

Weichenstellung beim urheberrechtlichen Schutz von Gebrauchsobjekten

MICHAEL RITSCHER*

Während der EU-Gesetzgeber das Urheberrecht nach wie vor nur punktuell vereinheitlicht hat, gestaltet der EuGH das Urheberrecht in den letzten Jahren mittels zahlreicher Urteile – jüngst zunehmend nicht nur für die digitale, sondern auch für die analoge Welt.

In diesem Kontext hat das oberste Gericht der EU in allerjüngster Zeit zwei wegweisende Urteile gefällt. Damit beendet es für die Union eine in der westlichen Welt seit vielen Jahrzehnten intensiv geführte Diskussion über das Verhältnis zwischen urheber- und designrechtlichem Schutz für Gebrauchsobjekte – zumindest hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen, also des Werkbegriffs. Und damit scheint das Urheberrecht in der Union – zumindest in dieser Hinsicht – nun auch vertikal, also voll harmonisiert zu sein.

Die Auswirkungen dieser beiden Urteile auf die Rechtspraxis beim Umgang mit Alltagsgegenständen können gar nicht überschätzt werden. Diesen sowie natürlich den beiden Urteilen widmet sich dieser Beitrag, nachdem er zunächst die für das Verständnis wichtige internationale Vorgeschichte nachzeichnet und mit einer Zusammenfassung schliesst.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown). Der Autor ist nebenamtlich Handelsrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, vertritt in diesem Aufsatz aber seine persönliche Ansicht.

Alors que le législateur de l'Union européenne (UE) n'a encore procédé qu'à une harmonisation ponctuelle du droit d'auteur, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) l'a quant à elle façonné au cours des dernières années par de nombreux arrêts, dont les plus récents concernent toujours plus souvent le monde analogique, et plus uniquement l'environnement numérique.

Dans ce contexte, la plus haute juridiction de l'UE a tout dernièrement rendu deux arrêts historiques. Elle met ainsi fin, pour l'UE, à un débat intense qui a duré plusieurs décennies dans le monde occidental sur le rapport entre la protection par le droit d'auteur et la protection par le droit des designs pour les objets utilitaires – du moins s'agissant des conditions de protection, à savoir de la notion d'œuvre. En conséquence, le droit d'auteur au sein de l'UE semble, à cet égard au moins, aujourd'hui vertical lui aussi, c'est-à-dire qu'il présente une harmonisation maximale.

On ne saurait trop souligner les répercussions de ces deux arrêts sur la pratique juridique portant sur les objets du quotidien. Après un retour sur le contexte international, important pour la compréhension, le présent article se penche sur les deux arrêts en question ainsi que sur leurs conséquences, puis se conclut par un résumé.

- I. Die Vorgeschichte
- II. «Cofemel»
- III. Die Irrelevanz ästhetischer Kriterien für den Werkbegriff
- IV. «Brompton»
- V. Die Irrelevanz technischer Bedingtheit für den Werkbegriff
- VI. Mögliche Folgen für das Unionsrecht
- VII. Mögliche Auswirkungen auf das Schweizer Recht

Zusammenfassung | Résumé

«*De gustibus non est disputandum*» – was in keiner Sprichwörtersammlung fehlen darf, bildet den Tenor des EuGH-Urteils «Cofemel» und verheisst in der EU die Verwirklichung eines Ziels, das für das Schweizer Urheberrecht bereits MAX KUMMER vor einem halben Jahrhundert anhand der Theorie der Statistischen Einmaligkeit¹ zu erreichen suchte: eine Objektivierung des Werkbegriffs².

I. Die Vorgeschichte

Der Schutz der Gestaltung von Produkten, die einen Gebrauchszweck haben und zudem industriell und in Serie hergestellt werden, bereitet den Gesetzgebern, Gerichten, Wissenschaftlern und entsprechend auch den Praktikern der

¹ M. KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, 30 ff.

² G. WILD, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff. Zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von Max Kummers «Das urheberrechtlich schützbare Werk», sic! 2004, 61.

westlichen Welt spätestens seit dem Bauhaus, also seit einhundert Jahren, Probleme³. Denn solche Objekte lassen sich schwer in die herkömmlichen Kategorien des Immaterialgüterrechts einordnen.

Gebrauchsgegenstände, obwohl von der Berner Übereinkunft als sog. Werke der angewandten Kunst ausdrücklich umfasst, wurden schon immer gegenüber den Werken der anderen Werkkategorien diskriminiert. Viele Gesetzgeber, Gerichte und Wissenschaftler verweigerten ihnen den urheberrechtlichen Schutz bisher entweder ganz oder weitgehend. Ein Grund dafür liegt in den unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungen eines Schutzes durch auf dem Eintragungsprinzip beruhende *Designgesetze* einerseits⁴ und durch auf dem Schöpferprinzip beruhende *Urheberrechtsgesetze* andererseits⁵. Ein weiterer Grund findet sich in der aus dem vorletzten Jahrhundert stammenden und am klassischen Kunstverständnis orientierten *Begrifflichkeit der Berner Übereinkunft*⁶.

Diese Diskriminierung wurde entweder daran angeknüpft, dass *Gebrauchsgegenstände in Serie hergestellt*

werden (z.B. bis vor kurzem im Common Wealth⁷), obwohl dies für Bücher, Notenschriften und Briefmarken typischerweise auch zutrifft. Eine weitere Falle war das Erfordernis, dass sich *Form und Funktion trennen* lassen müssen (z.B. in den USA⁸ gemäss der Theorie der «separability»⁹ und früher in Italien gemäss der Theorie der «scindibilità»¹⁰), was gerade hervorragendes Design, das dem Grundsatz «form follows function» entspricht, schutzlos lässt. Weltweit am weitesten verbreitet scheint aber die Schutzvoraussetzung eines *künstlerischen Charakters* (z.B. in Deutschland¹¹, in Portugal¹², seit einiger Zeit in Italien¹³ und nach wie vor wohl auch in der Schweiz¹⁴) zu sein, die sich immerhin auf die besagte Begrifflichkeit der Berner Übereinkunft berufen kann.

Diese – wie auch immer begründete – Diskriminierung von sogenann-

ten Werken der angewandten Kunst gegenüber allen anderen Werkarten rührte letztlich wohl von der Sorge her, die Gewährung eines formlosen, kostenlosen, auf bloss subjektiver Neuheit bzw. Individualität beruhenden und – zumindest theoretisch und psychologisch im Vergleich zum design- bzw. patentrechtlichen Schutz besonders wichtig – Jahrzehnte über den Tod des Schöpfers hinaus dauernden Schutzes könnte zu einer übermässigen «Monopolisierung»¹⁵ des Erscheinungsbildes von Alltagsgegenständen und letztlich zu einer *Hemmung des kreativen Prozesses* in diesem Bereich führen¹⁶.

Dieses Problem wurde durch die zunehmend als autonom *verstandenen Lauterkeitsrechte* nicht vereinfacht und akzentuierte sich in den 1990er-Jahren mit der praktisch weltweiten Einführung des markenrechtlichen Schutzes für Produktgestaltungen durch sogenannte *Formmarken*¹⁷.

Und während schon längst vielerorts ein «Overlap of IP Rights» postuliert wurde¹⁸, diskriminierten die Gerichte *Gebrauchsgegenstände in urheberrechtlicher Hinsicht gegenüber allen anderen*

³ K. SAUER, *Neue Wege im Designschutz. Plädoyer für die Öffnung des Urheberrechts für Designleistungen*, Oldenburg 2007, 9; A. OHLY, *The Case for Partial Cumulation in Germany*, in: E. Derclaye (Hg.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge 2018, 148.

⁴ Für die Schweiz bspw. R. STUTZ/S. BEUTLER/M. KÜNZI, *Designgesetz DesG*, Bern 2006, DesG 5 N 16; A. OBOLENSKY, in: R. Staub/A. Celli (Hg.), *Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design*, Zürich 2003, DesG 5 N 23.

⁵ Für die Schweiz bspw. G. HUG, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), *Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2. Aufl., Bern 2012, URG 6 N 1; D. BARRELET/W. EGLOFF, *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 3. Aufl., Bern 2008, URG 6 N 1.

⁶ Ferner F. ECKHARD, *Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Werkqualität von Tonträgern*, Baden-Baden 1993, 66 ff.

⁷ L. BENTLY, *The Design/Copyright Conflict in the United Kingdom: A History*, in: E. Derclaye (Hg.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge 2018, 196 ff.

⁸ Vgl. M. RITSCHER/R. LANDOLT, *Shift in paradigm for copyright protection of the design of products*, GRUR Int. 2019, 130 und 134 (m.w.N.).

⁹ «Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.», 137 S. Ct. 1002 (2017).

¹⁰ V. RODER, *Die Methodik des EuGH im Urheberrecht. Die autonome Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Spannungsverhältnis zum nationalen Recht*, Tübingen 2016, 380; E. DERCLAYE, *The Copyright/Design Interface in Italy*, in: E. Derclaye (Hg.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge 2018, 274 ff.

¹¹ BGH, GRUR 1995, 581 ff. E. II.1, «Silberdistel»; BGH, GRUR 1998, 830 ff. E. A.II.1, «Les-Paul-Gitarren»; BGH, GRUR 2004, E. II.2.b.aa, «Metallbett».

¹² N. SOUSA E SILVA, *No copyright protection for tap designs, says Portuguese court*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2013, 686 f.

¹³ E. DERCLAYE, *The Copyright/Design Interface in Italy*, in: E. Derclaye (Hg.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge 2018, 290 f.

¹⁴ BGE 110 IV 102 ff. E. 2 f.; BGE 68 II 53; Urteil KGer Baselland vom 18. Mai 1999, sic! 2000, 285 ff.

¹⁵ Siehe die zutreffende Kritik an dieser Begrifflichkeit u.a. durch CH. KLAWITTER, *Die Marke als Instrument zur Monopolisierung sog. Sekundärmärkte*, *MarkenR* 2020, 209–217, 209.

¹⁶ H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 8. Aufl., Tübingen 2017, N 237; vgl. ferner A. KUR, *Konstellationen potenziellen Überschlusses*, in: R. M. Hilty/T. Jaeger (Hg.), *Europäisches Immaterialgüterrecht. Funktionen und Perspektiven*, Berlin 2016, 368 f.

¹⁷ Für die Schweiz eingeführt mit dem Gesetz vom 28. August 1992.

¹⁸ So z.B. in Frankreich A. KAHN, *The Copyright/Design Interface in France*, in: E. Derclaye (Hg.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge 2018, 16 ff.; für Deutschland statt vieler U. LOEWENHEIM, *Höhere Schutzuntergrenze des Urheberrechts bei Werken der angewandten Kunst?*, GRUR Int. 2004, 765 ff.; für Dänemark J. SCHOVSO/M. ROSENMEIER, *The Copyright/Design Interface in Scandinavia*, in: E. Derclaye (Hg.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge 2018, 114 ff.

Werken (die *nota bene* in aller Regel weit entfernt von Kunst sind), selbst dann noch, als es neben der «Art Basel» auch eine «Design Basel» gab und Industriedesign salonfähig geworden war. Entsprechend gab es auch eine Vielzahl von Publikationen, die sich mit dem Verhältnis zwischen Design- und Urheberrecht beschäftigten. Dem juristischen Kategoriendenken verpflichtet, wurde dieses Verhältnis aber typischerweise als eines der gegenseitigen *Abgrenzung statt Kumulation* verstanden¹⁹.

Immerhin wurde der Grundsatz der Kumulation für die EU durch den Gesetzgeber mit der *Design-Richtlinie*²⁰ eingeführt und durch den EuGH im Urteil «Flos»²¹ bekräftigt. Danach darf eine Produktgestaltung, die als sog. Geschmacksmuster bzw. Design eingetragen ist (oder war oder sein könnte), nicht aus diesem Grund von einem Schutz durch Urheberrecht ausgeschlossen werden. Allerdings hält Art. 17 dieser Richtlinie ausdrücklich fest, dass die Festlegung der *Schutzvoraussetzungen* und des *Schutzumfangs* den Mitgliedsstaaten vorbehalten bleibt.

Aus dieser Bestimmung schloss das oberste Gericht *Deutschlands* im 2013 ergangenen Urteil «Geburtstagszug», dass trotz Aufgabe der sog. «Stufentheorie», welche urheberrechtlichen Schutz von Designs von einer besonders hohen Gestaltungshöhe abhängig gemacht hatte, der Werkbegriff nicht horizontal vereinheitlich sei und ein Design als Gestaltung einen Urheber-

rechtsschutz nur begründen könne, soweit es auf einer «künstlerischen Leistung» beruhe²². Konträr entschied das oberste Gericht der *Niederlande* unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2001/29/EG (nachfolgend *InfoSoc-Richtlinie*²³), dass die Voraussetzung für einen urheberrechtlichen Schutz von Designs unionsrechtlich vereinheitlicht sei und, gestützt auf die mit «Infopaq»²⁴ beginnende und durch «Flos»²⁵ hinsichtlich Designs ergänzte Rechtsprechung jenes Gerichts, lediglich eine eigene geistige Leistung verlange²⁶. Es ist erstaunlich, dass weder das oberste deutsche noch das oberste niederländische Gericht die Notwendigkeit sahen, diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Diese Aufgabe übernahm Ende 2017 das oberste Gericht *Portugals*. Nachdem der Generalanwalt sich in seiner Beurteilung ausführlich mit der Vorgeschichte und allen nur erdenklichen Argumenten auseinandergesetzt hatte²⁷, ist das Urteil des EuGH in seiner Schlichtheit dennoch nicht leicht verständlich, was wohl auf die etwas unglückliche Fragestellung zurückzuführen ist.

II. «Cofemel»

Ausgangspunkt war ein von der holländischen, unter dem Label «G-Star» vor allem bei modebewussten Jugendlichen bekannten, Bekleidungsfirma G-Star Raw gegen die portugiesische Bekleidungsfirma Cofemel eingeleitetes Verfahren, in welchem es vorfrageweise um den urheberrechtlichen Schutz der Gestaltung von Jeans, Sweatshirts und T-Shirts ging.

Das portugiesische Urheberrechtsgesetz enthielt in Art. 2 Abs. 1 eine Bestimmung, die den Schutz von Gebrauchsgegenständen ausdrücklich davon abhängig machte, dass diese eine «künstlerische Schöpfung» darstellen.

Nachdem die erste und die zweite Instanz die Klage von G-Star gutgeheissen hatten, legte das oberste Gericht dem EuGH die Frage vor, ob diese Bestimmung gegen Unionsrecht verstösst²⁸. Interessanterweise wurde die Vorlage nicht etwa mit den vorne erwähnten unterschiedlichen Sichtweisen oberster Gerichte anderer Mitgliedsstaaten begründet, sondern mit diesbezüglich in Portugal abweichenden Ansichten²⁹.

Zunächst fällt auf, dass nicht thematisiert wurde, ob die InfoSoc-Richtlinie den Werkbegriff im Bereich der angewandten Kunst überhaupt harmonisiert und die mitgliedstaatlichen Kompetenzen verdrängt³⁰, was durch-

¹⁹ Statt vieler P. FEHLBAUM, La délimitation entre le design et le droit d'auteur au regard de l'affaire du train d'anniversaire («Geburtstagszug»), sic! 2015, 74 ff.; A. DISSMANN, Der Schutz von Produktgestaltungen im Design-, Urheber-, Lauterkeits- und Markenrecht, Baden-Baden 2019, 165.

²⁰ Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen.

²¹ EuGH vom 27. Januar 2011, C-168/09, GRUR 2011, 216 ff. N 34, «Flos».

²² BGH vom 13. November 2013, I ZR 143/12, GRUR 2014, 175 ff. N 32, 41, «Geburtstagszug».

²³ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. 2001, L 167, 10).

²⁴ EuGH vom 16. Juli 2009, C-5/08, GRUR Int. 2010, 35 ff. N 35, «Infopaq International».

²⁵ EuGH vom 27. Januar 2011, C-168/09, GRUR 2011, 216 ff. N 34, «Flos».

²⁶ Siehe u.a. HR 30. Mai 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556, «Endstrabänder».

²⁷ Generalanwalt M. SZPUNAR, Schlussantr. vom 2. Mai 2019, Rs. C-683/17, «Cofemel».

²⁸ EuGH vom 12. September 2019, Rs. C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 16 ff., «Cofemel», siehe F. WIGGER, EuGH: Keine besonderen Voraussetzungen für den Urheberrechtsschutz von Werken der angewandten Kunst, sic! 3/2020, 151 ff.

²⁹ EuGH vom 12. September 2019, Rs. C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 24, «Cofemel».

³⁰ M. LEISTNER, Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst. Warum sich für die deutsche Praxis dennoch nicht viel ändern sollte, GRUR 2019, 1116.

aus nicht unumstritten ist³¹. Ob der EuGH nun legitimiert ist, diese Vorlagefrage zu beantworten oder nicht, es besteht kein Zweifel, dass er es tut und dass er seiner Rechtsprechung einen einheitlichen Werkbegriff zugrunde legt³².

Bemerkenswert ist aber auch die Fragestellung³³: Das vorliegende Gericht fragte erstens, ob das Unionsrecht verbiete, Designs urheberrechtlich zu schützen, die «über ihren Gebrauchszweck hinaus einen eigenen, ästhetischen markanten visuellen Effekt hervorrufen», und zweitens, ob das Unionsrecht verbiete, Designs urheberrechtlich nur dann zu schützen, «wenn sie nach einer besonders strengen Beurteilung hinsichtlich ihres künstlerischen Charakters unter Berücksichtigung der in den kulturellen und institutionellen Kreisen herrschenden Auffassung die Einordnung als «künstlerische Schöpfung» oder «Kunstwerk» verdienen»³⁴.

Der EuGH beantwortete die erste Frage abschlägig³⁵. Zwar hielt er einerseits fest, dass unionsrechtlich der Schutz ein und desselben Objektes durch Design- und durch Urheberrecht sich nicht gegenseitig ausschliessen. Andererseits komme ein kumulativer Schutz nur in bestimmten Fällen infrage³⁶. Der EuGH betonte aber auch, dass das Urheber- und das Designrecht in der EU «grundverschiedene Ziele»

verfolgen und «unterschiedliche Regelungen» aufweisen³⁷.

Die zweite Aussage kann – wie vom Generalanwalt recht eindeutig formuliert – so verstanden werden, dass der urheberrechtliche Schutz auf besonders schutzwürdige Designs zu begrenzen sei, was im Ergebnis einer Stufen-theorie gleichkäme, die auf der Überlegung³⁸ beruht, dass bei einer Kumulation der beiden Schutzsysteme das Geschmacksmusterrecht keine Daseinsberechtigung mehr hat. Die logische Konsequenz dieser Ansicht ist, dass die Trennung der beiden sektorspezifischen Systeme über die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen, also den Werkbegriff, stattfinden muss³⁹.

Zu diesen Voraussetzungen äusserte sich der EuGH wie folgt: Während es im Urheberrecht für den Schutz ausreicht, dass ein Gegenstand eine «Originalität» im Sinne einer eigenen geistigen Leistung aufweise, also nicht durch «technische Erwägungen, Regeln oder durch andere Zwänge» bestimmt sei⁴⁰, müsse der Gegenstand auch ein «Werk» im Sinne der InfoSoc-Richtlinie sein.

Voraussetzung für Letzteres ist aber, wie der EuGH ebenfalls erst kürzlich in «Levola»⁴¹ entschieden hatte, dass der Gegenstand mit «hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifizierbar» ist. Das Erfordernis der Genauigkeit und der genauen und objektiven Definition verbiete, dass eine Beurteilung des Objektes im Wesentlichen auf naturgemäss subjektiven Empfindungen der Person beruht, die

den fraglichen Gegenstand wahrnimmt⁴².

Entsprechend dem vom EuGH entwickelten Werkbegriff reicht eine «ästhetische Wirkung» eines Gegenstandes nicht für einen Urheberrechtsschutz, denn sie ist das «Ergebnis einer naturgemäss subjektiven Schönheitsempfindung des jeweiligen Betrachters» und nicht objektiv feststellbar⁴³. Weist ein Gegenstand dagegen die vorne genannten Merkmale auf, muss er laut EuGH gemäss der InfoSoc-Richtlinie in dieser Eigenschaft urheberrechtlich geschützt werden⁴⁴.

Wer dieses Urteil als Ulmersche Stufentheorie auf neuer dogmatischer Basis interpretiert, wird verständlicherweise darüber enttäuscht sein, dass der EuGH das Kriterium eines «ästhetisch markanten visuellen Effekts» verwirft, ohne ein alternatives Kriterium zur Konkretisierung zu entwickeln⁴⁵. Was aber, wenn der EuGH mit dem «Cofemel»-Urteil einen viel radikaleren Ansatz verfolgt und endgültig die Unbrauchbarkeit jeglicher ästhetischer Kriterien propagiert?

Der portugiesische Supremo Tribunal de Justiça verneinte übrigens schliesslich den urheberrechtlichen Schutz - mit einer abenteuerlichen Begründung⁴⁶.

III. Die Irrelevanz ästhetischer Kriterien für den Werkbegriff

Obschon die Erwägungen des EuGH etwas eigenartig anmuten mögen und

³¹ RODER (Fn. 10), 346 ff.; G. SCHULZE, Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?, Anmerkungen zu EuGH «Infopaq/DDF», GRUR 2009, 1019 ff.

³² W. BULLINGER, in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019, D-UrhG § 2 N 13 f.

³³ Gl.M. LEISTNER (Fn. 30), 1115 und 1120; G. SCHULZE, Keine Einstufung von Modellen als Werk aufgrund ästhetischer Wirkung, NJW 2019, 3441.

³⁴ EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 25, «Cofemel».

³⁵ EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 56, «Cofemel».

³⁶ EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 52, «Cofemel».

³⁷ EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 50, «Cofemel».

³⁸ Generalanwalt M. SZPUNAR, Schlussantr. vom 2. Mai 2019, Rs. C-683/17, N 52, «Cofemel».

³⁹ LEISTNER (Fn. 30), 1019 f.

⁴⁰ Vgl. EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 31, «Cofemel».

⁴¹ EuGH vom 13. November 2018, C-310/17, GRUR Int. 2019, 292 ff. N 40 ff., «Levola».

⁴² EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 32 f., «Cofemel».

⁴³ EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 34, «Cofemel».

⁴⁴ EuGH vom 12. September 2019, C-683/17, ZUM 2019, 834 ff. N 35, «Cofemel».

⁴⁵ LEISTNER (Fn. 30), 1117.

⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 15. Januar 2020, Revista n.º 268/13.2YHLSB. L1.S1.

er sich im Gegensatz zum Generalanwalt⁴⁷ nicht zum Vorbehalt der Design-Richtlinie betreffend die Freiheit der Mitgliedsstaaten bei der Festlegung der Voraussetzungen und des Schutzzumfangs von Produktgestaltungen durch Urheberrecht äussert, liegt dieses Urteil auf der mit «Infopaq»⁴⁸ und «Flos»⁴⁹ eingeläuteten, mit «Painer»⁵⁰ und «Football Dataco»⁵¹ etc. präzisierten und mit «Levola»⁵² ergänzten Linie.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist das «Cofemel»-Urteil das vorletzte Stück im Puzzle des unionsrechtlichen Werkbegriffs, sodass es in der EU für einen Schutz durch Urheberrecht ausreicht, wenn eine Produktgestaltung erstens eine eigene geistige Leistung darstellt, der Schöpfer also bewusste gestalterische Entscheide getroffen hat, somit – in der Terminologie des EuGH – «originell» ist, und zweitens der Schutzgegenstand «genau und objektiv bestimmt» ist.

Dass ein Gebrauchsobjekt einen wie auch immer verstandenen «künstlerischer» Charakter bzw. irgendeine Ästhetik aufweisen muss, um urheberrechtlich geschützt zu sein, hat der EuGH also eindeutig verworfen. Diese Rechtslage hat den grossen Vorteil, von der Expansion heutigen Kunstschaffens nicht so bald überholt zu werden. Auch verlangt sie vom Juristen nicht, sich anzumassen, nach eigenem Gutdünken auszuwählen, was im Bereich «Kunst» genügend Geist und Witz verrät, um geschützt zu werden, und was eine das

Recht nicht bewegende Banalität oder «kleine Münze» ist. Ein weiterer Grund gegen jede Auswahl nach ästhetischer Qualität liegt in einer höheren Rechtssicherheit⁵³. Wiewohl sich die Grösse des Gestaltungsspielraums und der hiervon gemachte Gebrauch sowie die technisch (mehr oder weniger) beeinflussten oder anderweitig vorgegebenen Gestaltungen nicht ohne jeglichen subjektiven Einfluss feststellen lassen, weil sie nach wie vor von Menschen beurteilt werden, entsteht insgesamt doch ein hinreichend objektives Bild⁵⁴.

Das letzte noch fehlende Puzzlestück war damit die Frage, ob die Barriere für den Schutz nicht durch die Hintertür einer strengen Handhabung der Funktionalität bzw. der vom EuGH sogenannten *technischen Bedingtheit* derart erhöht wird, dass – ähnlich wie bereits bei Formmarken und Designs – ein urheberrechtlicher Schutz von Werken mit einem Gebrauchszweck faktisch unerreichbar bleibt⁵⁵.

Diesen Schutzausschlussgrund leitet der EuGH⁵⁶ nicht etwa aus der Berner Übereinkunft ab, wo sich nichts in dieser Richtung finden lässt, sondern aus dem *WIPO-Urheberrechtsvertrag* von 1996⁵⁷, wonach sich der Urheberrechtsschutz gemäss Art. 2 auf «Ausdrucksformen» und nicht auf «Gedanken, Verfahren, Methoden oder mathematische Konzepte als solche» erstreckt. Seien die Komponenten der Ausdrucksform jedoch durch ihre technische Funktion

vorgegeben, so der EuGH, seien die Möglichkeiten einer Umsetzung einer Idee so beschränkt, dass Idee und Ausdruck zusammenfallen⁵⁸.

IV. «Brompton»

Ausgangspunkt des jüngsten Urteils des EuGH zum Werkbegriff bei Gebrauchsobjekten durch Urheberrecht war ein Verfahren in Belgien, in welchem die englische Gesellschaft Brompton, welche Fahrräder, die sich in zwei Schritten zusammenfalten lassen, in ihrer jetzigen Form seit 1987 verkauft, gegen einen Anbieter sehr ähnlicher Fahrräder vorging⁵⁹. Das erstinstanzliche belgische Tribunal de l'entreprise de Liège wollte vom EuGH unter anderem wissen, ob bei der Beurteilung, ob eine Form zur Erreichung eines technischen Ergebnisses erforderlich ist, zu berücksichtigen sei, ob das gleiche technische Ergebnis mit anderen Formen auch erreicht werden kann, und ob es relevant sei, dass dieses Ergebnis Gegenstand eines inzwischen abgelaufenen Patentes ist⁶⁰.

Der EuGH wiederholte zunächst seine schon früher geäusserte Ansicht, nach welcher sich aus Art. 2 des *WIPO-Urheberrechtsvertrages* ergebe, dass das Kriterium der Originalität nicht von den Komponenten eines Gegenstandes erfüllt werden könne, die nur durch ihre technische Funktion bedingt sind. Andernfalls würden – so die Terminologie des EuGH – zum Schaden des technischen Fortschritts und der industriellen Entwicklung Ideen monopolisiert⁶¹.

Im vorliegenden Fall, so der EuGH weiter, sei die Form des Fahrrades zwar

⁴⁷ Generalanwalt M. SZPUNAR, Schlussantr. vom 2. Mai 2019, Rs. C-683/17, N 32, «Cofemel».

⁴⁸ EuGH vom 16. Juli 2009, C-5/08, GRUR Int. 2010, 35 ff., «Infopaq International».

⁴⁹ EuGH vom 27. Januar 2011, C-168/09, GRUR 2011, 216 ff. N 34, «Flos».

⁵⁰ EuGH vom 1. Dezember 2011, C-145/10, GRUR 2012, 166 ff., «Painer».

⁵¹ EuGH (Dritte Kammer) vom 1. März 2012, C-604/10, GRUR 2012, 386 ff., «Football Dataco».

⁵² EuGH vom 13. November 2018, C-310/17, GRUR Int. 2019, 292 ff. N 40 ff., «Levola».

⁵³ Zur Aufgabe ästhetischer Anforderungen bereits M. KUMMER, Die Entgrenzung der Kunst und das Urheberrecht, in: P. Brügger (Hg.), *Homo Creator*, Festschrift für Alois Troller, Basel 1976, 94 und 98 ff.

⁵⁴ SCHULZE (Fn. 33), 3441.

⁵⁵ VITAL LÜTHI, Die Berücksichtigung sogenannter technischer Merkmale im sogenannt nicht technischen Immaterialgüterrecht, Bericht über den Ittinger Workshop vom 30./31. August 2019, sic! 1/2020, 63 ff.

⁵⁶ EuGH vom 2. Mai 2012, C-406/10, EU:C:2012:259, E. 33, «SAS Institute».

⁵⁷ Von der Schweiz 2002 ratifiziert, SR 0.231.151.

⁵⁸ EuGH vom 22. Dezember 2010, C-393/09, EU:C:2010:816, E. 48 f., «BSA».

⁵⁹ EuGH vom 11. Juni 2020, C-833/18, «Brompton».

⁶⁰ EuGH vom 11. Juni 2020, C-833/18, E. 19, «Brompton».

⁶¹ EuGH vom 11. Juni 2020, C-833/18, E. 27, «Brompton».

offensichtlich zum Erreichen eines bestimmten technischen Ergebnisses erforderlich, nämlich der Eignung des Fahrrades, drei Positionen einzunehmen, von denen eine es ermöglicht, das Fahrrad auf dem Boden im Gleichgewicht zu halten⁶². Dieser Umstand spricht aber gemäss EuGH nicht gegen einen urheberrechtlichen Schutz, sofern diese technischen Aspekte, Regeln oder sonstigen Zwänge eine eigene geistige Leistung nicht verunmöglichen bzw. – in der Terminologie des EuGH – Idee und Ausdruck zusammenfallen⁶³.

Das Bestehen von Wahlmöglichkeiten sei grundsätzlich ebenso wenig relevant wie das Bestehen abgelaufener Patente, der Wille des angeblichen Rechtsverletzers oder nach der Schaffung des Erzeugnisses aufgetretene Faktoren⁶⁴.

Allein entscheidend sei vielmehr, neben der objektiven Bestimmtheit, die Originalität des Werkes, also gemäss den zentralen Ausführungen des EuGH in dessen Erwägungen 34 und 38, «ob der Urheber des Erzeugnisses mit der Wahl von dessen Form seine schöpferische Fähigkeit in eigenständiger Weise zum Ausdruck gebracht hat, indem er freie und kreative Entscheidungen getroffen und das Erzeugnis dahin gestaltet hat, dass es seine Persönlichkeit widerspiegelt».

V. Die Irrelevanz technischer Bedingtheit für den Werkbegriff

Was ist nun aber mit der technischen Bedingtheit? Nach der hier vertretenen Ansicht hat der EuGH im Urteil «Brompton» diese zwar auch im Urheberrecht als Schutzausschlussgrund postuliert,

meint damit aber *keine technische Bedingtheit, sondern eine technische Notwendigkeit*.

Denn ein Zusammenfallen einer Ausdrucksform mit der ihr zugrunde liegenden Idee dürfte nur dann vorliegen, wenn der Urheber *gar keine Gestaltungsfreiheit* hat, was der EuGH schon früher so festgehalten hat⁶⁵. Das ist in der Praxis kaum je der Fall, womit das Negativkriterium der «technischen Bedingtheit» im Unions-Urheberrecht, anders als im Unions-Markenrecht und im Unions-Designrecht, zumindest bei der Prüfung, ob ein Schutz besteht oder nicht, keine Rolle spielen darf.

Für diese Ansicht spricht auch, dass m.W. kein einziges Urheberrechtsgesetz und kein Urheberrechtsvertrag eine bloss technische Bedingtheit eines Werkes als Schutzausschlussgrund stipuliert. Ganz im Gegenteil schützt die Berner Übereinkunft ausdrücklich auch Werke der *angewandten Kunst*, also Werke mit einer technischen Bedingtheit, und würde eine Verweigerung des Urheberrechtsschutzes bei einer blossen technischen Bedingtheit der Form diese Werkkategorie faktisch vom Urheberrecht ausschliessen.

Dem sehr berechtigten und auch vom EuGH betonten rechtspolitischen Anliegen, dass der Urheberrechtsschutz den technischen Fortschritt nicht zu stark einschränken darf, kann nach der hier vertretenen Ansicht begegnet werden, indem der *Schutzbereich* im konkreten Konflikt entsprechend eingeschränkt wird. Dieser Ansatz hat den Vorteil, dass dem erwähnten Anliegen anhand eines Vergleichs sachgerechter Rechnung getragen werden kann als mit der Verneinung eines jeglichen Schutzes *a priori*, wie im BGH-Urteil «Seilzirkus» unnötigerweise geschehen.

VI. Mögliche Folgen für das Unionsrecht

Wie schon der BGH im Urteil «Geburtstagszug» als Folge einer (trotz Festhaltens am «künstlerischen» Charakter erwartete) Senkung der Schutzwelle für Deutschland angedeutet hat⁶⁶, dürften die jüngsten Urteile des EuGH dazu führen, dass in Ländern, die bisher urheberrechtlichen Schutz von einem künstlerischen Charakter abhängig gemacht haben, *wesentlich mehr Produkte urheberrechtlich geschützt sind als zuvor*, nämlich alle Gebrauchsobjekte, deren Urheber – egal in welchem bescheidenem Umfang – eine Gestaltungsfreiheit besass und diese auch nutzte.

Das führt, vor allem wegen der Rückwirkung von Urteilen des EuGH, aber auch wegen des Schöpferprinzips und der ausserhalb des Copyright-Systems weitgehend fehlenden gesetzlichen Zuordnung von Urheberrechten beim Träger des wirtschaftlichen Risikos, und in Deutschland zudem wegen der sog. Bestseller-Klausel, zu unzähligen *Fragen*. Veranlasst von den Erben des Designers des Ur-Porsches und den Erben des Designers des Ur-VW-Käfers und anderen Urhebern bzw. Erben, die sich der neuen Rechtslage bewusst geworden sind, beschäftigen diese Fragen in Deutschland bereits die Gerichte⁶⁷.

Statt der Schutzvoraussetzungen könnte aber der *Schutzumfang* als Damm gegen eine unangemessene «Monopolflut» dienen. Verleiht der Urheber seinem Werk durch die Ausnutzung des Gestaltungsspielraums nämlich bloss eine geringe «persönliche Note»⁶⁸, wäre

⁶² EuGH vom 11. Juni 2020, C-833/18, E. 29, «Brompton».

⁶³ EuGH vom 11. Juni 2020, C-833/18, E. 29, «Brompton».

⁶⁴ EuGH vom 11. Juni 2020, C-833/18, E. 34 und E. 38, «Brompton».

⁶⁵ EuGH (Dritte Kammer) vom 1. März 2012, C-604/10, GRUR 2012, 386 ff. N 39, «Football Dataco».

⁶⁶ BGH vom 13. November 2013, I ZR 143/12, GRUR 2014, 175 ff. N 40, «Geburtstagszug».

⁶⁷ LG Stuttgart vom 26. Juli 2018, 17 O 1324/17, GRUR-RR 2019, 241 ff., «Porsche 911»; LG Braunschweig vom 19. Juni 2019, 9 O 3600/17, «VW Käfer».

⁶⁸ EuGH vom 1. Dezember 2011, C-145/10, GRUR 2012, 166 ff. N 92, «Painer»; EuGH (Dritte Kammer) vom 1. März 2012, C-604/10, GRUR 2012, 386 ff. N 38, «Football Dataco».

der urheberrechtliche Schutz auf haargenaue Kopien, also sog. *Nachmachungen*, zu beschränken. Umgekehrt verdienen Produktgestaltungen, die sich zum Zeitpunkt ihrer Schöpfung sehr deutlich vom damals Vorbekanntem unterscheiden, einen entsprechend weiten Schutzzumfang⁶⁹.

Wie der BGH in «Geburtstagszug» bereits antizipierte⁷⁰ und die Fälle Porsche und VW Käfer illustrieren, dürfte daher in Zukunft der Bemessung des *Schutzumfangs* ein besonderes Augenmerk zukommen – eines Aspekts, der im Urheberrecht bisher sowohl gerichtlich als auch in der Literatur eher selten thematisiert worden ist⁷¹. Wie auch im übrigen Immaterialgüterrecht, teils gesetzlich ausdrücklich stipuliert wie im Unions-Markenrecht und im Unions-Designrecht, teils von der Praxis so gelebt wie im Patentrecht, sollte auch im Urheberrecht eine *Symmetrie* gelten und die Weite des Schutzbereichs sich danach richten, wie stark sich das Werk zum Zeitpunkt seiner Schöpfung vom damals Vorbekanntem unterschied⁷².

Und obwohl nach der hier vertretenen Ansicht das Schutzausschlusskriterium der *technischen Bedingtheit* im Urheberrecht in der EU bei den Schutzvoraussetzungen keine Rolle spielen darf, zeigen Urteile wie jenes des BGH in Fall «Seilzirkus»⁷³, dass auch dieses

Thema vor allem dort grosse Aufmerksamkeit erfahren wird, wo trotz theoretischer Trennung von einer Stufen-theorie noch die Vorstellung herrscht, dass nicht jedes Gebrauchsobjekt, jede kleine Münze, den Schutz durch das Urheberrecht «verdient».

VII. Mögliche Auswirkungen auf das Schweizer Recht

In der Schweiz werden an den Schutz von Gebrauchsobjekten nach wie vor strengere Anforderungen als an Werke anderer Kategorien gestellt. Anhand der dünn gesäten und vor allem um Einzelfallgerechtigkeit bemühten Urteile lässt sich allerdings keine klare Linie erkennen⁷⁴. Auch die Lehre hat diesbezüglich wenig zur Verbesserung der Rechtssicherheit beigetragen. Selbst das Kummersche Kriterium der Statistischen Einmaligkeit, das eine gewisse Objektivität versprach, vermochte nicht, die erhoffte Klarheit zu schaffen⁷⁵.

Zumindest erteilte das Bundesgericht im wegweisenden «Le Corbusier»-Urteil der ebenfalls von MAX KUMMER vertretenen Theorie eine Absage, wonach ein Gebrauchszweck dem Urheberrechtsschutz eines Werkes entgegenstehe⁷⁶, was der Gesetzgeber in der Folge ja auch im URG in Art. 2 so verankerte. In einem älteren Urteil führte das Bundesgericht zudem aus, dass es für den Schutz der Gestaltung einer Ladeneinrichtung genüge, wenn diese keine bloss handwerkliche Leistung darstelle⁷⁷. Daraus lässt sich indes nicht klar erkennen, ob bei Produktgestaltungen schon jede *mehr als handwerkliche Leistung* für einen Urheberrechtsschutz ausreicht. Besonders

problematisch erscheint die vom Bundesgericht entwickelte, im Resultat der deutschen Stufentheorie entsprechende und auch ausdrücklich mit jener begründete Regel⁷⁸, wonach bei Produktgestaltungen «in dubio» auf eine bloss handwerkliche Leistung, also gegen Urheberrechtsschutz, zu erkennen sei⁷⁹.

Freilich ist das Urteil des EuGH für die Schweiz nicht bindend. Dennoch stellt sich die Frage, ob es für die Schweizer Praxis sinnvoll ist, von jener der EU abzuweichen. Zu wünschen wäre, dass das Bundesgericht, so wie der BGH, anerkennt, dass sich das Designgesetz mit der Revision des über hundert Jahre alten Muster-/Modellgesetzes im Jahr 2001 vom Urheberrechtsgesetz verselbständigt hat⁸⁰ und dass sich unser höchstes Gericht infolgedessen von seiner *Zweifelsregel* ausdrücklich verabschiedet. Das ist im Fall «Bill Barhocker», obwohl als Möglichkeit erkannt⁸¹, leider nicht ausdrücklich erfolgt.

Zu wünschen wäre überdies, wenn im Sinne der Harmonisierung eine eigene geistige Leistung als Schutzvoraussetzung definiert würde. Dann könnten die Beteiligten auch in der Schweiz damit beginnen, sich noch intensiver mit den vom Bundesgericht zu Formmarken bereits entwickelten Kriterien der *technischen Notwendigkeit* bzw. *technischen Bedingtheit* und mit der bisher noch stiefmütterlich behandelten Festlegung des *Schutzumfangs* zu beschäftigen.

Zumindest hätte ein solcher *Paradigmenwechsel* den Vorteil, dass Alltagsgegenstände nicht mehr *a priori* vom urheberrechtlichen Schutz ausgeschlossen wären. Stattdessen ist der Schutzzumfang bei Gebrauchsgegenständen auf die ästhetischen Elemente zu be-

⁶⁹ Zur Symmetrie als primärem Phänomen des Rechts, T. FLORSTEDT, *Recht als Symmetrie. Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Privatrechts*, Tübingen 2015; M. RITSCHER, *Hält der Geburtstagszug auch in der Schweiz? – Gedanken zur urheberrechtlichen Schutzwelle und zum Schutzzumfang von Produktgestaltungen in Deutschland und der Schweiz*, in: T. Dreier/K. Peifer/L. Specht (Hg.), *Anwalt des Urheberrechts, Festschrift für Gernot Schulze zum 70. Geburtstag*, München 2017, 32.

⁷⁰ BGH vom 13. November 2013, I ZR 143/12, GRUR 2014, 175 ff. N 41, «Geburtstagszug».

⁷¹ Mit Ausnahme etwa von R. M. HILTY: *Urheberrecht*, Bern 2010, N 181 ff.

⁷² M. RITSCHER (Fn. 68), 32.

⁷³ BGH vom 12. Mai 2011, I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 ff. N 19 ff., «Seilzirkus».

⁷⁴ Als Beispiele aus der Praxis des Bundesgerichts etwa BGE 143 III 373, «Max Bill»; BGE 113 II 190, «Le Corbusier».

⁷⁵ M. RITSCHER (Fn. 68), 34.

⁷⁶ BGE 113 II 190 E. I.2.a, «Le Corbusier».

⁷⁷ BGE 100 II 167 E. 7.

⁷⁸ M. RITSCHER (Fn. 68), 36 f.

⁷⁹ BGE 68 II 53 ff. E. 4; BGE 105 II 297 ff. E. 3.a; BGER vom 2. Mai 2011, 4A_78/2011, E. 2.4.

⁸⁰ BGH vom 13. November 2013, I ZR 143/12, GRUR 2014, 175 ff. N 34, «Geburtstagszug».

⁸¹ Vgl. BGE 143 III 373 E. 2.6.1. ff., «Max Bill».

schränken, während die funktionalen Bestandteile – urheberrechtlich (!) – weiterhin von der Konkurrenz kopiert werden dürfen.

Dass dies, auch bei einem abgelauteten Patentschutz, *lauterkeitsrechtlich* anders beurteilt werden kann, hat für Deutschland der BGH in den Urteilen «Exzenterzähne»⁸² und «Bodendübel»⁸³ gezeigt und es ist nicht einzusehen, weshalb dies urheberrechtlich anders sein sollte⁸⁴. Es ist zu hoffen, dass auch die Schweizer Gerichte verstehen, dass es keiner Perpetuierung des Patentschutzes gleichkommt, wenn die (identische) Nachmachung eines in einem abgelauteten Patent gezeigten Ausführungsbeispiels lauterkeits- oder urheberrechtlich untersagt wird – bleibt doch die vom Patent auf einer höheren Abstraktionsebene patentrechtlich nicht mehr geschützte technische Lehre frei.

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei Alltagsgegenständen der Gestaltungsspielraum eingeschränkt ist, weil viele Elemente vom Gebrauchszweck diktiert werden⁸⁵. Wer aber haargenau das will, was jener Erste schuf, muss dessen Recht respektieren. Gerade im Wunsch nach einer genauen Kopie eines erfolgreichen Produktes äussert sich die Rechtfertigung des Schutzes⁸⁶. Überspitzt liesse es sich auch als «what is worth copying is *prima*

facie worth protecting»⁸⁷ formulieren. Oder anders ausgedrückt sollte nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich ein Verbot von *Nachmachungen* gelten, wohingegen der Grundsatz der *Nachahmungsfreiheit* gewahrt bleibt.

In der *praktischen Konsequenz* wird es wichtiger denn je, den Schöpfungsprozess zu dokumentieren, um sich gegen spätere Vorwürfe einer Urheberrechtsverletzung⁸⁸ erfolgreich verteidigen zu können. Bis anhin wurde in der schweizerischen Lehre grundsätzlich verneint, dass zwei Urheber unabhängig voneinander ein identisches Werk schaffen können, das die nötige Individualität aufweist, um urheberrechtlichen Schutz zu erlangen. *Parallelschöpfungen* seien allenfalls bei der Kombination von banalen Elementen vorstellbar, die zwar eine statistische Einmaligkeit erklimmen, aber nicht über den nicht geschützten Bereich des Trivialen hinausreichen können⁸⁹. Auch das Bundesgericht⁹⁰ schliesst *Parallelschöpfungen* bei gegebener Schutzzfähigkeit aus, indem es für die Schutzzfähigkeit eines künstlerischen Werkes darauf abstellt, ob ein unabhängig arbeitender Künstler aller Wahrscheinlichkeit nach keine identische Schöpfung hätte hervorbringen können⁹¹, was im Kern wiederum der Kammerschen Theorie entspricht.

Wird der Werkbegriff nun im Sinne der EuGH-Rechtsprechung ausgedehnt und werden im Ergebnis tiefere Anforderungen an den Schutz gestellt, sollte für Schöpfungen, die vormals an der Grenze des Geschützten lagen, die Möglichkeit unabhängiger *Parallelschöpfungen* anerkannt werden. Angesichts der Vielfalt individueller Schaffungsmöglichkeiten scheint eine zufällige weitgehende Übereinstimmung von Werken erfahrungsgemäss dennoch beinahe ausgeschlossen⁹².

Wenn sich also zwei Produkte wie ein Ei dem anderen gleichen, bietet es sich an, von einer *Vermutung der Nachmachung* auszugehen und damit die *Beweislast* beim Hersteller bzw. Anbieter des erst später auf den Markt gekommenen Produktes anzusiedeln. Diesem steht es dann frei, eine unabhängige *Parallelschöpfung* oder die technische Notwendigkeit der übereinstimmenden Produktgestaltung nachzuweisen. Ein solches urheberrechtliches *Nachmachungsverbot*, das sich ja auch *lauterkeitsrechtlich* aus dem vom Bundesgericht aus Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG abgeleiteten Verbot der unnötigen Anlehnung ergibt, ändert – wie erwähnt – freilich nichts am Grundsatz der *Nachahmungsfreiheit*, welche die Grundvoraussetzung für jeglichen Fortschritt ist – für technischen wie für kulturellen.

Zusammenfassung

Obwohl von der Berner Übereinkunft als sogenannte «Werke der angewandten Kunst» ausdrücklich erwähnt, wurden Gebrauchsobjekte bisher urheberrechtlich diskriminiert. Das liegt zunächst daran, dass das Designrecht noch bis vor kurzem als kleines Urheberrecht konzipiert war

⁸⁷ Richter J. PETERSON, «University of London Press v University Tutorial» [1916] 2 Ch 601.

⁸⁸ Das gilt auch im Hinblick auf spätere Vorwürfe der Verletzung von nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusterrchten.

⁸⁹ F. THOUVENIN, «Love», Obergericht Zürich vom 7. Juli 2009. Urheberrechtliche Schutzzfähigkeit des Werkes «Love» und dessen Verletzung durch Verwendung auf Uhren (ZH), sic! 2010, 895. Gegenteiler Ansicht etwa S. MACCHIACCHINI, Irrtum: Die Doppelschöpfung ist urheberrechtlich schützbar, in: M. Berger/S. Macciachini (Hg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto M. Hilty, Zürich 2008, 33.

⁹⁰ BGE 110 IV 102 ff. E. 3; BGer, sic! 2001, 729 ff. E. 3c.bb, «Vaca lechera (fig.)».

⁹¹ F. THOUVENIN (Fn. 87), 895.

⁹² U. LOEWENHEIM, in: U. Loewenheim/M. Leister/A. Ohly (Hg.), Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl., München 2017, D-UrhG § 23 N 32 f.

⁸² BGH vom 22. Januar 2015, I ZR 107/13, GRUR 2015, 909 ff., «Exzenterzähne».

⁸³ BGH vom 15. Dezember 2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 ff., «Bodendübel».

⁸⁴ Siehe SABINE ZENTEK, Auswirkungen technischer Schutzrechte und Merkmale im Nachahmungsschutz des Wettbewerbs-, Formmarken-, Design- und Urheberrechts, WRP 2014, 1289 ff.; HUBERTUS SCHACHT, Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für technische Merkmale – Rettungsboot oder Havarist?, GRUR 2017, 1203 ff.

⁸⁵ RITSCHER/LANDOLT (Fn. 8), 134.

⁸⁶ Vgl. KUMMER (Fn. 53), 105, wobei KUMMER davon ausging, dass bereits ein Gebrauchszweck den Schutz ausschliesst, siehe KUMMER (Fn. 53), 113 ff.

oder zumindest so verstanden wurde. Ferner wurde das Verhältnis zwischen Design- und Urheberrecht als exklusives («Abgrenzung») und nicht als kumulatives gesehen. Schliesslich wurde es wegen der automatischen Entstehung und der relativ langen Dauer des urheberrechtlichen Schutzes als stossend empfunden, dass ein Gebrauchsjekt diesen Schutz geniessen durfte, wenn es nicht auch als «künstlerisch» qualifizierte.

Der EuGH hat nun aber – gestützt auf die InfoSoc-Richtlinie, die Berner Übereinkunft und das WIPO-Urheberrechtsabkommen – mit «Cofemel» und «Brompton» klargestellt, dass auch ein Gebrauchsjekt urheberrechtlich geschützt ist, wenn es auf einer eigenen geistigen Leistung beruht, dass eine künstlerische Qualität nicht verlangt werden darf und dass auch eine technische Bedingtheit dem Werkbegriff nicht entgegensteht. Damit wurde nicht nur die bald 150 Jahre alte Begrifflichkeit der Berner Übereinkunft, sondern auch die klassische Kunst-Technik-Dichotomie überwunden und plötzlich sind sehr viel mehr Gebrauchsgegenstände urheberrechtlich geschützt, als man bisher gemeinhin angenommen hatte.

Die Rechtspraxis kann dieser neuen Herausforderung dadurch begegnen, dass sie sich im Konfliktfall vom Werkbegriff löst und auf den Schutzbereich konzentriert. Bei dessen Bemessung sollte erstens eine Symmetrie angestrebt werden zum Beitrag, den das schutzbeanspruchende Werk gegenüber dem Vorbekanntem objektiv erbracht hat. Zweitens sollten vom Schutzbereich Merkmale ausgeschlossen

werden, die für das entsprechende Gebrauchsjekt technisch notwendig sind. Im Resultat läuft dieser Ansatz – unter Beibehaltung der für die Gewährleistung des technischen und des kulturellen Fortschritts unverzichtbaren Nachahmungsfreiheit – auf ein Verbot von Nachmachungen hinaus. Entsprechend sollte die Beweislast für die technische Notwendigkeit bzw. Funktionalität demjenigen obliegen, der ein auf dem Markt erfolgreiches Produkt ohne angemessene eigene Leistung kopiert.

Résumé

Bien que la Convention de Berne les mentionne explicitement en tant qu'œuvres dites «des arts appliqués», les objets utilitaires ont jusqu'ici toujours fait l'objet d'un traitement discriminatoire dans le droit d'auteur. La première raison est que le droit des designs était, il y a encore peu, conçu comme un «petit» droit d'auteur – ou du moins compris comme tel. Le rapport entre le droit d'auteur et le droit des designs était par ailleurs considéré comme exclusif (fondé sur une «délimitation»), et non comme cumulatif. Par la suite, étant donné la naissance automatique et la durée relativement longue de la protection garantie par le droit d'auteur, il a été jugé offensant que des objets utilitaires puissent jouir de cette protection s'ils ne pouvaient pas également être qualifiés d'«artistiques».

Cependant, la CJUE a – sur la base de la directive EUCD, de la Convention de Berne et du Traité OMPI – désormais éta-

bli avec les affaires «Cofemel» et «Brompton» qu'un objet utilitaire est lui aussi protégé par le droit d'auteur s'il repose sur une création intellectuelle propre, qu'une qualité artistique ne peut être exigée et, enfin, que l'existence d'éléments dictés par des raisons techniques n'entre pas en conflit avec la notion d'œuvre. Ces arrêts ont ainsi permis de s'affranchir non seulement de la terminologie de la Convention de Berne, vieille de presque un siècle et demi, mais aussi de la dichotomie classique entre «art» et «technologie». Soudain, le nombre d'objets utilitaires protégés par le droit d'auteur est bien plus grand que ce qui avait été communément supposé.

La pratique juridique peut relever ce nouveau défi si, en cas de conflit, elle s'éloigne de la notion d'œuvre et se concentre sur l'étendue de la protection. Pour mesurer cette étendue, il convient premièrement de chercher à obtenir une symétrie par rapport à la contribution que l'œuvre à protéger a objectivement apportée aux œuvres existantes. Deuxièmement, les caractéristiques de l'objet utilitaire imposées par la solution technique recherchée doivent être exclues du champ de la protection. De ce fait, cette approche, qui respecte la liberté d'imitation essentielle au progrès technique et culturel, équivaut à une interdiction de la contrefaçon. En conséquence, la responsabilité de prouver la nécessité ou la fonctionnalité technique de l'objet en question devrait incomber à celui qui, sans fournir lui-même de création intellectuelle propre, copie un produit s'étant imposé sur le marché.