis verzichtet; der «Gebrauch» erhält eine neue Definition, indem die Marke nur noch «*im Zusammenhang*» 18 mit Waren oder Dienstleistungen benutzt werden muss: Zu denken ist z. B. an die Dienstleistungsmarke eines Bauunternehmens, die von diesem etwa auf dem Geschäftspapier bei der Offertstellung, aber auch ganz generell in der Werbung verwendet wird.

Infolge der revidierten Legaldefinition gibt es also eine Vielzahl neuer Markentypen (vgl. dazu hinten II.3). Allerdings fällt mit dem MSchG ein Markentyp dahin: Die altrechtliche *Firmenmarke*, die einer im Handelsregister eingetragenen Firma ohne – zusätzliche – Eintragung im Markenregister markenrechtlichen Schutz gewährte 19 , wurde vom Parlament ersatzlos gestrichen; der Firma wird also nur, aber immerhin dann Schutz nach MSchG gewährt, wenn eine entsprechende Eintragung (Art. 28 ff. MSchG) erfolgt.

Grundsätzlich unverändert bleibt der Markenschutz beschränkt auf «gleichartige» Waren und nunmehr auch Dienstleistungen. Dies bedeutet, dass die – sogar identische – Marke von einem Dritten für eine *andere* Waren oder Dienstlei-

stungs- «Kategorie» verwendet werden darf: Es gilt der *Grundsatz der Spezialität* 20 , die «Warengleichartigkeit», die nach aMSchG sehr weit ging 21 , ist nun indes *enger als früher zu verstehen* 22 . Eine Ausnahme vom bloss beschränkten Schutzbereich macht in jedem Fall die sog. berühmte Marke gemäss Art. 15 Abs. 1 MSchG (vgl. dazu hinten II. 3. d), sofern deren Unterscheidungskraft gefährdet oder deren Ruf ausgenützt bzw. beeinträchtigt wird: So dürfte etwa ein Hersteller von Motorrädern diese niemals mit der Marke «Marlboro» kennzeichnen, obwohl Töffs und Zigaretten sicherlich nicht «warengleichartig» sind.

d) Von keinen wesentlichen Änderungen ist bei den absoluten und relativen *Ausschlussgründen* (Art. 2 f. MSchG) zu berichten 23 . Und auch die Umschreibung der *Verwechslungsgefahr* dürfte in etwa dieselbe bleiben.

3. Diverse neue Markentypen

Dieser Beitrag kann sich nicht im einzelnen mit allen *neuen Markentypen* befassen, zumindest soll aber auf die Mehrheit kurz *hingewiesen* werden:

a) Zentrale Neuerung – interessant beispielsweise für Banken, Versicherungen, Reisebüros usw. – ist sicherlich der markenrechtliche Schutz der *Dienstleistungsmarke* (Art. 1 Abs. 1 MSchG) 24 . Im Zeitalter der «Dienstleistungsgesellschaft» mit einem ständig anwachsenden Tertiärsektor ist es zweifellos erforderlich, nicht nur bei Produkten, sondern auch bei Dienstleistungen die markenrechtliche Kennzeichnung zu gestatten; dies entspricht übrigens der Rechtslage in den USA (seit 1946) und in fast allen EG und EFTA-Staaten. Bis anhin mussten die Dienstleistungsunternehmen in der Schweiz jeweilen den wettbewerbsrechtlichen Schutz, also insbesondere Art. 3 lit. d UWG, anrufen.

b) Das MSchG hat zudem die *Garantiemarke* (Art. 21 MSchG) eingeführt, mit der unter anderem die *geographische Herkunft* oder die *besondere Beschaffenheit der Waren* bzw. *Dienstleistungen gewährleistet werden sollen* 25 . Für diesen Markentyp sowie für die *Kollektivmarke* (Art. 22 MSchG, Art. 7 bis aMSchG), die ein Zeichen für die Mitglieder einer Vereinigung darstellt, ist ein vom BAGE zu genehmigendes *Markenreglement erforderlich* 26 .

c) Anders als unter aMSchG sind nicht mehr aus schliesslich zweidimensionale Zeichen als Marke schützbar, was jedoch zu einigen Abgrenzungsproblemen führen wird:

aa) Neu können nun sowohl die *Formmarke* – d. h. *das Warenäussere oder dessen Verpackung dienen hier als Marke* (etwa «Toblerone») – als auch die *damit nicht zu verwechselnde dreidimensionale Marke* 27 – d.h. ein «greifbarer» Gegenstand wie etwa der Mercedes-Stern- hinterlegt und registriert werden 28 .

bb) Unklar ist noch, ob bzw. inwieweit dadurch der (lauterkeitsrechtliche) *Ausstattungsschutz* 29 beeinflusst wird: m.E. kann sich nämlich derjenige, der das kennzeichnende «Outfit» bzw. das «Drumherum» der Ware nicht markenrechtlich hinterlegt, auch nicht mehr – quasi «ersatzweise» – auf das UWG berufen 30 .

d) Mit der *berühmten Marke* («*marque de haute renommée*») 31 , die vor kurzem unter aMSchG «anerkannt» wurde 32 , wird der zentrale Grundsatz der Spezialität (vgl. dazu vorne II. 2. c) nun ausdrücklich durchbrochen, allerdings ohne Definition dieses Markentyps 33 .

recht-1993-133

e) Während die sog. «*Geruchsmarke*» («*Duftmarke*») infolge des durch Art. 11 Abs. 1 MSchV eingeführten *Erfordernisses der graphischen Darstellbarkeit* markenrechtlich nicht geschützt werden kann, ist dies bei der sog. «*Akustikmarke*» («*Gehörsmarke*»), also etwa bei *Jingles*, mittels *Hinterlegung der Notenschrift* – nicht

einer Tonbandkassette möglich 34 .

f) Im Gegensatz zur Praxis unter aMSchG 35 wird nun auch die *Exportmarke* (Art. 11 Abs. 2 MSchG) 36 und schliesslich – zumindest implizit – die *Holdermarke* 37 als solche geschützt.

4. Von der Gebrauchs zur Eintragungspriorität 38

a) Schon nach Art. 4 aMSchG erhielt nur derjenige ein «vollwertiges» subjektives Markenrecht, der das Warenkennzeichen tatsächlich registrieren liess. Hatte er schon vorher die Marke gebraucht, so stand ihm immerhin eine Art von Vorrecht bzw. eine Anwartschaft ein «unvollkommenes Ausschliesslichkeitsrecht» 39 – für die Markenhinterlegung und -eintragung im Register zu (sog. *Gebrauchspriorität*). *Die Registrierung selber wirkte jedoch weder konstitutiv noch bloss deklaratorisch, sondern galt als «rechtsvollendender Formalakt»* 40 .

b) Heute verschafft der tatsächliche «Markengebrauch» vor der Markenhinterlegung kein Vorrecht mehr: Gemäss Art. 5 MSchG wird nämlich nur derjenige markenrechtlich berechtigt, der eine Marke zuerst eintragen lässt (sog. *Eintragungspriorität* 41); *die Bedeutung des Registereintrags nimmt also mit dem MSchG erheblich zu. Damit ist aber m.E. die Registrierung nunmehr als konstitutiver Akt* 42 zu betrachten 43 , und das rechtstheoretische Gebilde des «unvollkommenen Ausschliesslichkeitsrechts» fällt dahin. Die bundesrätliche Botschaft behauptete somit noch zu Unrecht, die Bestimmung von Art. 5 MSchG würde «nichts Neues» 44 bringen.

c) Immerhin garantiert Art. 14 Abs. 1 MSchG den *Besitzstand* für frühere Markenberechtigte, nämlich ein Weiterbenützensrecht «im bisherigen Umfang». Und *übergangsrechtlich* ist noch auf Art. 78 MSchG hinzuweisen, der gerade etwa für Inhaber von Firmenmarken (vgl. dazu vorne II. 2. b) bedeutsam sein könnte.

5. Markeninhaberschaft, Übertragung und Lizenz

a) Gemäss Art. 7 aMSchG war nur der Produzent oder der Händler zur Markenhinterlegung berechtigt 45 , heute nunmehr *jedermann* (Art. 28 Abs. 1 MSchG) 46 , so dass beispielsweise die sog. Holdermarke schon als solche zulässig ist, d.h. ohne die früheren bundesgerichtlichen Anforderungen 47 zu erfüllen. Diese weitgehende *Liberalisierung wirft auch übergangsrechtliche Probleme auf, die hier indes nicht zu untersuchen sind* 48 .

b) Sowohl die «*Leer-Übertragung*» (z.B. *Verkauf der Marke ohne dazugehöriges Unternehmen*) als auch die «*Leer-Lizenzierung*» waren nach Art. 11 aMSchG *an sich unzulässig* 49 ; immerhin wurde die Lizenzierung unter gewissen Voraussetzungen schon damals einfach geduldet 50 . Keine entsprechenden Einschränkungen mehr sehen nun Art. 17f. MSchG vor 51 .

recht-1993-134

c) Die Übertragung der Marke ist ohne *schriftliche Form nichtig* 52 . Eine Eintragung der Markenübertragung oder der Markenlizenzierung im Register «*verdinglicht*» *neuerdings deren Wirkung sogar gegenüber (gutgläubigen) Dritten* 52 53 und nähert sich – bei der Lizenz – somit der Regelung von Art. 34 Abs. 3 PatG. Mit dem MSchG enthalten in der Schweiz drei immaterialgüterrechtliche Gesetze nunmehr Bestimmungen zum Lizenzvertrag 54 , der indes weiterhin als Innominatkontrakt zu qualifizieren ist: Art. 34 PatG, Art. 4 Abs. 2/3 MMG, Art. 18 MSchG.

6. Gebrauchszwang und Schutzfrist

a) Die (zeitlich unbeschränkte) *Defensivmarke ist unzulässig, gibt es doch – Rechtfertigung gemäss Art. 12 Abs. 1 MSchG vorbehalten – weiterhin einen Gebrauchszwang* 55 . Immerhin wurden neu die «Untätigkeitsfrist» von ehemals drei auf nunmehr *fünf Jahre ausgedehnt (Art. 12 Abs. 1 MSchG, Art. 9 Abs. 1 aMSchG)* 56 und die Benutzung im Zusammenhang mit ausschliesslichen *Exportgütern als Gebrauch anerkannt (Art. 11 Abs. 2 MSchG; vgl. dazu vorne II. 3. f).*

b) Alle Kennzeichengüter (Marke, Firma, Handelsname usw.) sind auf einen «unendlichen Schutz» hin angelegt, weil deren Wert und Bedeutung regelmässig mit zunehmendem Alter sogar wächst. Die Marke bzw. deren Hinterlegung ist aber nach *zehn Jahren (Art. 10 MSchG) – früher: 20 Jahren (Art. 8 aMSchG) – zu verlängern; hierbei fällt nun die frühere Überprüfung von Eintragungshindernissen weg (Art. 26 MSchV). Die Verkürzung der Hinterlegungsschutzdauer wird übrigens damit «ausgeglichen», dass das BAGE gemäss Art. 25 MSchV den Markeninhaber an den Ablauf der Gültigkeitsdauer der Eintragung erinnern muss* 57 .

7. Hinweise zum Verfahren 58

Anders als im Urheberrecht war für ein «vollwertiges» Markenrecht schon unter aMSchG und ist erst recht unter geltendem MSchG eine *Registrierung nötig (vgl. dazu vorne II. 4. a/b). Mit der Eintragung bzw. der Nicht-Eintragung ins Markenregister verbindet sich jeweils mindestens ein Verfahren* 59 . Und das revidierte MSchG bringt gerade im Verfahrensrecht einige grundsätzliche *Neuerungen mit sich:*

a) *Der Inhaber einer älteren Marke – m.E. (trotz Wünschbarkeit) aber nicht der Lizenznehmer – kann sich innert dreier Monate gegen die Registrierung einer jüngeren, nach dem 31. März 1993 hinterlegten (Art. 76 Abs. 2 lit. c MSchG), identischen bzw. ähnlichen Marke beim BAGE wehren (sog. Widerspruchsverfahren)* 60 . *Wer einen Widerspruch unterlässt, verliert damit aber nicht etwa automatisch das (teurere und umständlichere) Klagerecht bei Gericht* 61 .

b) Mit der kürzlich erfolgten OG-Revision wurde zudem eine neue, *verwaltungsexterne Beschwerdeinstanz für das Immaterialgüterrecht geschaffen* 62 , deren Bedeutung mit dem geltenden MSchG offenbar wird:

aa) In Markensachen kann nämlich mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich auch das Bundesgericht angerufen werden. Vorgängig sind jedoch die Verfügungen des BAGE bei der – noch zu konstituierenden – *Rekurskommission für geistiges Eigentum* 63 anzufechten (Art. 36 Abs. 1 MSchG).

bb) Derselbe Verfahrensweg ist zudem auch bei Verfügungen des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister im Zusammenhang mit der Unzulässigkeit einer *Firma* – oder eines Namens von Vereinen/Stiftungen – zu beschreiten (Art. 36

recht-1993-135

Abs. 2 MSchG; leider fehlt hierauf jeglicher Hinweis im Firmen bzw. im Personenrecht.

8. Übrige Neuerungen

Das MSchG brachte noch diverse weitere Neuerungen – etwa: *Hilfeleistung der Zollverwaltung (Art. 70–72 MSchG)* 64 , *erhöhte Strafandrohungen (Art. 61–65 MSchG)* 65 , *uneingeschränkte Verpfändung mit Registrierungsmöglichkeit (Art. 19 MSchG), effektivere zivilrechtliche Klagemöglichkeiten (Art. 52–56)* 66 und natürlich die *Übergangsbestimmungen (Art. 76–78 MSchG)* 67 – mit sich, die aus Platzgründen hier jedoch nicht behandelt werden können.

III. Das revidierte Urheberrechtsgesetz (URG) 68

Trotz teils heftiger Debatten inner und ausserhalb des Parlaments ist die Urheberrechtsrevision verglichen mit der vormaligen Rechtslage vom Ergebnis her eher von *Kontinuität* geprägt als diejenige zum Markenrecht, wurden doch gewichtige Neuerungsansätze (so etwa: Folgerecht, Produzentenartikel, «Bibliotheksrappen»); vgl. dazu hinten III. 9) allesamt abgelehnt.

1. Entstehungsgeschichte

Das frühere Urheberrechtsgesetz (aURG 69), das aus den 1920er Jahren stammte, wurde am 7. Juli 1993 abgelöst durch das geltende Gesetz (URG 70). Dieses hat eine wahrlich «bewegte Vergangenheit» hinter sich 71 :

Zurückgehend auf erste Vorarbeiten Ende der 1950er Jahre, befassten sich insgesamt *drei* *Expertenkommissionen mit der Revision. Und nach dem ersten Gesetzesentwurf* 72 und der einstimmigen *Rückweisung durch das Parlament (Amtl. Bull. StR 7985 590, Amtl. Bull. NR 1986 711) entstand ein zweiter* 73 ; im Gegensatz zur Markenrechtsrevision (vgl. dazu vorne II. 1) brachte das Parlament aber noch einmal nicht unerhebliche Retuschen am bundesrätlichen Entwurf an.

2. Der Werkbegriff

a) Bei der durch Praxis/Lehre entwickelten und nur teilweise vom Gesetz vorgegebenen Umschreibung des Werkbegriffs (Individualität, Materialisation, Werkkategorie usw.) fand *keine Änderung* –vgl. Art. 2 URG 74 sowie Art. 1f. a URG – statt: Es handelt sich bei einem urheberrechtlich geschützten Werk grundsätzlich also weiterhin um eine «eigenartige Geistesschöpfung von selbständigem Gepräge» 75 . Dass das Werk von der Persönlichkeit des Urhebers irgendwie geprägt sein müsste, trifft allerdings entgegen bundesgerichtlicher Annahme – und der Rechtslage in Deutschland 76 – nicht zu 77 .

b) Zum schon bisher – vgl. Art. 4 a URG – bekannten sog. *Werk zweiter Hand (Bearbeitung, Art. 3 URG): m. E. kann ein solches nur dann vorliegen, wenn das Originalwerk urheberrechtlich weiterhin geschützt ist* 78 ; mangelt es indes an diesem Schutz der «Vorlage» (z.B. wegen Ablauf der Schutzfrist), so liegt keine Bearbeitung, sondern allenfalls ein neues, «autonomes» Werk vor.

recht-1993-136

c) Neu ist, dass die offiziellen *Zahlungsmittel also Banknoten und Münzen – vom Werkschutz ausgenommen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b URG); hierzu gehören m.E. die Briefmarken, die ja keinen «gesetzlichen Kurs» haben, nicht* 79 .

3. Der Urheberbegriff

a) Schöpfer und somit Urheber eines Werkes kann gemäss Art. 6 URG nur eine *natürliche Person sein* 80 . Belanglos ist dabei, ob diese über Mündigkeit und/oder Urteilsfähigkeit verfügt: Eine Werkschöpfung ist auch etwa im Zustande der Hypnose oder sogar bei Bewusstlosigkeit des Schöpfers denkbar. Eine vergleichbare Regelung – also mit Ausschluss der juristischen Personen – gilt beim Interpretenschutz (Art. 33 Abs. 1 URG).

Anders sieht es aber bei der Schaffung von Computerprogrammen im Arbeitsverhältnis (Art. 17 URG) 81 aus. Und *juristische Personen sind natürlich auch nicht ausgeschlossen als Hersteller von Ton und Tonbildträgern (Art. 36 URG) sowie als Sendeunternehmen (Art. 37 URG).*

b) Die Frage, wem im konkreten Fall das Urheberrecht zustehe, beantwortet Art. 8 URG mit einer eigentlichen *Vermutungskaskade*: Die Prioritätsordnung sieht nämlich (1) die auf dem Werkexemplar genannte Person, (2) den Herausgeber und schliesslich (3) denjenigen vor, der das Werk veröffentlicht.

c) Wie schon das frühere Recht vgl. Art. 7 aURG – enthält nun auch Art. 7 URG eine Regelung zur sog. *Miturheberschaft*, wonach das Urheberrecht den Miturhebern «*gemeinschaftlich*» 82 zu steht, allerdings mit teilweise selbständigen Verwendungsbefugnissen (Art. 7 Abs. 4 URG) 83 .

4. Hinweise auf die einzelnen subjektiven Urheberrechte

Bei den Urheberrechten unterscheidet das URG im 3. Kapitel zwischen dem Verhältnis des Urhebers zum *Werk* einerseits und zum *Eigentum am Werkexemplar* andererseits. Dies kann hier jedoch nicht im einzelnen vertieft werden, hinzuweisen ist nur etwa auf die folgenden Ansprüche:

a) Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG), auf Erstveröffentlichung (Art. 9 Abs. 2 URG), auf Werkverwendung (Art. 10 URG) 84 , auf Werkintegrität (vgl. dazu unten 4.b), auf das Vermieten von Werkexemplaren (Art. 13 URG) 85 , auf Zutritt zum Werkexemplar (Art. 14 URG).

b) Dem Urheber wird in Art. 11 URG die sog. *Werkintegrität erstmals in der Schweiz ausdrücklich garantiert, d.h. das (unverzichtbare 86)* Recht, sich einer Entstellung des Werkes, die seine Persönlichkeit verletzt, zu widersetzen. Die jüngste Praxis des Bundesgerichts zur entsprechenden Problematik beim Architekten BGE 117 II 466 dürfte aber trotz dieser Neuregelung unverändert bestehen bleiben 87 .

5. Verlängerung der Schutzdauer

Das revidierte URG verlängert für urheberrechtlich geschützte Werke die Schutzdauer, was zum Teil überraschende Auswirkungen für den schon abgelaufenen Werkschutz hat.

a) Der 50-Jahre-Schutz gemäss Art. 36 aURG wurde ausgedehnt auf grundsätzlich *70 Jahre (Art. 29 Abs. 2 lit. b URG)* 88 . Die Schutzdauer läuft aber wie bisher jeweils erst ab dem *31. Dezember des Jahres, in dem das sog. «massgebende*

recht-1993-137

Ereignis« – regelmässig der Tod des Urhebers eintritt (Art. 32 URG).

b) Folge dieser Verlängerung ist anscheinend das «*Wiederaufleben*» des urheberrechtlichen Schutzes für *bestimmte Werke* 89 – für solche nämlich, deren Schutzfrist *Ende 1973 oder später ablief. Dies sei an einem kleinen Beispiel erläutert: Tod des Urhebers am 28. Mai 1934, folglich lief der Schutz gemäss Art. 36 i.V.m. Art. 41 aURG per 1 Januar 1985 ab; wegen Art. 80 URG leben nun aber die urheberrechtlichen Schutzansprüche wieder auf bis am 31. Dezember 2004.*

6. Ausdrücklicher Softwareschutz (Computerprogramme, Dokumentationen) 90

Unter aURG war noch umstritten, ob Computerprogramme urheberrechtlich überhaupt schützbar seien 91 . Diese Zweifelsfrage ist nunmehr endgültig beantwortet mit dem URG,, das unmissverständlich festhält: «*Als Werke gelten auch Computerprogramme*» (Art. 2 Abs. 3 URG); dies setzt m. E. trotzdem voraus, dass sämtliche Schutzvoraussetzungen des allgemeinen Werkbegriffs (vgl. dazu vorne III. 2) erfüllt sind. In vielen Bereichen sieht das Gesetz für den urheberrechtlichen Softwareschutz zudem *Spezialvorschriften vor*:

a) Zu verweisen ist insbesondere auf die folgenden Bestimmungen: Art. 10 Abs. 3, 12 Abs. 2, 13 Abs. 4, 17, 19 Abs. 4, 21, 24 Abs. 2 und 67 Abs. 1 lit. l URG sowie schliesslich Art. 17 URV 92 .

b) Nur ein Aspekt sei speziell erwähnt: Die Schutzdauer beträgt im Gegensatz zu den übrigen Werken nicht etwa 70, sondern nur 50 Jahre 93 . Und dies gilt auch bei Miturheberschaft an einem Programm, was der Gesetzgeber ursprünglich übersah 94 ; die Redaktionskommission des Parlaments korrigierte vor der Veröffentlichung dieses Versehen mit Art. 30 Abs. 1 lit. a/Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 URG 95 .

c) Die neue Regelung im URG bringt eine gewisse Annäherung an das europäische Recht, sie ist allerdings (noch) nicht vollumfänglich «europaverträglich» 96 .

7. Die «verwandten Schutzrechte»

a) Das URG befasst sich neu nicht mehr nur mit den «eentlichen» Urheberrechten, sondern auch mit den sog. «verwandten Schutzrechten», denen der urheberrechtliche Schutz früher noch versagt blieb 97 . Im 3. Titel des URG geht es im einzelnen um die Ansprüche der ausübenden Künstler (sog. *Interpretenschutz*: Art. 33 f. URG) 98 , der Hersteller von Ton und Tonbildträgern (Art. 35 f. URG) 99 sowie der Sendeunternehmen (Art. 37 URG).

b) Abweichend von den Urheberrechten ist für alle drei Kategorien der «verwandten Schutzrechte» insbesondere die Schutzdauer – nämlich 50 Jahre 100 – und deren *Beginn geregelt: Anders als bei den Urheberrechten, auch an Software, ist «massgebendes Ereignis» nicht etwa der Tod des «Urhebers» (Art. 29 Abs. 2 URG), sondern der Zeitpunkt der Darbietung des Werks, der Herstellung der Ton bzw. Tonbildträger oder der Ausstrahlung der Sendung* 101 .

recht-1993-138

8. Verwertungsgesetzgebung im URG<< 102

Die Urheber schliessen sich für die *kollektive und zentrale Wahrnehmung und Verwertung ihrer (vermögensrechtlichen) Ansprüche aus dem Urheberrecht zu sog. Verwertungsgesellschaften* 103 zusammen, die mit einer Ausnahme genossenschaftlich organisiert sind und – neu explizit in Art. 45 Abs. 3 URG keinen Gewinn anstreben dürfen. Diese Gesellschaften stellen ein zentrales *Bindeglied zwischen Urhebern einerseits und Werknutzern andererseits sowie ein «unerlässliche [s] Instrument der Urheberrechtsverwaltung»* dar 104 .

Die frühere spezialgesetzliche Regelung wurde nunmehr neu und mit einigen Änderungen in Art. 40 ff. URG integriert. *Die Verwertungsgesellschaften sind wie unter aURG nicht frei in ihrem «monopolisierten» Geschäftsgebaren, sondern unterstehen einer dreifachen Bundesaufsicht des BAGE bzw. der Eidgenössischen Schiedskommission* 105 : Bewilligungserteilung (Art. 41 ff. URG), Geschäftsführungsaufsicht (Art. 52 ff. URG) 106 und Tarifkontrolle (Art. 55 ff. URG) 107 .

Tritt der Urheber gemäss Art. 16 Abs. 1 URG / Art. 9 Abs. 1 aURG die Werknutzungsrechte an eine Verwertungsgesellschaft ab, so erhält diese eine *absolute, nicht eine bloss relative Rechtsstellung* 108 . Weitere Einzelheiten 109 zu diesem *öffentlichrechtlichen Rechtsgebiet würden den Rahmen dieses Beitrages sprengen*.

9. Unerfüllte Revisionspostulate

Die Revisionsarbeiten wurden im Spannungsfeld *verschiedenster Interessen* (z.B. Urheber, Werknutzer, Interpreten) durchgeführt, so dass zwangsläufig diverse Kompromisse geschlossen werden mussten. Abschliessend soll auf drei heftig debatierte Forderungen hingewiesen werden, die auch im geltenden URG *keinen Niederschlag fanden*:

a) Von Urheberseite wurde seit jeher schon gefordert, dass der bildende Künstler, der – z. B. infolge Schenkung oder Verkaufs – nicht mehr Eigentümer des Werkes ist, an der nachfolgenden Wertsteigerung bei Verkauf an einen Dritten zu beteiligen sei (sog. *Folgerecht*) 110 .

aa) Dieses Begehren wurde nach engagierten Voten im Parlament und nach Auseinandersetzungen etwa auch in den Medien 111 vom Parlament jedoch schliesslich *abgelehnt* 112 .

bb) M. E. sieht das Gesetz mit Art. 15 Abs. 1 URG aber zumindest eine Art von *«indirektem» Folgerecht vor*. *Da die Eigentümer von Originalwerken im Gegensatz zur Rechtslage unter aURG* 113 diese nicht etwa zerstören dürfen, sondern vorgängig dem Urheber – und zwar höchstens zum *Materialwert* – *anzubieten haben, kann der letztere in diesen (Ausnahme) Fällen beim Wiederverkauf natürlich von der Wertsteigerung profitieren*.

b) Keine Gnade zeigte das Parlament zudem beim vom Bundesrat 114 vorgeschlagenen *Produzentenartikel* 115 , *der den wirtschaftlichen Risiko träger besser – nämlich schon ex lege und nicht erst nach (weiterhin möglicher und hiermit empfohlener) vertraglicher Vereinbarung – hätte schützen sollen*. *Die Bestimmung wurde aber schliesslich gestrichen* 116 . Folglich gilt für das *«abhängige Werkschaffen»*: Ohne vertragliche Regelung werden der Arbeit oder der Auftraggeber niemals Berechtigte, die *Arbeitnehmer bzw.*

recht-1993-139

die Beauftragten bleiben – weil Schöpfer des Werks 117 –Urheber 118 .

c) Ohne Chance in den parlamentarischen Beratungen blieb schliesslich etwa auch noch der sog. *«Bibliotheksrapen»*, *also das Entgelt, das die Bibliotheken für die (unentgeltlichen) Ausleihen hätten abliefern müssen* 119 ; eine Vergütungspflicht besteht somit heute nur, wenn das Werk *«vermietet oder sonst wie gegen Entgelt zur Verfügung»* gestellt wird (Art. 13 Abs. 1 URG). Sozusagen als *«Kompensation»* für die Urheber führte der Gesetzgeber immerhin einen Vergütungsanspruch für Photokopien in Bibliotheken ein (Art. 19 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 2 URG) 120 .

10. Weitere Neuerungen

Teils wichtige Bestimmungen des revidierten URG konnten in diesem Beitrag nicht besprochen werden, so dass auf diese am Schluss zumindest noch hingewiesen sei:

Die Schranken des Urheberrechts (vor allem Art. 1928 URG) 121 , *der zivilrechtliche (Art. 6166 URG) und der strafrechtliche (Art. 6773 URG)* 122 Rechtsschutz sowie – ebenfalls fast analog zum MSchG und zur MSchV – *die Hilfeleistung der Zollverwaltung (Art. 75–77 URG)* 123 .

[1]* Nachfolge-Institut des Handelsrechtlichen Seminars (Prof. R. Bär); Direktor: Prof. R. von Büren.

[2] Besser vom *«literaturmässigen» Zugang* sieht es im (privaten) *Wettbewerbsrecht*, d.h. bei den in den 1980er Jahren revidierten Gesetzen – Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG: SR 251)

und Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG: SR 241) – aus, vgl. nur etwa: *Eric Homburger*, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (Zürich 1990), und *Mario M. Pedrazzini*, Unlauterer Wettbewerb UWG (Bern 1992).

[3] *Alois Troller*, Immaterialgüterrecht, 2 Bde. (3. Aufl. Basel/Frankfurt a. M. 1983 und 1985), zit.: *Troller I bzw. II*, diese Werke zusammenfassend: *Alois Troller/Patrick Troller*, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts (3. Aufl. Basel/Frankfurt a. M. 1989); und in französischer Sprache schliesslich: *Kamen Troller*, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tome I (Basel/Frankfurt a. M. 1992).

[4] Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, (SIWR), Hrsg. *Roland von Büren/Lucas David*; in dieser Reihe erschien bis anhin: *Lucas David*, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR I/2 (Basel 1992) – die weiteren Bände sollen 1993/94 erscheinen. In der Planungs- und zum Teil der Realisierungsphase (MSchG/MMG) steht ein zweites Kommentierungs-Projekt im Rahmen des Kommentars zum Schweizerischen Privatrecht, hrsg. von *Nedim Peter Vogt/Heinrich Honsell*.

[5] Übersicht bei: *Troller I (Fn. 2)*, 4 ff., *Troller/Troller (Fn. 2)*, 2 ff.; zusätzlich zu erwähnen ist noch das *Obligationenrecht*, das – zum Teil systemwidrig – an mehreren Stellen immaterialgüterrechtliche Bestimmungen enthält: Art. 332 OR (Arbeitnehmererfindung), Art. 332 a OR (Muster und Modelle des Arbeitnehmers), Art. 380 ff. OR (Verlagsvertrag), Art. 944 ff. OR (Firmenrecht); zum letzteren jüngst: *Roland Bühler*, Grundlagen des materiellen Firmenrechts (Diss. Zürich 1991).

[6] SR 232.14

[7] SR 232.12.

[8] SR 231.1.

[9] SR 232.11.

[10] Dies am 1. Juli 1993, und zwar das Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen vom 9. Oktober 1992 (*Topographengesetz*, ToG): SR 231.2, AS 1993 1828–1833, BBI 1992 VI 97–101; die Botschaft zum ToG ist integriert in der Botschaft URG 1989: BBI 1989 III 506–508, 571–580, 635–639. Dieser Erlass soll hier jedoch *nicht behandelt* werden; vgl. zur Thematik etwa: *Nicolas von Werdt*, Ausgewählte Probleme zum Topographenschutz von mikro-elektronischen Halbleitererzeugnissen (Diss. Bern 1991).

[11] Das Bundesgesetz betreffend die Verwertung von Urheberrechten vom 25. September 1940 (SR: 231.2) trat samt der dazugehörigen Verordnung – per 1. Juli 1993 ausser Kraft: Art. 79 lit. b URG; das «Recht der Verwertungsgesellschaften» (SUISA usw.) ist nunmehr neu in Art. 40 ff. URG *integriert* worden (vgl. dazu hinten III. 8).

[12] Zu dessen Geschichte: *Matter* (Fn. 12), 25 ff.

[13] Als Standardliteratur immer noch zu erwähnen sind: *Erwin Matter*, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken... (Zürich 1939), sowie *Heinrich David*, Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz (3. Aufl. Basel/Stuttgart 1974), mit Supplement von *Lucas David*.

[14] Das MSchG ist wiedergegeben in BBI 1992V 891–912 sowie insbesondere in AS 1993 274–295; hierzu: Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 21. November 1990 (zit.: Botschaft MSchG: BBI 1991 I 1–83, im folgenden nach dem Sonderdruck zitiert. Zur Markenschutzverordnung (MSchV) vom 23. Dezember 1992: SR 232.111, AS 7993 296–311.

[15] *Renata Kündig*, Das neue Markenschutzgesetz, NZZ Nr. 155 (1992) 19; *Lucas David*, Das neue Markenschutzgesetz: Änderungen aus der Sicht des Praktikers, SJZ 89 (1993) 109–114; *Martina Altenpohl*, Das neue Markenrecht als facettenreiches Marktinstrument, AJP 2 (1993) 511–513; *Bernard Dutoit*, Le nouveau droit Suisse des indications de provenance et des appellations d'origine (...), ZSR 112 (1993) I 271–286; *Joachim Frick*, Das neue schweizerische Markenrecht, RIW 39 (1993) 372–376; hinzuweisen ist nun jüngst auf die Sondernummer 5/93 der AJP (Mai 1993). Das BAGE/ Markenabteilung gab im Januar 1993 zudem einen informativen Leitfaden («Markenschutz – leicht gemacht») heraus.

[16] Zur Geschichte des MSchG::: Botschaft MSchG,, (Fn. 13), 5–8, sowie *Herbert Pfortmüller*, Marken im Rechtsverkehr de lege lata und de lege ferenda (Diss. Zürich 1991), 1.

[17] Art. 1 Ziff. 2 aMSchG.

[18] Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 MSchG; hierzu hält die Botschaft MSchG (Fn. 13), 25 fest: «Bei Produktemarken wird wohl auch in Zukunft die Verbindung des Zeichens mit der Ware erforderlich sein (...). Bei Dienstleistungsmarken kommt in erster Linie das Anbringen der Marke auf Prospekten, Preislisten, Rechnungen und dergleichen in Betracht.»

[19] Art. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 2 aMSchG; Bedingung war allerdings, dass die *übrigen* Voraussetzungen einer Marke (markenmässiger Gebrauch, keine Deskriptivzeichen usw.) erfüllt waren: *Troller/Troller* (Fn. 2), 53 f. m. w. H.

[20] Art. 3 Abs. 1 MSchG, Art. 6 Abs. 3 aMSchG.

[21] Illustrativ zur Begründung als früher «leading case» etwa BGE 77 II 331: Elektrische Heizkissen «Solis» und «Liliput» einerseits sowie künstliche Höhensonnen «Soliput» andererseits werden als «warengleichartig» beurteilt.

[22] *David* (Fn. 14), 113.

[23] Allgemein hierzu unter aMSchG: *Eugen Marbach*, Die eintragungsfähige Marke (Diss. Bern 1983); vgl. zum MSchG nun immerhin: *Frick* (Fn. 14), 372.

[24] Vgl. jüngst etwa: *Kaspar Landolt*, Die Dienstleistungsmarke (Diss. Zürich 1992), *Magda Streuli-Youssef*, Dienstleistungsmarke, AJP 2 (1993) 528–530.

[25] Botschaft MSchG (Fn. 13), 30; die grösste Bedeutung dürfte die Garantiemarke als *Güte- und Prüfzeichen* etwa für technische Geräte und Vorrichtungen gewinnen: *Frick* (Fn. 14), 374.

[26] Dazu ausführlich: Art. 23 ff. MSchG. Dieses Reglement gehört gemäss Art. 36 Abs. 2 MSchV zum sog. *Aktenheft* (hierzu: Art. 36–39 MSchV) der Marke.

[27] Diese ist im *Markenregister* als solche zu kennzeichnen: Art. 40 Abs. 2 lit. b MSchV.

[28] Art. 1 Abs. 2 MSchG; dies entspricht der *EG-Richtlinie* vom 21. Dezember 1988: *Frick* (Fn. 14), 372. Ungeschützt bleiben aber – wie bis anhin schon gemäss Ausstattungsschutzrecht: *Gubler* (Fn. 28), 88 ff., vor allem 100 ff. – Formen, die das «*Wesen der Ware ausmachen*» oder «*technisch notwendig sind*» (Art. 2 lit. b MSchG).

[29] Art. 3 lit. d UWG; allgemein hierzu: *Andreas Gubler*, Der Ausstattungsschutz nach UWG (Diss. Bern 1991), sowie *Pedrazzini* (Fn. 1), 105 ff.

[30] So bereits *David* (Fn. 14), 113, a. M. nun aber insbesondere: *Patrick Troller*, Gedanken zum Einfluss des Eintragungsprinzips nach dem neuen Markenrecht auf den Schutz nicht eingetragener Marken, AJP 2(1993) 514–518; vgl. auch *Gubler* (Fn. 28), 121 ff.

[31] Art. 15 MSchG; hierzu jüngst: *Wilfried Heinzelmann*, Der Schutz der berühmten Marke, AJP 2(1993), 531–536.

[32] BGE 116 II 620 Erw. 5 d. cc m.w.H.

[33] Es bleibt also weiterhin offen, *wann überhaupt* eine berühmte Marke vorliegt; Botschaft MSchG (Fn. 13), 27: «Der Entwurf sieht davon ab, die berühmte Marke zu definieren. Ihre Charakteristika sind eine überragende Verkehrsgeltung, Einmaligkeit und allgemeine Wertschätzung. Die Gerichtspraxis wird zu entscheiden haben,

[34] *David* (Fn. 14), 109 Anm. 12; unbestimmt: *Frick* (Fn. 14), 372; zu den allgemeinen, *registerrechtlichen* Bedenken unter aMSchG: *Marbach* (Fn. 22), 29 m. w. H.

[35] *Troller I* (Fn. 2), 233 ff., und *Troller/Troller* (Fn. 2), 57 ff., je m. w. H.

[36] Als zulässiger Markengebrauch gilt nun auch «das Anbringen der Marke in der Schweiz auf Waren oder auf der Verpackung von Waren, die *ausschliesslich für den Export bestimmt sind*»: Botschaft MSchG (Fn. 13), 25, Hervorhebung durch den Verfasser.

[37] Vgl. dazu hinten II. 5. a; nur – aber immerhin – unter gewissen Voraussetzungen gewährte die Rechtsprechung einer durch eine *Holding*, die selber ja weder produziert noch handelt (vgl. Art. 7 aMSchG), hinterlegten Marke tatsächlich Schutz: *Troller I* (Fn. 2), 276, sowie *Troller/Troller* (Fn. 2), 82, jeweils m. w. H. – diese Praxis ist m. E. nunmehr *überholt*.

[38] Allgemein: *Werner Kaufmann*, Erstbenutzungs- und Eintragungsprinzip im Markenrecht (Diss. Zürich 1970).

[39] *Troller I* (Fn. 2), 75; *Troller/Troller* (Fn. 2), 19f.

[40] *Troller I* (Fn. 2), 451 ff., vor allem 458; *Troller/Troller* (Fn. 2), 115.

[41] Oder: «Wer (bei der Hinterlegung) zuerst kommt, mahlt zuerst»; vgl. auch *Frick* (Fn. 14), 372 f., *Kündig* (Fn. 14), 19.

[42] Oder: «Ohne Fleiss (bei der Hinterlegung) keinen Preis.»

[43] Gl. M. *François Dessemontet*, *Droit à la marque*, AJP 2 (1993) 519: « [L]'enregistrement a désormais un effet constitutif. » Das soll natürlich *nicht* heissen, dass die einmal eingetragene Marke nachher «*unangreifbar*» sei; vgl. nur etwa Art. 55 MSchG.

[44] Botschaft MSchG (Fn. 13), 22.

[45] Statt vieler: *Pfortmüller* (Fn. 15), 17 ff.

[46] *Peter E. Wild*, Die Hinterlegereigenschaft im neuen Markenschutzgesetz, AJP 2 (1993) 524–527.

[47] Erstmals in BGE 75 I 350 ff. Erw. 4 (offen dann aber in BGE 100 II 165 Erw. 3 a).

[48] Zu den «Registerleichen» der Marken, die unter aMSchG zu Unrecht hinterlegt, aber bis anhin nicht gestrichen wurden, und die nun die Voraussetzungen des MSchG erfüllen: *Wild (Fn. 45)*, 526f.

[49] Pfortmüller (Fn. 15), 33 ff.

[50] Pfortmüller (Fn. 15), 88 ff., Troller II (Fn. 2), 846 ff., Troller/Troller (Fn. 2), 170 f.

[51] Zur gesetzgeberischen Motivation: Botschaft MSchG (Fn. 13), 27 ff.; vgl. auch: *Raoul Bussmann*, Die Marke wird frei übertragbar, ST 67 (1993) 230 f.; *Frick* (Fn. 14), 374. In *Deutschland* wurde letztes Jahr übrigens eine «analoge Revision» vorgenommen: *Hans Peter Kunz-Hallstein*, Die absolute Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb und ihre Aufhebung durch das Erstreckungsgesetz, GRUR 1993 439–449.

[52] Art. 17 Abs. 2 MSchG bestätigt somit Art. 11 Abs. 2 OR.

[53] Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 MSchG. Zum Verfahren: Art. 28 f. MSchV; vgl. zudem auch Art. 40 Abs. 3 lit. d/e und Art. 42 lit. b MSchV.

[54] Aus der kaum mehr zu überblickenden – vor allem ausländischen – Literaturschwemme zu diesem Vertragstypus sei statt vieler einzig hingewiesen auf: *Urs Zenhäusern*, Der internationale Lizenvertrag (Diss. Freiburg/Schweiz 1991).

[55] Art. 11 f. MSchG; Botschaft MSchG (Fn. 13), 25f. Im sog. Widerspruchsverfahren – vgl. dazu hinten II. 7. a – hat der Widerspruchsgegner bereits bei der *ersten* Stellungnahme die Einrede des Nichtgebrauchs der Marke des Widersprechenden vorzubringen: Art. 22 Abs. 3 MSchV

[56] Für diesen Zeitraum könnte z. B. eine Werbeagentur für einen allfälligen Kunden eine «Vorratsmarke» hinterlegen: *David* (Fn. 14), 110.

[57] Verletzt das BAGE seine «Erinnerungspflicht», so darf dies dem im Inland befindlichen Markeninhaber (Art. 25 Satz 2 MSchV) niemals schaden, m.E. ist ihm aus Gründen des Vertrauensschutzes eine angemessene *Nachfrist* einzuräumen.

[58] Allg. zum *immaterialgüterrechtlichen* Verfahren: *Oscar Vogel*, Besonderheiten des Immaterialgüterrechtsprozesses im Lichte der neueren Rechtsprechung, SMI 1993 27-32, sowie generell: *David* (Fn. 3).

[59] Zum sog. *Eintragungsverfahren*: Art. 28-30 MSchG, Art. 8–19 MSchV.

[60] Art. 31–34 MSchG, Art. 20–24 MSchV; hierzu: *Claude Schluep*, Das Widerspruchsverfahren im neuen schweizerischen Markenschutzgesetz, AJP 2 (1993) 542–548, auch *David* (Fn. 14), 110f.; ein ähnliches Verfahren kennt das *EG-Recht*: *Frick* (Fn. 14), 373. Der Beschluss des BAGE kann zum *endgültigen* (Art. 36 Abs. 3 MSchG, Art. 100 lit. w OG) Entscheid an die Rekurskommission für geistiges Eigentum – vgl. dazu hinten II. 7. b. aa – weitergezogen werden.

[61] Art. 52 ff. MSchG.

[62] *David* (Fn. 14), 111 Anm. 30 m. w. H.

[63] *David* (Fn. 3), 258 f.; ders., (Fn. 14), 111.

[64] Vgl. auch noch Art. 1 Abs. 2 und Art. 54-57 MSchV.

[65] Die Strafen hatten bis anhin fast nur «symbolische[n] Wert»: Botschaft MSchG (Fn. 13), 46; während die Bussandrohung früher regelmässig auf höchstens 2000 Franken (Art. 25 Abs. 1/2 aMSchG, Verdoppelung bei Rückfall) lautete, drohen heute jedoch Maximalbussen von 100000 Franken.

[66] Zu erwähnen ist insbesondere die – mit Art. 29 ff. PatG vergleichbare – Klage auf *Übertragung* der Marke gemäss Art. 53 MSchG: Botschaft MSchG (Fn. 13), 43.

[67] Auch zu berücksichtigen sind Art. 59 f. MSchV; allg.: *Eugen Marbach*, Die Übergangsbestimmungen, AJP 2(1993) 549–553.

[68] Als Überblick etwa: *Roland von Buren*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, ZSR 112 (1993) I 193–222; *Rolf Auf der Maur*, Schmale Brücke zwischen Geld und Geist, AJP 2 (1993), 554–557; *ders.*, Schmale Brücke zwischen Geld und Geist, NZZ Nr. 147 (1993) 19.... (1993) 19; jüngst: Manfred Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht (Bern 1993).

[69] Dies war nicht das erste URG der Schweiz, sondern das zweite; vgl. etwa: *Ernst Hefti*, Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts und die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes von 1883, in: 100 Jahre URG (Bern 1983), 1–13.

[70] Das URG ist wiedergegeben in BBI 7992 VI 74–96 sowie insbesondere in AS 7993 1798–1820; zur Urheberrechtsverordnung (URV) vom 26. April 1993: SR 231.11, AS 79931821–1827.

[71] Zur *älteren* Revisionsgeschichte: *Roland Grossenbacher*, Die URG-Revisionen von 1922/1955 und die Revisionsarbeiten bis 1983, in: 100 Jahre URG (Bern 1983), 15–31; vgl. auch: *Thomas Pletscher*, Revision des Urheberrechts vor dem Abschluss, ST 65 (1991) 513–516, *Claudia Bolla-Vincenz*, Urheberrecht im Endspurt, NZZ Nr. 123 (1992) 25, *von Buren* (Fn. 67), 193.

[72] Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht (...) vom 29. August 1984 (zit: Botschaft URG 1984): BBI 1984 III 173–340; im folgenden zitiert nach Sonderdruck.

[73] Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (...) vom 19. Juni 1989 (zit.: Botschaft URG 1989): BBI 1989 III 477–718; im folgenden zitiert nach Sonderdruck.

[74] Botschaft URG 1984 (Fn. 71), 29 f., Botschaft URG 1989 (Fn. 72), 44 ff.

[75] Hinweise zur (immerhin teilweise überholten) Rechtsprechung bei *Troller I* (Fn. 2), 351 ff., sowie *Troller/Troller* (Fn. 2), 85; zur Rechtslage nach *Revidierter Berner Übereinkunft* (SR 0.231.11 bis 0.231.14): *Eckhard Franz*, Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Baden-Baden 1993).

[76] So etwa: *Friedrich Karl Fromm/Willhelm Nordemann*, Urheberrecht (7. Aufl. Stuttgart usw. 1988), N. 13 zu § 2.

[77] Noch de lege ferenda: *Roland von Buren*, Zur Totalrevision des Urheberrechts, NZZ Nr. 114 (1986), 23; nun de lege lata *ders.* (Fn. 67), 196.

[78] Dies ergibt sich wohl aus Art. 3 Abs. 1 URG, der festhält, dass es um die «Verwendung bestehender Werke» gehe.

[79] GI. M.: *von Buren* (Fn. 67), 199 f.

[80] *Jenseitigen Wesen*» mangelt es nicht nur an dieser Eigenschaft, sondern auch an der Möglichkeit, eine allfällige Geistesschöpfung wahrnehmbar zumachen: BGE 116 II 352 ff. Erw. 2. Eine *juristische Person* kann nur derivativ, nie aber originär berechtigt sein.

[81] Arbeitgeber» wird heute wohl regelmässig eine juristische Person sein.

[82] Entsprechende Konstellationen untersucht insbesondere *Eu gen Marbach*, Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern (Bern 1987); vgl. auch *von Buren* (Fn. 67), 201.

[83] Beim *kollektiven Werkschaffen* – d.h. beim urheberrechtlichen Tätigsein einer Mehrzahl von Personen – gilt es allerdings klar abzugrenzen die (positivierte) *Miturheberschaft* vom (nur zum Teil normierten) sog. *verbundenen Werk*: *von Buren* (Fn. 67), 201 ff.

[84] Im Rahmen der Rechtsordnung sind neu *alle* Verwendungsarten – nicht nur die in Art. 10 Abs. 2 URG beispielhaft («insbesondere») genannten Formen (etwa Vervielfältigungs- und Vertriebsrechte) – geschützt.

[85] Hierbei besteht neuerdings gegenüber dem Urheber gemäss Art. 13 Abs. 1 URG grundsätzlich eine *Vergütungspflicht*; nicht ein geführt wurde in diesem Zusammenhang jedoch der sog. «Bibliotheksrappen» (vgl. dazu hinten III. 9. c).

[86] Vgl. Art. 11 Abs. 2 URG: Botschaft URG 1989 (Fn. 72), 54.

[87] Im Zusammenhang mit einem *Schulhausumbau* in Rapperswil SG hielt BGE 77 7II 474 Erw. 5 a. insbesondere fest, «dass jeden falls im abstrakten Widerstreit der Interessen des Urhebers und des Eigentümers am Werkexemplar im Zweifelsfall die letzteren die Oberhand gewinnen müssen»; hierzu jüngst: *Rolf Bär*, Handelsund Immaterialgüterrecht, ZBJV 729(1993) 388f. m. w. H. Zur Kritik in Architektenkreisen: *Esther Girsberger*, Späte Reue der Architekten, NZZ Nr. 144 (1993), 61.

[88] Der Bundesrat wollte – übrigens entgegen dem Vorschlag der dritten Expertenkommission – die Schutzfrist noch bei *50 Jahren* belassen: Botschaft URG 7989 (Fn. 72), 71 und 147; so bereits der erste Entwurf: Botschaft URG 7984 (Fn. 71), 57 f. und 102 f.

[89] So *von Buren* (Fn. 67), 222, a. M. *Auf der Maur* (Fn. 67), 555; hierzu nun ausführlicher: *Reto M. Hilty*, Die Behandlung gemeinfrei gewordener Werke angesichts der Schutzfristverlängerung im neuen Urheberrecht, AJP 2 (1993) 594-598.

[90] Zur Rechtslage unter aURG: *Georg Rauber*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen (Diss. Zürich 1987), *Hans Rudolf Wittmer*, Der Schutz von Computersoftware – Urheber recht oder Sonderrecht? (Diss. Bern 1980); zum URG::: *Emil F. Neff*, Schluss mit der Softwarepiraterie?, NZZ Nr. 251 (1992) 63f., *Ivan Cherpillod*, Protection des logiciels et des bases de données: la révision du droit d'auteur en Suisse, SMI 799349-66, *Ursula Widmer*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, ZSR 7 72 (1993) I 247–268, *Carlo Govoni*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, AJP 2(1993) 569-575.

[91] Statt vieler: *Troller I* (Fn. 2), 356 ff.; explizit a. M. hierzu dann aber *Troller/Troller* (Fn. 2) 86.

[92] Für *Einzelfragen* zum Programmschutz vgl. *Cherpillod* (Fn. 89), *Govoni* [Fn. 89). sowie *Widmer* (Fn. 89).

[93] Art. 29 Abs. 2 lit. a URG; immer noch als «überrissen» beurteilen dies etwa *Robert G. Briner*, Fragezeichen zum Urheberrechtsschutz für Software, NZZ Nr. 303 (1992), 15, und *Widmer* (Fn. 89), 267

Anm. 132.

[94] Vgl. Art. 30 Abs. 1/2 URG: BBI 7992 VI 82

[95] Hinweis bei *Govoni* (Fn. 89), 574; vgl. zur Gegenüberstellung der *unterschiedlichen* Gesetzestexte: BBI 7992 VI 82 f. sowie AS 79931806t.

[96] Ausführlich dargestellt bei *Felix H. Thomann*, Die Europaverträglichkeit der Softwareschutz-Regelung gemäss revidiertem URG,,, AJP 2 (1993) 563-568; vgl. auch allg.: *Walter R. Schluep*, Im materialgüterrecht, in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts (Zürich 1990), 561 f. sowie 579f.

[97] Allg. hierzu: *Christian Hilti*, Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz statt Nachbarrechte? (Diss. Zürich 1986)

[98] Umstritten war unter aURG, *wer* geschützter Interpret sein konnte (z.B. der Regisseur: OLG Frankfurt mit Urteil vom 4. Dezember 1975, GRUR 7976 199 ff., vgl. auch 191 f.) und wer nicht: Hinweise bei *Troller/Troller I* (Fn. 2), 390 ff., und *Troller [fn. 2]*. 97 f.

[99] Jüngst: *Peter Vosseier*, Der Schutz des Tonträgerproduzenten in der Schweiz (Diss. Zürich 1992), *ders.*, Was bringt das künftige URG im Bereich der Tonträger?, AJP 2 (1993) 581–583; zur *Werkqualität* von Tonträgern unter *Revidierter Berner Übereinkunft*: *Franz [fn JA]*, 139 ff.

[100] Der Schutz von *Tonträgern* unter aURG dauert ebenfalls 50 Jahre, so nun jüngst: BGE 7 78II 461-467 Erw. 2-4.

[101] Art. 39 Abs. 1 URG.

[102] Zum aURG (und zum Teil *de lege ferenda*): *Beat Ochsner*, Die kollektive Verwertung von urheberrechtlichen Nutzungsbefugnissen (Diss. Basel 1980), *Franz Riklin*, Das Verwertungsgesetz von 1940, in: 100 Jahre URG (Bern 1983), 45–71, *Bernhard Wittweiler*, Der Geltungsbereich der schweizerischen Verwertungsgesetzgebung (Diss. Zürich 1988); zum URG::: *Carlo Govoni*, Die Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften, ZSR 112 (1993) I 223–245.

[103] In der Schweiz gibt es seit kurzem *fünf davon*: SUISA, PROLITTERIS, SUISSIMAGE, Société Suisse des Auteurs, SWISSPERFORM die letztere, gegründet am 10. Februar 1993 mit Sitz in Zürich, will die sog. verwandten Schutzrechte verwerten; allg.: *Ulrich Uchtenhagen*, Die Urheberrechtsgesellschaften in der Schweiz, in: 100 Jahre URG (Bern 1983) 73–86.

[104] Govon/(Fn. 101), 224.

[105] Zur letzteren: Art. 55-60 URG sowie Art. 1–8 URV.

[106] Hier ist unter anderem bei den Sanktionen eine Neuerung zu vermelden: Statt dem blossen Entzug ist neu auch nur die *Einschränkung* der Bewilligung denkbar (Art. 54 Abs. 2 URG).

[107] «Zudem: Art. 9–16 URV.

[108] Ein Dritter geniesst keinen Gutglaubensschutz, Art. 167 OR gelangt also *nicht* zur Anwendung: BGE 117 II 463; hierzu: *Bär* (Fn. 86), 387 m. w. H.

[109] Hierzu: *Ernst Hefti*, Schwerpunkte und Neuerungen des Verwertungsrechtes, AJP 2 (1993) 584–587, *Govoni* (Fn. 101), 231 ff. (bez. Aufsicht).

[110] Allgemein: *Ruedi Lang*, Das Folgerecht des bildenden Künstlers (Diss. Basel 1978), *Francois Dessemontet*, *Le droit de suite*, in: *FS 100 Jahre RBÜ (Bern 1986)*, 343-355.

[111] So etwa: *Franz Reichenbach*, Das Folgerecht des bildenden Künstlers – ein Trugschluss, NZZ Nr. 9 (1992), 15, und *Thomas Onken*, Das Folgerecht des bildenen Künstlers – Bestandteil eines modernen Urheberrechts, NZZ Nr. 16 (1992), 19.

[112] Es ging um einen neuen *Art. 13c*: Amtl. Bull. StR 7997 104 ff. (Abstimmung pro: 108), Amtl. Bull. NR 7992 23 ff. (Abstimmung contra: 28), Amtl. Bull. StR 7992 373 ff. (Abstimmung contra: 376).

[113] *Troller II* (Fn. 2), 693 f. m. w. H.; *Troller/Troller* (Fn.2), 147

[114] Botschaft URG 1984 (Fn. 71), 45 ff. und 99; Botschaft URG<< 1989 (Fn. 72), 60 und 144.

[115] Allgemein: *Rolf Auf der Maur*, Das Urheberrecht des Produzenten (Diss. Zürich 1990).

[116] Amtl. Bull. NR 7992 1181, Amtl. Bull. StR 7992712.

[117] Zum zentralen *Schöpferprinzip*: BGE 7 7611 352f. Erw. 2 b

[118] Differenzierter sieht dies immerhin bei den *Computerprogrammen* aus, wo der Arbeitgeber zumindest «allein zur Ausübung der ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse berechtigt» ist: Art. 17 URG. Eine klare *vertragliche* Gestaltung ist indes trotzdem empfehlenswert: *Robert G. Briner*, Vertraglicher Regelungsbedarf beim ab hängigen Schaffen von Computerprogrammen im Lichte des neu en URG,, AJP 2(1993) 576-580; vgl. auch *Ivan Cherpillod*, *La nouvelle loisur le droit d'auteur et les droits voisins: titularité et transfert des droits*, AJP 2 (1993) 561 f.

[119] Zur «*bewegten Geschichte*»: Der Bundesrat wollte ehemals den «Bibliotheksrappen» einführen – Botschaft URG 1984 (Fn. 71), 38f, 96 –, liess dieses Vorhaben in der Botschaft URG 1989 (Fn. 72), allerdings fallen. Der Ständerat sprach sich anfänglich trotzdem – wenn auch knapp mit 17 zu 15 Stimmen – für den «Bibliotheksrappen» aus (Amtl. Bull. StR 1991 102f.); nachdem der Nationalrat jedoch anders entschied (Amtl. Bull. NR 7992 18 ff., vor allem 23), schloss sich der Ständerat schliesslich diesem an (Amtl. Bull. StR 7992 373).

[120] Dieser solle den Urhebern «etwa gleich viel bringen» wie der «Bibliotheksrappen»: Amtl. Bull. StR 1992 373 (Votum Frau *Meier*, Berichterstatterin).

[121] Hier gibt es einige *Neuerungen* gegenüber Art. 22 ff. aURG zu vermelden, beispielsweise bei der Verwendung zum *Eigengebrauch*: von *Buren* (Fn. 67), 214 f.; allgemein: *Bernhard Wittweiler*, Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz (exkl. Eigengebrauch), AJP 2(1993) 588-593.

[122] Wie bei der Revision des MSchG (vgl. dazu vorne 11.8 Anm. 64) wurden die Strafbestimmungen erheblich *verschärft*.

[123] Zudem: Art. 18-21 URV.