

Dokument	sic! 2003 S. 116
Urteilsdatum	19.06.2002
Gericht	St. Gallen, Kantonsgericht
Autor	Ivan Cherpillod, Mathis Berger
Publikation	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
Rechtsgebiete	Geistiges Eigentum / Datenschutz / Medien / Wettbewerb
Seiten	116-125

## "Mummenschanz". Kantonsgericht St. Gallen vom 19. Juni 2002 Urheberrechtsschutz für Körpermasken; Strafbarkeit des Auftraggebers eines das Urheber- und Lauterkeitsrecht verletzenden Werks Strafkammer; Teilabweisung der Berufung; Akten-Nr. ST.2002.8-SK3

Mit Anmerkung von Ivan Cherpillod/Mathis Berger

### **Urheberrecht.**

Allgemeines Urheberrecht.

[URG 2 Abs. 1](#), [URG 2 Abs. 2 lit. c, h](#). Körpermasken und Bewegungsabläufe können urheberrechtlich geschützte Werke sein, sofern sie individuellen Charakter haben. Ein Werk ist individuell, wenn es den Stempel der Persönlichkeit des Urhebers trägt, unverkennbar charakteristische Züge aufweist und sich von Darstellungen der gleichen Werkgattung deutlich unterscheidet (E. II.1.a-c).

[URG 2 Abs. 1](#). Ob einem Werk Individualität zukommt, beurteilt sich nach dem Gesamteindruck; Einzelheiten sind nicht gesondert zu betrachten. Zur Beurteilung der Individualität können Indizien wie Überraschungseffekt und Neuheit, Andersartigkeit, Zweckfreiheit sowie Beliebtheit und Erfolg der Schöpfung herangezogen werden (E. II.1.c).

[URG 2 Abs. 1](#), [URG 67 Abs. 1 lit. d](#). Die Anforderungen an die Individualität hängen vom Spielraum des Schöpfers ab; wo von der Sache her wenig Spielraum besteht, wird der Schutz schon bei einem geringen Grad an selbstständiger Tätigkeit gewährt. Eine Körpermaske, die aus einem Körper ohne Kopf mit grossdurchmessrigen, flexiblen Röhren besteht, ist individuell, da sie einen abstrahierten, einem Menschen nur entfernt gleichenden Körper darstellt und damit das "Menschliche" verschwinden lässt. Die unrechtmässige Verwendung einer solchen Körpermaske in Kombination mit einer ebenfalls geschützten Choreografie zur Schaffung eines Werkes zweiter Hand stellt eine Urheberrechtsverletzung dar (E. II.1.c-e).

[URG 2 Abs. 1](#). Ein einen geringen Grad an selbstständiger Tätigkeit aufweisendes Werk kann nur einen engen Schutzbereich beanspruchen. Eine Körpermaske, welche aus fünf langen und flexiblen Tentakeln besteht und sich an die Form eines Tintenfisches hält, kann, wenn überhaupt, nur einen engen Schutzbereich beanspruchen. Eine ebenfalls tintenfischähnliche Körpermaske, bestehend jedoch aus vier Tentakeln und anderen Mustern und Farbwahl, stellt daher keine urheberrechtsverletzende Kopie dar (E. II.1.f-h).

[URG 67, 71](#); [VStrR 6, 7](#). Wer es als Auftraggeber vorsätzlich unterlässt, eine Widerhandlung des Beauftragten abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben, untersteht den Strafbestimmungen, die für den handelnden Täter gelten. Ein Zirkusdirektor, der trotz richterlichem Verbot eine urheberrechtsverletzende Zirkusnummer aufführen lässt, macht sich strafbar (E. II.3.a-e).

[UWG 3 lit. b.](#) Auch eine Fotografie kann eine unlautere "Angabe" sein, wenn sie spezifisch genug ist. Die blosser Abbildung von Fotografien von Zirkusnummern, welche eine Anlehnung an Werke eines Dritten darstellen, in einem Programmheft erweckt aber nicht den Eindruck, dass dieser Dritte im beworbenen Programm auftritt (E. II.4.a).

[UWG 3 lit. d.](#); [URG 23, 26](#); [VStrR 6 Abs. 1.](#) Die nicht bewilligte Abbildung einer urheberrechtlich geschützten Körpermaske auf der Titelseite einer Programmzeitschrift und auf einem Flyer schafft eine Verwechslungsgefahr. Bei Widerhandlungen gegen das [UWG](#), welche beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person begangen werden, sind die Strafbestimmungen auf diejenige natürliche Person anwendbar, die die Tat verübt hat. Der Direktor eines Zirkus ist für die Gestaltung von Flyer und Programmheft mitverantwortlich (E. II.4.b-h).

[URG 67 Abs. 2](#); [UWG 23.](#) Die zehnmahlige widerrechtliche Aufführung von Körpermasken in einem Zirkus begründet noch keine Gewerbmässigkeit. Eine nach einer Probezeit von einem Jahr bedingt löschbare Busse von CHF 3000 für Urheberrechtsverletzung erscheint angemessen (E. II.5).

### **Droit d'auteur.**

Droit d'auteur en général.

[LDA 2 al. 1](#), [LDA 2 al. 2 let. c. h.](#) Dans la mesure où ils présentent un caractère individuel, des masques enveloppant entièrement une personne et des enchaînements de mouvements peuvent constituer des oeuvres protégées par le droit d'auteur. Une oeuvre revêt un caractère individuel lorsqu'elle porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur, présente des traits caractéristiques indéniables et se distingue clairement des oeuvres du même genre (consid. II.1.a-c).

[LDA 2 al. 1.](#) Pour savoir si une oeuvre revêt un caractère individuel, l'impression d'ensemble est déterminante; à cet égard, ses particularités ne doivent pas être examinées séparément. Pour apprécier le degré d'individualité, on peut se fonder sur des indices tels que l'effet de surprise et la nouveauté, la différence, la liberté de création ainsi que la popularité et le succès de l'oeuvre (consid. II.1.c).

[LDA 2 al. 1](#), [LDA 67 al. 1 let. d.](#) Les exigences en matière d'individualité dépendent de la liberté de création à disposition de l'auteur; lorsque la nature même de l'oeuvre ne laisse subsister que peu de marge de manoeuvre, la protection doit être accordée même si l'activité créatrice est réduite. Un masque enveloppant entièrement une personne, fait d'un corps sans tête et muni de tuyaux flexibles de diamètre important, revêt un caractère individuel. En effet, il représente un corps de façon abstraite, n'a qu'une vague ressemblance avec un être humain et relègue ainsi à l'arrière-plan l'aspect "humain". Commet une violation du droit d'auteur celui qui utilise sans droit un tel masque enveloppant entièrement une personne dans une chorégraphie également protégée, pour créer une oeuvre dérivée (consid. II.1.c-e).

[LDA 2 al. 1.](#) Une oeuvre procédant d'une activité créatrice réduite ne peut prétendre qu'à une protection restreinte. Un masque enveloppant entièrement une personne, fait de cinq longues tentacules flexibles et qui reprend la morphologie d'une pieuvre, ne peut tout au plus prétendre qu'à une protection limitée. Un masque enveloppant entièrement une personne et ressemblant également à une pieuvre, mais qui est toutefois constitué de quatre tentacules et qui présente une forme et des couleurs différentes, n'est donc pas une copie qui porterait atteinte au droit d'auteur (consid. II.1.f-h).

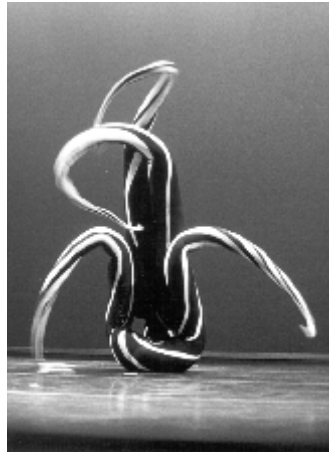
[LDA 67, 71](#); [DPA 6, 7.](#) Le mandant qui omet intentionnellement de prévenir une infraction commise par le mandataire ou d'en supprimer les effets tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur de l'infraction. Un directeur de cirque se rend punissable en autorisant, malgré son interdiction judiciaire, la représentation d'un numéro de cirque qui porte atteinte au droit d'auteur (consid. II.3.a-e).

[LCD 3 let. b.](#) Une photographie peut également constituer une "indication" déloyale lorsqu'elle est suffisamment spécifique. Le simple fait de reproduire dans un programme des photographies de numéros de cirque reprenant les caractéristiques de l'oeuvre d'un tiers n'éveille toutefois pas l'impression que ce tiers apparaît dans le programme en question (consid. II.4.a).

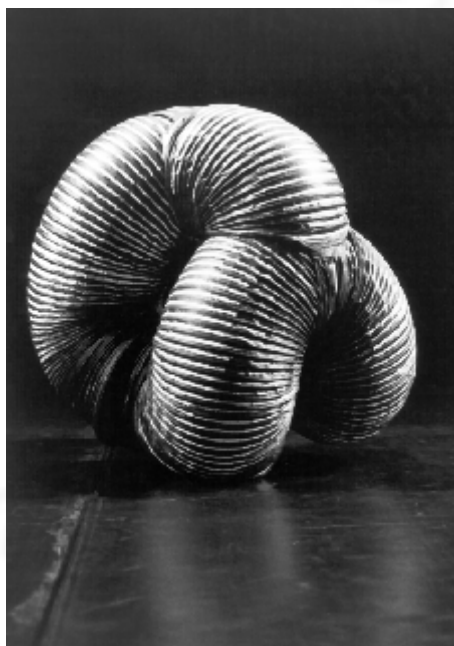
[LCD 3 let. d](#); [LDA 23, 26](#); [DPA 6 al. 1.](#) La reproduction non autorisée, sur la couverture d'un programme et sur une affiche, d'un masque qui enveloppe entièrement une personne et qui est protégé par le droit d'auteur, entraîne un risque de confusion. Lorsque les infractions à la [LCD](#) sont commises dans la gestion des affaires d'une personne morale, les dispositions pénales sont applicables à la personne physique qui a commis l'acte. Le directeur d'un cirque est coresponsable de la conception des affichettes et du programme (consid. II.4.b-h).

[LDA 67 al. 2](#); [LCD 23.](#) La seule représentation, à dix reprises dans un cirque, d'un spectacle mettant en scène un masque enveloppant entièrement une personne, ne suffit pas à réaliser la circonstance aggravante du métier. Après un délai d'épreuve d'une année, une amende de CHF 3000 prononcée pour violation du droit d'auteur peut être radiée (consid. II.5).

sic! 2003 S. 116



Quellenhinweis: Fotoarchiv Mummenschanz-Stiftung



Quellenhinweis: Fotoarchiv Mummenschanz-Stiftung



Quellenhinweis: Fotoarchiv Mummenschanz-Stiftung



Quellenhinweis: Fotoarchiv Mummenschanz-Stiftung

Quellenhinweis: Fotoarchiv Mummenschanz-Stiftung

Aus den Erwägungen:

I.1. Im Programm 1998 des National-Circus Y. des Landes X figurierten die von V. aufgeführten Nummern "episch-poetische Metamorphosen" und "Octopussys Tentakel-Spektakel". Mit der Begründung, die beiden Nummern bzw. die Figuren und Körpermasken verletzen ihre Urheberrechte an den

**sic! 2003 S. 116, 117**

Mummenschanz-Figuren "Slinkyman" und "Octopus" und die Verwendung der betreffenden Abbildungen in den Prospekten und im Programmheft "Y.'s Illustrierte 1998" stellten wegen der Verwechslungsgefahr Widerhandlungen gegen das [UWG](#) dar, stellten Floriana Frassetto und Bernie Schürch am 15. September 1998 beim KGer St. Gallen das Begehren, der Y. Zirkusbetriebsgesellschaft mbH und V. sei einstweilen zu verbieten, die fraglichen Figuren und Körpermasken bei ihren Vorführungen in der Schweiz zu verwenden, aufzuführen oder aufführen zu lassen. Mit Verfügung vom 18. September 1998 wurde das Begehren geschützt und dem Zirkusunternehmen sowie dem Künstler einstweilen verboten, die Figuren bei ihren Vorführungen in der Schweiz zu verwenden, aufzuführen oder aufführen zu lassen; insbesondere sei verboten, die Programmnummern V.: "Poetische Metamorphosen" und V.: "Octopussy" aufzuführen oder aufführen zu lassen. Trotz Bestätigung in der Verfügung vom 22. September 1998 setzten sich die damaligen Gesuchsgegner in ihren Vorstellungen vom 21. bis 25. September 1998 in der Schweiz über das Verbot hinweg. Ein Verfahren wegen Nichtbeachtung der Verfügung des KGer wurde von der Gerichtskommission Oberrheintal mit Urteil vom 5. Oktober 1999 rechtskräftig abgeschlossen; Y. wurde mit Fr. 5000.-, V. mit Fr. 2000.- gebüsst.

I.2. Parallel zum Verfahren wegen Nichtbeachtung der Verfügung des KGer lief ein Strafverfahren wegen Verletzung des [URG](#) und des [UWG](#); eine entsprechende Strafanzeige/Strafklage war am 23. September 1998 erfolgt.

Mit Entscheid des Einzelrichters des BezGer Oberrheintal vom 8. Oktober 2001 wurde Y. der Verletzung des [URG](#) und des [UWG](#) schuldig erklärt und im Zusatz zum Urteil der Gerichtskommission Oberrheintal vom 5. Oktober 1999 zu einer Busse von Fr. 5000.- verurteilt, wobei der Eintrag der Busse im Strafregister unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr als bedingt löschar erklärt wurde. Auf die Zivilforderungen wurde nicht eingetreten. Die Kosten des Strafverfahrens von Fr. 2800.- wurden Y. auferlegt und dieser wurde auch verpflichtet, die Kläger mit Fr. 3379.70 zu entschädigen.

Der Einzelrichter des BezGer Oberrheintal stellte fest, dass es sich sowohl bei "Slinkyman" als auch bei "Octopus" von Mummenschanz um urheberrechtlich geschützte Körpermasken-Nummern handle. Bei "Human Slinky" von V. handle es sich um eine eigentliche Kopie von "Slinkyman" mit den Gesamteindruck nicht beeinträchtigenden unmassgeblichen Modifikationen. Bei V.'s "Octopussy" könne, lege man ein Schwergewicht des Werkcharakters auf die Aufführung als solche, nicht mehr von einer Kopie gesprochen werden; "Octopussy" sei als Werk zweiter Hand zu qualifizieren. Da aber auch diesbezüglich der Ausschliesslichkeitsanspruch Mummenschanz zustehe, bleibe auch unter diesen Voraussetzungen der Vorwurf der Urheberrechtsverletzung. Da Y. - in Kenntnis des verfügten Aufführungsverbotes - als Zirkusdirektor in den Vorstellungen vom 21./22. September 1998 in Altstätten, vom 23. September 1998 in Sargans und vom 24./25. September 1998 in Lachen die entsprechenden Programmnummern V.'s nicht unterbunden habe, habe sich auch Y. der Urheberrechtsverletzung schuldig gemacht. Zudem sei durch die Verwendung einer Foto von "Human Slinky" - ohne Nennung des aufführenden Künstlers auf dem Flyer (Prospekt) und auf der Titelseite des Programmhefts eine Verwechslungsgefahr im Sinne von [Art. 3 lit. d UWG](#) geschaffen worden, für welche Y. als Organ des Zirkus verantwortlich sei.

**sic! 2003 S. 116, 118**

I.3. Mit Schreiben vom 18. Januar 2002 liess Y. mit den eingangs erwähnten Anträgen Berufung erheben. Die Staatsanwaltschaft und die Kläger beantragen Abweisung der Berufung. Auf die Begründungen und Argumente der Parteien wird - sofern erforderlich - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II.1. Gemäss [Art. 67 Abs. 1 URG](#) wird auf Antrag der in ihren Rechten verletzten Person mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft, wer vorsätzlich und unrechtmässig ein Werk ändert (lit. c), ein Werk zur Schaffung eines Werks zweiter Hand verwendet (lit. d) oder ein Werk direkt oder mit Hilfe irgendwelcher Mittel vorträgt, aufführt, vorführt oder anderswo wahrnehmbar macht (lit. g). Wer eine Tat nach Abs. 1 gewerbsmässig begangen hat, wird von Amtes wegen verfolgt; die Strafe ist Gefängnis und Busse bis zu 100 000 Franken ([Art. 67 Abs. 2 URG](#)).

a) Der Verteidiger bestreitet, dass den Körpermasken (-Nummern) "Slinkyman" und "Octopus" von Mummenschanz Werkcharakter im Sinne von [Art. 2 URG](#) zukomme. Im Wesentlichen macht er geltend, es fehle am Erfordernis der (statistischen) Einmaligkeit, der Individualität: Was Mummenschanz aufführe, entspringe nicht der Phantasie der Strafkörper, sondern sei nachgeahmt und die Ausgestaltung gezwungenermassen simpel; es liege im Bereich des Erwartbaren. Slinky-Figuren seien seit Jahrzehnten in mannigfacher Ausgestaltung bekannt und seien mitnichten von Mummenschanz erfunden worden, wie etwa eine 1945 auf einer Briefmarke abgebildete Figur zeige. Die Octopus-Nummer habe ihr Vorbild in der Natur, und sich wie ein Tier zu verkleiden und sich tierisch-menschlich zu bewegen, sei gemeinfrei. Vorliegend handle es sich um die banalen Anweisungen "Stülpe dir handorgelartige Röhren über und bewege dich wie ein Slinky-Spielzeug" sowie "Verkleide dich zu einem Octopus und bewege dich wie ein solcher". Es verbleibe kein Platz für sehr unterschiedliche, individuelle Vorführungen. So sei das Repertoire an Bewegungen durch die Verkleidung eingeschränkt und relativ klein.

b) Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur oder Kunst, die individuellen Charakter haben ([Art. 2 Abs. 1 URG](#)). Dazu gehören gemäss [Art. 2 Abs. 2 URG](#) insbesondere Werke der bildenden Kunst, insbesondere der Malerei, der Bildhauerei und der Graphik (lit. c) sowie choreographische Werke und Pantomimen (lit. h).

Sowohl die Nummer "Slinkyman" als auch "Octopus" von Mummenschanz basieren auf einer Körpermaske. Der Künstler, welcher in der Körpermaske steckt und als solcher nicht zu erkennen ist, animiert diese, d.h. er verleiht ihr Bewegung und damit "Leben", er nimmt bestimmte Posen ein, und er verschafft der Figur damit mitunter ein überraschendes, neues Aussehen. Obwohl vorliegend in erster Linie die Aufführungen als Gesamteindruck zu qualifizieren sind, ist grundsätzlich auch denkbar, dass sowohl den Körpermasken (bildende Kunst; vgl. dazu auch G. Wild, Die künstlerische Darbietung und ihre Abgrenzung zum urheberrechtlichen Werkschaffen, Fribourg 2001, 93) als auch den Bewegungsabläufen (Choreographien) als solchen bereits Urheberrechtsschutz zukommt.

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass vorliegend die zentrale zu prüfende Voraussetzung zur Bejahung der Werkqualität sei, ob die Nummern einen individuellen Charakter aufweisen; die positiven Voraussetzungen der Geistesschöpfung und der Zugehörigkeit zur Kunst seien ebenso unstrittig wie das negative Kriterium der Wert- und Zweckunabhängigkeit. In der Berufungsschrift

**sic! 2003 S. 116, 119**

wurde dann aber geltend gemacht, "die Zirkusnummer der Strafkörper" sei "nicht eine geistige Schöpfung". Allerdings wurde sogleich als Begründung beigefügt, es fehle an der individuellen, originellen Ausdrucksweise. Die Verteidigung scheint somit die Begriffe der Geistesschöpfung und der Individualität (ungewollt) vermischt zu haben, legte sie doch einerseits das Gutachten von Dr. Adrian Steiner ins Recht, in welchem das Kriterium der Geistesschöpfung "bei allen vier streitgegenständlichen Nummern ... ohne weiteres" als erfüllt erachtet wurde, andererseits wird in der Berufungsschrift gleich im Anschluss an die fraglichen Formulierungen ausgeführt, im Zentrum stehe die Frage nach der Einmaligkeit, also das Erfordernis der Individualität. Nachfolgend wird somit davon ausgegangen, dass einzig das Erfordernis des Vorliegens des "individuellen Charakters" bestritten ist. Am Vorliegen der anderen Kriterien kann im Übrigen auch nicht ernsthaft gezweifelt werden.

c) Für den "individuellen Charakter" finden sich in Lehre und Rechtsprechung unterschiedliche Definitionen. Immerhin ist allgemein anerkannt, dass es im Sinne einer gewissen statistischen Einmaligkeit darauf ankommt, dass ein Werk im Sinne von [Art. 2 Abs. 1 URG](#) Bekanntem nicht so nah ist, dass auch beliebige andere die gleiche Form schaffen könnten, bzw. dass die schöpferische Tätigkeit das Produkt (im Verhältnis zum vorhandenen Spielraum) prägt (D. Barrelet/W. Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, [URG 2 N 8](#)).

Die Vorinstanz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung prägnant zusammengefasst und die Voraussetzungen für den Urheberrechtsschutz wie folgt umschrieben: "Unter den Begriff des Werks im Sinne des [URG](#) fallen konkrete Darstellungen, die nicht bloss Gemeingut enthalten, sondern insgesamt als Ergebnis geistigen Schaffens von individuellem Gepräge oder als Ausdruck einer neuen originellen Idee zu werten sind. Individualität und Originalität sind dabei dann anzunehmen, wenn das Werk den Stempel der Persönlichkeit des Urhebers trägt, unverkennbar charakteristische Züge aufweist und sich von Darstellungen der gleichen Werksgattung deutlich unterscheidet. Daraus fliesst, dass an das Mass der geistigen Leistung, an den Grad der Individualität oder Originalität nicht stets die gleich hohen Anforderungen zu stellen sind. Das vorausgesetzte individuelle Gepräge hängt vielmehr vom Spielraum des Schöpfers ab; wo ihm von der Sache her wenig Spielraum bleibt, wird der Schutz schon bei einem geringen Grad an selbstständiger Tätigkeit gewährt".

Wild schlägt ein vierstufiges Vorgehen mittels eines Indizienkataloges vor, um die den Werkschutz begründende Individualität beurteilen zu können. In einer ersten Gesamtsicht wird nach dem Überraschungseffekt und der durchschlagenden Neuheit einer Schöpfung gefragt. In einer zweiten Phase werden in einer Detailanalyse die einzelnen Gestaltungselemente bewertet. Ausgehend vom Gestaltungsspielraum und unter vergleichendem Bezug anderer Werke wird jeder Bestandteil (Material, Form, Stil, Farbe etc.) auf seine Andersartigkeit, seine Zweckfreiheit, sein Nichtnaheliegen untersucht. Allerdings wird davor gewarnt, die in Frage stehende Schöpfung solange zu zerlegen, bis sie sich nur noch als eine Zusammenfügung gemeinfreier Einzelteile ausnimmt. Vielmehr gilt es immer, in einer Normalbetrachtung ihre Gesamterscheinung zu bewerten. Drittens sind die Reaktionen der Umwelt zu beurteilen: So deuten insbesondere Seltenheit, Exklusivität, Beliebtheit und Erfolg auf die Individualität hin, so wie auch die Art der Präsentation und das

**sic! 2003 S. 116, 120**

Image des Schöpfers als positive Beweisanzeichen zu werten sind. In einem vierten und letzten Schritt werden die verschiedenen Indizien in einer Gesamtschau gegeneinander abgewogen (zu alledem Wild, 91 f.).

Nachfolgend wird - aufbauend auf Wilds Indizienkatalog für die Individualität - der Werkcharakter der Mummenschanz-Nummern "Slinkyman" und "Octopus" beurteilt und im Anschluss hieran, falls einer Nummer Urheberrechtsschutz zukommt, geprüft, ob die entsprechende Aufführung von V. eine Verletzung des Urheberrechts darstellt. Der Einfachheit halber werden beide Schritte zuerst bezüglich der Nummer "Slinkyman" und anschliessend bezüglich "Octopus" durchgeführt.

d) aa) Die "Slinkyman"-Nummer von Mummenschanz überrascht in höchstem Masse insbesondere durch die figürliche Veränderlichkeit der Maske, sowohl was die Proportionen der einzelnen Körperglieder, als auch das Gesamt-Erscheinungsbild ("wo ist denn da der "menschliche Körper", den ich soeben noch gesehen habe?") betrifft. Sie kann (rückblickend) - selbst im Vergleich zu den übrigen "einröhrigen" Slinky-Nummern - als echte Neuheit qualifiziert werden.

bb) Bei der Schaffung einer Körpermaske besteht - einmal abgesehen von der Restriktion, dass sie der Künstler tragen können muss - ein fast unendlich grosser Spielraum. Gerade Mummenschanz haben mit ihren Nummern gezeigt, dass sich mit alltäglichen Gegenständen und damit auch Materialien und Formen neue, verblüffende Masken schaffen lassen. Die "Slinkyman"-Maske wurde aus grossdurchmessrigen, flexiblen Röhren bzw. Schläuchen gefertigt, wie sie etwa aus der Lüftungstechnik bekannt sind. Es wurde also auf bekannte Materialien zurückgegriffen, welche mit ihrem gräulichen Farbton - soweit ersichtlich - in ihrem Rohzustand belassen wurden. Anders als bei den einfachen, einröhrigen, meist auch bunten Slinky-Masken von Mummenschanz, wurden hier mehrere Rohre ähnlich einem Torso mit vier Gliedern zusammengefügt, womit mit dem Künstler im Innern eine menschliche Gestalt entsteht bzw. - je nach Pose entstehen kann. Speziell an der Maske und gerade nicht "menschlich" sind nun aber insbesondere zwei Dinge: Einerseits wurden für die Gliedmassen Röhren mit dem gleichen Durchmesser verwendet wie für den Torso, andererseits verfügt der "Slinkyman" über keinen Kopf. Beides ist nun aber absolut nicht naheliegend. Wenn der Angeklagte geltend macht, es sei keineswegs speziell, nicht überraschend und nicht besonders phantasievoll, "sich handorgelartige Rohre überzustülpen und ulkige Bewegungen auszuführen", so muss dem, was die von Mummenschanz konkret geschaffene Maske betrifft, klar widersprochen werden. Das Geniale und eben auch Individuelle an dieser Nummer liegt gerade darin, dass die Maske sehr rudimentär gehalten wurde und lediglich einen abstrahierten, dem Menschen nur entfernt gleichenden Körper zeigt. Durch den Verzicht auf einen Kopf und die Wahl von einheitlichen Röhrendurchmessern können Posen eingenommen werden, bei welchen das "Oben" und "Unten" sowie unter Umständen auch das "Menschliche" verschwinden. Das Argument, Figuren bzw. Spielzeuge wie der "Slinky Silly Bob" oder "Slinky Silly Alien AI" seien schon lange bekannt, kann schon deshalb nicht gehört werden. Im Gegensatz etwa zu jenen Spielzeugen, deren Arme und Beine man verdrehen, dehnen und stauchen kann, welche aber immer klar als die entsprechende Figur zu erkennen sind, handelt es sich bei der "Slinkyman"-Nummer um eine die

äussere Gestalt ständig verändernde Phantasiemaske, in welcher man je nachdem ein menschenähnliches Wesen,

sic! 2003 S. 116, 121

einen Roboter, ein Spinnentier oder gänzlich neue, keinen bestimmten Objekten zuzuordnende Formen erkennen kann.

cc) Die Reaktionen der Umwelt auf die "Slinkyman"-Nummer waren - unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass die Nummer in der Regel Bestandteil eines ganzen Programms war und damit primär Aussagen über das Programm als solches gemacht werden müssen - äusserst positiv. "Slinkyman" war beliebt und auch erfolgreich. "Slinkyman" spielt im Programm von Mummenschanz schon lange eine bedeutende Rolle und wurde etwa auch von der Presse als charakteristische Nummer der Mummenschanz gesehen, wie die Fotos im Pressespiegel zeigen, und ist auch in den Mummenschanz-Büchern und -Videos immer wieder zu sehen.

dd) Im Rahmen einer Gesamtwürdigung kann festgestellt werden, dass die "Slinkyman"-Nummer trotz der Verwendung von bekannten Materialien insbesondere durch die Abstraktion der Maske die erforderliche Individualität eines Werkes im Sinne von [Art. 2 Abs. 1 URG](#) aufweist. Mummenschanz geniesst somit Urheberrechtsschutz an dieser Nummer.

e) Bei "Human Slinky" von V. kommt mit dem Unterschied der bunten Bemalung, welche bzgl. Gesamteindruck der Maske nicht ins Gewicht fällt, die genau gleiche Körpermaske wie bei "Slinkyman" zum Einsatz. Insofern ist von einer eigentlichen Kopie zu sprechen. Die unberechtigte Verwendung der Maske stellt somit bereits eine Urheberrechtsverletzung dar. Ebenfalls werden was die Choreographie betrifft ganz ähnliche, wenn nicht sogar identische Bewegungsabläufe durchgeführt und Posen eingenommen. Hauptsächliche Unterschiede zur "Slinkyman"-Nummer sind die schnellen, rhythmischen Bewegungen im Vergleich zur doch eher gemächlich wirkenden Mummenschanz-Nummer sowie die Verwendung von entsprechender Begleitmusik. Der entscheidende Gesamteindruck vermittelt aber ein eindeutiges Bild: Die "Human Slinky"-Nummer liegt derart nah bei der "Slinkyman"-Nummer, dass unter Berücksichtigung von Musik und Rhythmus zumindest von einem Werk zweiter Hand ([Art. 67 Abs. 1 lit. d URG](#)) ausgegangen werden muss.

f) Über die "Octopus"-Nummer von Mummenschanz ist äusserst wenig bekannt. Bei den Akten befindet sich lediglich eine sehr kurze Videosequenz (im Beitrag von "Schweiz Aktuell"), eine "Octopus"-Postkarte sowie ein von Abbildungen begleiteter Beitrag zur Entstehung der Maske, wobei sich das aufgrund eines Aktenstücks gewonnene Bild des "Octopus" teilweise recht erheblich von demjenigen eines der andern genannten Aktenstücke unterscheidet. Die Würdigung dieser Akten hat somit mit grosser Zurückhaltung zu erfolgen.

aa) Der erste Eindruck von "Octopus" kommt nicht an jenen von "Slinkyman" heran. Der Überraschungseffekt ist verhaltener. Es ist vor allem das "Durcheinander" der Tentakel, welches anspricht.

bb) Gemäss den Illustrationen besteht die Körpermaske "Octopus" im Wesentlichen aus einer der Körperform des Künstlers entsprechenden Schaumgummihülle sowie fünf langen, sich gegen aussen verjüngenden "Tentakeln" aus Schaumgummi. Diese werden über die Arm- und Beinenden sowie den Kopf gestülpt bzw. mittels von "Slinkyman" her bekannten Flex-Röhren aufgesetzt. Diese "Gelenke" verleihen der Figur zusätzliche Beweglichkeit. Die Verwendung dieser Materialien, vor allem des Schaumgummis, war angesichts der Anforderungen an die Maske (Tentakel im Raum bewegen, kein zu hohes Gewicht) ziemlich naheliegend. Trotz der langen Tentakel, welche wie gesehen an den Extremitäten aufgesetzt werden, ist die menschliche Gestalt des Künstlers im Innern stark formprägend, weshalb ein Vergleich mit einem Tintenfisch insofern hinkt. Von den konkret durchgeführten Bewegungen bzw. den Bewegungsabläufen der "Octopus"-Nummer ist kaum etwas bekannt. Es ist möglich, dass in der Animation eine stärkere Parallele zu realen Tintenfischen erkennbar wird und der "Octopus" ein konkretes Vorbild in der Natur nachahmt. Dies hätte aber nicht zur Folge, dass der "Octopus" überhaupt keinen urheberrechtlichen Schutz geniessen könnte. Denn es ist auch in solchen Fällen zu prüfen, ob das Werk durch die konkrete Ausgestaltung insgesamt den Stempel einer neuen, originellen Idee trägt (vgl. insb. [BGE 110 IV 106](#) betreffend Harlekin-Puppen und [BGE 77 II 380](#) betreffend Mickey-Mouse-Figur).

Die Fotos zeigen den "Octopus" in der Entstehungsphase und somit noch in der Rohform. Dem Text ist zu entnehmen, dass man sich relativ kurz vor der ersten Aufführung entschieden habe, den eigentlichen Körper schwarz und lediglich die Tentakel in Farbe zu halten. In der kurzen Videosequenz sind die Tentakel schwarzweiss bemalt. Auf der Postkarte, bei welcher es sich um einen Schwarzweiss-Druck handelt, scheint der Octopus ebenfalls schwarzweiss - jedenfalls aber mit stark kontrastierenden Farben - bemalt zu sein. Die Farbkombination schwarz/weiss bzw. "dunkel/hell" kommt in der Natur bei Tintenfischen ebenfalls vor.

cc) Die Reaktionen der Umwelt lassen sich höchstens indirekt bestimmen. Wie gesehen fällt auf, dass über die entsprechende Nummer kaum Material vorliegt. In den Büchern beschränken sich die Fotos auf Abbildungen in der Entstehungsphase, ohne das eigentliche Endprodukt. Auf den Mummenschanz-Videos

**sic! 2003 S. 116, 122**

"Mummenschanz 1" sowie "Die Virtuosen der Stille" fehlt die "Octopus"-Nummer gänzlich, wie auch auf der Homepage "[www.mummenschanz.com](http://www.mummenschanz.com)". Der Schluss liegt nahe, dass "Octopus" nie zum Publikumsrenner wurde und selbst von den Erschaffern nicht besonders stark mit ihrer Truppe identifiziert wurde.

dd) Bedingt durch das knappe Anschauungsmaterial gestaltet sich die Gesamtwürdigung bei "Octopus" viel schwieriger als bei "Slinkyman". Ob Mummenschanz mit "Octopus" in einem sehr engen Bereich ein urheberrechtlich geschütztes Werk geschaffen hat, erscheint bei dieser Ausgangslage zweifelhaft; diese Frage kann letztlich aber unbeantwortet bleiben, da selbst bei Bejahung eines urheberrechtlich geschützten Werkes eine Verletzung durch "Octopussy" aufgrund des vorliegenden Materials ohnehin verneint werden müsste (vgl. nachfolgend lit. g).

g) Wie "Octopus" von Mummenschanz ist auch V.s "Octopussy" ein tintenfischähnliches Wesen. Allerdings lassen sich bereits in der Maske einige wesentliche Unterschiede feststellen. Da "Octopussy" nur über vier Tentakel verfügt und der Rumpf des "Octopussy" über den Kopf des Künstlers verlängert wurde, verschwindet der Künstler sozusagen im Kostüm: Die den "Octopus" prägende zentrale menschliche Gestalt - dieser Eindruck entsteht zumindest beim Betrachten der Abbildungen und auch der Videosequenz - fehlt bei "Octopussy". Überhaupt wirkt letztere Maske bei einem Vergleich der Videosequenzen wesentlich harmonischer und natürlicher. Muster und Farbwahl des "Octopussy" sind zwar ähnlich, aber keinesfalls mit "Octopus" identisch. Für "Octopussy" wurden die Farben blau und weiss (vgl. Foto im Programmheft) statt schwarz und weiss gewählt, und die spiralförmige Farbzeichnung ist bei "Octopussy" doppelt geführt (ein breiter und ein schmaler weisser Streifen auf blauem Grund) und stärker ausgeprägt bzw. gedreht. Da nun aber einerseits die Farbkombination schwarz/weiss bzw. hell/dunkel wie gesehen in der Natur bei Tintenfischen tatsächlich vorkommt, andererseits dieses Gestaltungselement dank dem Kontrast allgemein beliebt ist und auch spezielle Lichteffekte ermöglicht, kann Mummenschanz aus dieser Ähnlichkeit allein nichts zu ihren Gunsten ableiten. Kommt hinzu, dass die eigentliche "Octopussy"-Nummer - insofern überhaupt Vergleichsmöglichkeiten bestehen - durch den Einbezug einer Partnerin einen ganz anderen Stellenwert bekommt. Ebenso scheint V. einen echten Tintenfisch nachzuahmen, während bei Mummenschanz die Abstraktion bzw. ein Phantasiewesen im Vordergrund steht. Da die Idee, sich als tintenfischähnliches Wesen zu verkleiden und mit den Tentakeln Bewegungen auszuführen, als solche nicht geschützt ist, sondern nur die konkrete Gestaltung bzw. Ausführung (vgl. etwa BGE 77 II 380), und bei dieser Gestaltung - möchte man sich tatsächlich möglichst an die Form eines Tintenfisches halten - kein grosser Schöpfungsspielraum verbleibt, kann vorliegend aufgrund der konkreten Umstände nicht von einer Urheberrechtsverletzung durch "Octopussy" ausgegangen werden. Denn wo dem Schöpfer von vornherein der Sache nach wenig Raum bleibt, wird der urheberrechtliche Schutz (schon) gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbstständiger Tätigkeit vorliegt (BGE 113 II 196 m.w.H.). Dieser Schutz kann sich dann aber konsequenterweise auch bloss auf diese geringe selbstständige Tätigkeit beziehen, ansonsten dies etwa im vorliegenden Fall den Schutz von Mummenschanz für alle "tentakligen Schaumstoffkostüme" bedeuten würde. Im engen Schutzbereich - dessen Vorhandensein wie vorne angedeutet offen gelassen werden kann - kann nun aber aufgrund des vorliegenden Aktenmaterials nicht von einer Verletzung durch "Octopussy" ausgegangen werden. Somit ist Y. von der Anklage der Verletzung von Urheberrechten betreffend "Octopus"/"Octopussy" freizusprechen.

h) Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass durch die Vorführung von V.s "Human Slinky" die Urheberrechte von Mummenschanz' "Slinkyman" verletzt wurden, während bzgl. "Octopussy" bzw. "Octopus" eine solche Verletzung nicht festgestellt werden kann.

II.3. (recte: II.2., Red.) a) Laut [Art. 71 URG](#) sind für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, durch Beauftragte und dergleichen die Art. 6 und 7 des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes ([VStrR](#); SR 313.0) anwendbar. Demgemäss untersteht der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben, den Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten ([Art. 6 Abs. 2 VStrR](#)). Ist der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene eine juristische Person (...), so wird Absatz 2 auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren angewendet ([Art. 6 Abs. 3 VStrR](#)).

b) Mit dringlicher Verfügung der Präsidentin der III. Zivilkammer des KGer St. Gallen vom 18. September 1998 wurde der Y. Zirkusbetriebsgesellschaft m.b.H. unter Androhung von Busse nach [Art. 208 lit. a ZPO](#) einstweilen verboten, die Programmnummern V. "poetische Metamorphosen" und V. "Octopussy" aufzuführen oder aufführen zu lassen. Mit Verfügung vom 22. September 1998 wurde diese Anordnung

sic! 2003 S. 116, 123

bestätigt bzw. aufrechterhalten. Y. als Zirkusdirektor und damit Organ der Auftraggeberin von V. war somit rechtlich verpflichtet, die Widerhandlung V.s gegen die Urheberrechte von Mummenschanz abzuwenden. Auch wenn zugunsten von Y. davon ausgegangen wird, dass er selbst die Urheberrechte von Mummenschanz durch V. nicht als verletzt erachtete, ändert dies nichts an der Tatbestandsmässigkeit. Indem er V. die entsprechenden Nummern trotz Verbot aufführen liess, die summarische Beurteilung einer gerichtlichen Instanz und damit die ernsthafte Gefahr einer Urheberrechtsverletzung kannte, handelte Y. zumindest eventualvorsätzlich. Ein Rechtsirrtum liegt nicht vor.

c) (Verweise auf das vorinstanzliche Urteil).

d) Der Verteidiger macht geltend, die Vorinstanz habe den Angeklagten in Anwendung von [Art. 67 Abs. 1 lit. c, d und g URG](#) bestraft. Diese Bestimmung bilde aber keine Grundlage für eine Verurteilung von Y. Er habe weder ein Werk geändert, noch ein solches geschaffen. Schliesslich habe er auch nicht ein Werk direkt oder mit Hilfe irgendwelcher Mittel vorgetragen, aufgeführt, vorgeführt oder auf andere Weise wahrnehmbar gemacht. Er sei nicht Vorführender, sondern Organisator gewesen.

Aufgrund des soeben unter lit. a und b Gesagten sind die Strafbestimmungen von [Art. 67 ff. URG](#) sehr wohl auf Y. anwendbar. (Hinweise auf das vorinstanzliche Urteil). Der Vorwurf des Verteidigers ist somit unbegründet.

e) Y. hat sich somit im Fall "Slinkyman" der Urheberrechtsverletzung gemäss [Art. 67 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 71 URG](#) schuldig gemacht.

II.4. (recte: II.3., Red.) Gemäss [Art. 23 UWG](#) wird unter anderem auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bis Fr. 100 000 bestraft, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb begeht, indem er über sich, über seine Waren, Werke oder Leistungen oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht ([Art. 3 lit. b UWG](#)) oder Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen ([Art. 3 lit. d UWG](#)).

a) Die Vorinstanz hat einleitend völlig korrekt festgestellt, dass die vorgeworfene [UWG](#)-Verletzung lediglich die Darstellung bzw. Abbildung der beiden strittigen Nummern im Programmheft ("Y.'s Illustrierte 1998") sowie im Flyer/Prospekt betrifft. Sodann hat sie die Anwendbarkeit von [Art. 3 lit. b UWG](#) im konkreten Fall ausgeschlossen. Dies mit der Begründung, weder im Programmheft noch im Flyer werde positiv auf Mummenschanz oder auf Werke von Mummenschanz hingewiesen. Die Kläger gehen hingegen auch von einer Verletzung von [Art. 3 lit. b UWG](#) aus.

"Angaben" sind sachlich überprüfbare Äusserungen tatsächlicher Natur (vgl. C. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel et al. 2001, UWG 3b N 30). Die Äusserung kann in öffentlichen Ankündigungen, Verkaufsgesprächen, mündlich, schriftlich oder konkludent, in Bild, Ton oder in kombinierter Form erfolgen (Baudenbacher, UWG 3b N 43 mit Hinweisen). Obwohl somit eine Foto bzw. Abbildung grundsätzlich eine Angabe darstellen und in den Anwendungsbereich von [Art. 3 lit. b UWG](#) fallen kann, kommt diese Bestimmung vorliegend nicht zur Anwendung. Bezeichnenderweise hat sich der Grossteil der Rechtsprechung zu dieser Bestimmung mit Werbeslogans oder schriftlichen oder mündlichen Äusserungen zu befassen (vgl. F. Dessemontet (Hg.), [UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung](#), Lausanne 1989, 189 ff.). In einem im weiteren Sinn vergleichbaren Fall hatte das HGer Aargau entschieden, dass eine Angabe nicht darin gesehen werden könne, dass die Form eines Konkurrenzproduktes (Spülkasten) nachgeahmt und damit der Anschein erweckt werde, die Nachahmung bestehe aus demselben Material wie das Original (AGVE 1963 Nr. 9). Die blosser Abbildung von Fotografien von Programmnummern, welche im Fall von "Human Slinky" eine Anlehnung an ein Mummenschanz-Werk darstellt und im Fall von "Octopussy" zumindest eine gewisse Ähnlichkeit aufweist, enthält nicht die sachlich überprüfbare Äusserung, Mummenschanz trete im Programm auf. Hierzu sind die Fotos zu unspezifisch. Demgegenüber drängt sich die Überprüfung der Voraussetzungen von [Art. 3 lit. d UWG](#), die Schaffung von Verwechslungsgefahr, geradezu auf (vgl. hierzu sogleich). Mit der Vorinstanz ist [Art. 3 lit. b UWG](#) also nicht anzuwenden.

b) Insofern die entsprechenden Abbildungen in Verbindung mit dem Namen des aufführenden Künstlers gedruckt wurden, besteht keine konkrete Gefahr, Verwechslungen im Sinne von [Art. 3 lit. d UWG](#) mit Mummenschanz herbeizuführen. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen betreffend die im Innern der Programmzeitschrift abgedruckten Fotos der "Octopussy"- und der "Human Slinky"-Nummer ("episch-poetische Metamorphosen"), unter denen relativ gross der Künstlername "V." angegeben wurde.

c) Demgegenüber fehlen bei den Fotos von "Human Slinky" auf den Titelseiten der Programmzeitschrift und des Flyers sowie bei der Abbildung des "Octopussy" im Innern des Flyers jedwelche Hinweise auf den Interpreten der entsprechenden Nummer. Die Argumentation der Vorinstanz, bezüglich dieser "Octopussy"-Abbildung könne eine Verwechslungsgefahr von Vornherein verneint werden, sei sie doch bloss

sic! 2003 S. 116, 124

eine Abbildung unter vielen, und es bestünden keine ausreichenden Anhaltspunkte, dass der Durchschnittsbetrachter einen Bezug zu "Octopus" von Mummenschanz herstelle, bedarf der Präzisierung. So kann auch eines unter vielen Bildern eine Verwechslungsgefahr hervorrufen, gerade wenn die Bilder wie vorliegend nur in einem losen Zusammenhang stehen, nämlich die einzelnen an sich unabhängigen Nummern eines Zirkusprogramms darstellen, und das einzelne Bild gerade nicht durch die andern Abbildungen relativiert wird. Das Bild im Innern des Flyers könnte in Verbindung mit dem Titelbild ("Human Slinky") den Eindruck, dass Mummenschanz auftrete, gerade noch verstärken. Aufgrund des weiter vorne zur (mangelnden) Bekanntheit von Mummenschanz' "Octopus" Gesagten ist nun allerdings nicht davon auszugehen, dass der Durchschnittsbetrachter des Flyers die Abbildung von V.s "Octopussy" mit Mummenschanz in Verbindung brachte. Somit kann eine Verwechslungsgefahr beim durchschnittlichen Konsumenten bezüglich des "Octopussy" ausgeschlossen werden.

d) Demzufolge stellt sich die Frage einer [UWG-Verletzung](#) nur noch bzgl. der Fotos von V.s "Human Slinky" auf den Titelseiten des Programmhefts und des Flyers. Eine Verwechslungsgefahr gemäss [Art. 3 lit. d UWG](#) ist zu bejahen, wobei zur Begründung im Wesentlichen auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden kann. Zusammenfassend und teilweise in Ergänzung kann gesagt werden, dass es sich bei "Slinkyman" (bzw. "Human Slinky") um eine der Identifikationsnummern von Mummenschanz handelt, dass sich Mummenschanz an einen dem Zirkuspublikum sehr verwandten, teilweise identischen oder zumindest überschneidenden Adressatenkreis richtet, dass Mummenschanz insbesondere im November 1997 - also rund 10 Monate vor dem fraglichen Zeitraum - in der Ostschweizer Presse infolge Stiftungsgründung mit Sitz in St. Gallen sehr präsent war (vgl. "Pressespiegel" mit den entsprechenden Artikeln, welche häufig mit einer Abbildung von "Slinkyman" verbunden sind) und dass Mummenschanz tatsächlich schon einmal - wenn auch im Jahre 1988 auf Zirkustournee war.

Der Verteidiger beruft sich unter Bezugnahme auf Literatur und Rechtsprechung zu Recht darauf, dass für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr das Erinnerungsbild und nicht die unmittelbare Reaktion auf einen direkten Vergleich - des durchschnittlichen Letztabnehmers, in der Regel also des Konsumenten, entscheidend sei. Wenn er aber geltend macht, der durchschnittliche Zirkusbesucher werde "die Körpermasken der Mummenschanz nicht nach 10 Jahren noch derart in Erinnerung gehabt haben, dass eine Verwechslungsgefahr angenommen werden müsse", so geht diese Argumentation fehl. Denn es geht nicht darum, ob ein durchschnittlicher Zirkusbesucher die Y.-Nummer von Mummenschanz aus dem Jahre 1988 in Erinnerung hatte und diese mit dem Foto in Verbindung bringt. Es geht einzig um die Frage, ob beim durchschnittlichen Konsumenten, der mit den fraglichen Unterlagen in Kontakt gelangt, der Eindruck entsteht, Mummenschanz trete im National-Circus Y. auf. Dieser Eindruck konnte insbesondere auch entstehen, wenn man von den Y.-Auftritten von Mummenschanz im Jahre 1988 keinerlei Kenntnis hatte.

e) Herausgeber des Programmhefts ist die Y. Zirkusbetriebsgesellschaft m.b.H., deren Direktor der Angeklagte ist. Auf dem Flyer fehlt die Nennung eines eigentlichen Herausgebers; allerdings ist Y. als Direktor aufgeführt. Gemäss [Art. 26 UWG](#) i.V.m. [Art. 6 Abs. 1 VStrR](#) sind bei einer Widerhandlung gegen das [UWG](#), welche beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person begangen wird, die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar, welche die Tat verübt haben. Als Direktor ist Y. für die Gestaltung von Flyer und Programmheft mitverantwortlich, weshalb die Strafbarkeitsbestimmungen auf ihn anwendbar sind.

f) In subjektiver Hinsicht muss gemäss [Art. 23 UWG](#) Vorsatz gegeben sein, was das Treffen der Massnahmen anbelangt, welche geeignet sind, eine Verwechslung herbeizuführen. Inwiefern vorliegend ein (Eventual-)Vorsatz bereits bei der Gestaltung der Printprodukte bzw. im Vorfeld der Drucklegung gegeben war, kann offen bleiben. Tatsache ist, dass Y. mit der Verfügung vom 18. September 1998 ausdrücklich verboten wurde, die beiden Figuren und Körpermasken zu verwenden, aufzuführen oder aufführen zu lassen, wobei das Verteilen bzw. Aufliegen lassen respektive das Verkaufen von Printprodukten mit Abbildungen dieser Figuren zweifelsfrei ein Verwenden darstellt. Da Y. auf Grund des ihm bekannten Massnahmebegehrens mit dem Vorwurf einer [UWG-Verletzung](#) rechnen musste und er überdies selbst von einer "Ähnlichkeit" der Nummern ausging, hat er zweifelsfrei eine [UWG-Verletzung](#) zumindest in Kauf genommen.

g) (Hinweise auf das vorinstanzliche Urteil betreffend Antragserfordernis).

h) Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich Y. der Verletzung von [Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d und Art. 26 UWG](#) schuldig gemacht hat.

II. 5.(recte: II.4., Red.) a) Die Vorinstanz hat das Vorliegen von Gewerbsmässigkeit aufgrund der geringen Anzahl von zehn Aufführungen (je zwei Aufführungen an fünf Tagen in der Schweiz) verneint.

**sic! 2003 S. 116, 125**

Ebenfalls ging sie betreffend der einzelnen Aufführungen von einem einmaligen, einheitlichen Willensentschluss aus. Dem ist zuzustimmen.

b) (...)

c) (Hinweise auf das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Strafzumessungskriterien). Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass bezüglich der Anklage der Verletzung des Urheberrechtsgesetzes betreffend "Octopus"/"Octopussy" ein Freispruch erfolgt, erscheint eine Busse von Fr. 3000.-, bedingt löschar nach einer Probezeit von einem Jahr für angemessen.

(...)

Go

Anmerkung:

Das Urheberrecht scheint besonders anfällig zu sein dafür, dass Lehre und Rechtsprechung zur Vereinfachung der sich stellenden Rechtsfragen sprachliche Formeln kreieren, die im Rahmen der Rechtsanwendung fast gebetsmühlenartig beigezogen werden. Solche Merkformeln halten sich im Rahmen der Rechtsanwendung hartnäckig, auch wenn sie - und das zeigt ihre spezielle Heimtücke - nicht (mehr) den aktuellen Stand der Erkenntnis wiedergeben. Der oben stehende Entscheid bildet in dieser Hinsicht keine Ausnahme; es finden sich wenigstens zwei solche Formeln:

-- Die Aussage, dass die Voraussetzungen für die Erlangung urheberrechtlichen Schutzes bei geringer Gestaltungsfreiheit herabgesetzt werden dürfen (E. II.1.c), findet im Gesetz keine Stütze und vermag auch materiell nicht zu überzeugen - wenigstens solange diese Forderung alleine steht und nicht auch der Schutzzumfang eines solchen Werkes entsprechend eingeschränkt wird. Es darf hierzu auf die Anmerkung von R.M. Hilty zum Entscheid "Hobby-Kalender" ([sic! 1/2003, 29 ff.](#)) verwiesen werden.

-- Die Floskel, wonach die Persönlichkeit des Schöpfers im geschaffenen Werk zum Ausdruck kommen muss, damit urheberrechtlicher Schutz gewährt wird (E. II.1.c), sollte nicht mehr gebraucht werden. Die Botschaft zur Revision des [URG](#) (BBl 1989 III 507) lässt für die Anwendung dieser Formel keinen Raum. Das Bundesgericht scheint dieser Vorgabe folgen zu wollen und verzichtet auf die Forderung nach dem Ausdruck der Persönlichkeit des Urhebers im Werk ([sic! 2001, 730](#), "Vaca Lechera"). In der Lehre wird schon seit längerer Zeit (vgl. insbes. I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne 1985, 131 ff., m.w.H) und immer wieder (vgl. neulich W. Stieger, *Urheberrecht: Bald ein "gewöhnliches" Schutzrecht?*, in: R.M. Hilty/M. Berger (Hg.), *Urheberrecht am Scheideweg?*, Bern 2002, 25 ff. m.w.H.) dargetan, dass die Formel ausgedient hat. Tatsächlich erkennt man in einem Werk nicht die Persönlichkeit des Autors wieder; allenfalls kann ein Werk durch einen Stil geprägt sein, ein solcher findet aber bekanntlich keinen urheberrechtlichen Schutz. Würde demgegenüber mit dem Kriterium des Ausdrucks der Persönlichkeit ernst gemacht, fänden wegen den überspannten Schutzvoraussetzungen gewisse Werke keinen urheberrechtlichen Schutz mehr - beispielsweise geographische Karten, obwohl sie in Art. 2 RBÜ sowie in [Art. 2 URG](#) als Beispiele von geschützten Werken namentlich genannt werden.

Schliesslich erliegt das Gericht einer Versuchung, die zwar nahe liegend ist, was aber nicht heisst, dass sie dadurch richtiger wird. Wie beliebt oder erfolgreich ein mutmassliches Werk nach seiner Schöpfung ist (E. II.1.c; II.1.d.cc), darf keinen Einfluss darauf haben, ob die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen erfüllt sind. Das Vorliegen der Schutzvoraussetzungen ist vielmehr ausschliesslich bezogen auf den Zeitpunkt der Schöpfung zu beurteilen. Anderes würde letztlich den Wert, der einem mutmasslichen Werk von der Allgemeinheit beigezogen wird, in die Beurteilung der Schutzfähigkeit einbeziehen, ein Kriterium, das weder bei der Feststellung der Individualität noch der Originalität etwas verloren hat. Urheberrechtlicher Schutz würde sonst an die erfolgreiche Vermarktung eines mutmasslichen Werkes geknüpft, was, wenn wirklich geschickt gehandhabt, auch das ursprüngliche Fehlen von Schutzvoraussetzungen zu heilen vermöchte. Das Gericht stützt seine Aussage auf eine Fundstelle bei G. Wild (*Die künstlerische Darbietung und ihre Abgrenzung zum urheberrechtlichen Werkschaffen*, Freiburg 2001, 92): Im Rahmen eines dort neu vorgeschlagenen vierstufigen Tests - der ohne weitere Diskussion vom Gericht übernommen und an die Stelle der tradierten Erkenntnisse gesetzt wird - sind Erfolg und Beliebtheit als "soziologische Indizien" erwähnt, die auf Individualität "deuten". Der zitierte Autor hält allerdings selbst ein paar Seiten weiter vorne (85 ff.) ausdrücklich fest, dass Zweck und Wert eines Werkes bei der Beurteilung der Schutzvoraussetzungen keine Rolle spielen. Damit widerspricht er sich in einem gewissen Ausmasse selber. Der Widerspruch wird aufgelöst, wenn auf den Bezug von Kriterien wie Wert, Erfolg und Beliebtheit eines Werkes im Rahmen der Schutzvoraussetzungen verzichtet wird. Nur auf diese Weise wird eine Rechtsanwendung contra legem verhindert: [Art. 2 URG](#) hält ausdrücklich fest, dass eine geistige Schöpfung, die individuellen Charakter hat, eben gerade "unabhängig von ihrem Wert oder Zweck" geschützt ist.

Ivan Cherpillod/Mathis Berger