

Dokument	sic! 2010 S. 889
Autor	Florent Thouvenin
Titel	"Love", Obergericht Zürich vom 7. Juli 2009 - Urheberrechtliche Schutzfähigkeit des Werkes "Love" und dessen Verletzung durch Verwendung auf Uhren
Seiten	889-900
Publikation	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
Herausgeber	Mathis Berger, Jürg Borer, Pranvera Këllezi, Anne-Virginie La Spada, Roland Mathys, Peter Georg Picht, Cyrill P. Rigamonti, Florent Thouvenin, Jacques de Werra, Gregor Wild
Frühere Herausgeber	Marc Amstutz, Ivan Cherpillod, Reto M. Hilty, Michel Jaccard, Eugen Marbach, Jürg Müller, Michael Ritscher, Werner Stieger, Rolf H. Weber
ISSN	1422-2019
Verlag	Helbing Lichtenhahn Verlag

## "Love", Obergericht Zürich vom 7. Juli 2009 Urheberrechtliche Schutzfähigkeit des Werkes "Love" und dessen Verletzung durch Verwendung auf Uhren (ZH)

Mit Anmerkung von Dr. Florent Thouvenin, Rechtsanwalt, Zürich/St. Gallen

### **Urheberrecht.**

#### **Allgemeines Urheberrecht.**

**URG 2.** Zur Feststellung der Individualität einer schöpferischen Leistung ist die Gesamterscheinung massgebend. Bei dieser Beurteilung kann auch auf das Kriterium der statistischen Einmaligkeit zurückgegriffen werden; dieses kann aber nicht allein ausschlaggebend sein (E. IV/1.1).

**URG 3 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1.** Eine freie Benützung liegt vor, wenn das urheberrechtlich geschützte Werk lediglich als Vorlage und zur Inspiration dient, sein individueller Charakter im neuen Werk aber derart verändert wird, dass er nicht mehr erkennbar ist. Eine freie Benützung kann auch vorliegen, wenn das ältere Werk im neuen erkennbar bleibt, aber ein so grosser innerer Abstand des neuen Werkes besteht, dass es seinem Wesen nach als selbständig anzusehen ist, wobei eine massgebliche eigenschöpferische Leistung des zweiten Urhebers vorliegt. Dies ist bei blosser Weglassung eines einzigen Charakteristikums und dessen Ersatz durch ein gemeinfreies, alltägliches Symbol nicht der Fall (E. IV/2.1, 2.3).

**URG 3 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1.** Für die Abgrenzung der freien von der unfreien Benützung ist grundsätzlich der Gesamteindruck massgeblich, der sich bei einem Vergleich derjenigen objektiven Merkmale einstellt, welche die schöpferischen Eigentümlichkeiten der beiden Werke bestimmen. Dabei ist ein strenger Massstab anzulegen und die Einschätzung hat vom Standpunkt eines Betrachters zu erfolgen, der auch die Vorlage des neuen Werkes kennt (E. IV/2.1).

**URG 3 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1.** Unabhängige Doppel- oder Parallelschöpfungen von urheberrechtlich geschützten Werken sind jedenfalls dann zu verneinen, wenn eine Vielfalt alternativer Gestaltungsmittel zur Verfügung steht (E. IV/3).

**URG 10, 11, 62 Abs. 2; OR 41, 423.** Die Frage, ob eine bewusste oder unbewusste Übernahme werkspezifischer Merkmale vorliegt, spielt für die objektive Verletzung des Urheberrechtes keine Rolle; subjektive Momente sind aber für die Geltendmachung finanzieller Ansprüche von Bedeutung (E. IV/3).

**URG 62 Abs. 2; OR 41, 64, 423; ZGB 8.** Die für die Gewinnherausgabe nach Art. 423 OR erforderliche Bösgläubigkeit ist Ausdruck einer persönlichen Vorwerfbarkeit, weshalb das erforderliche Wissen individuell vorhanden sein muss. Zum Nachweis der Bösgläubigkeit muss man sich allenfalls des Beweises äusserer Indizien behelfen, die Rückschlüsse auf innere Tatsachen zulassen. Auch solche Indizien müssen aber die konkrete Situation bzw. Person betreffen; allgemeine Annahmen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung genügen nicht. Sind Beweismittel vorhanden, die annähernd einen direkten Beweis erlauben, so kann der Beweis nicht mit Vermutungen erbracht werden und es kann auch nicht eine Umkehr der Beweislast Platz greifen (E. V/3.1-3.3).

**URG 62 Abs. 2; OR 62, 423.** Der Bereicherungsanspruch nach Art. 62 OR erfasst nur die Ersparnisse, die der Bereicherte durch seinen Eingriff erzielt hat, nicht jedoch darüber hinausgehende Vorteile kraft eigener Leistung, namentlich den erzielten Gewinn. Ein Gewinnherausgabeanspruch besteht nur gestützt auf Art. 423 OR (E. V/3.5).

**URG 62 Abs. 2; OR 423.** Der Gewinnherausgabeanspruch gemäss Art. 423 OR besteht ab dem Wegfall der Gutgläubigkeit und erfasst den Nettogewinn, der sich aus dem Bruttoverkaufserlös abzüglich der Selbstkosten berechnet. Zu den Selbstkosten zählen die auf die verletzenden Produkte entfallenden Produktionskosten sowie die produktbezogenen Verwaltungs-, Vertriebs- und Gemeinkosten (E. V/3.4, 4).

*Droit d'auteur.*

Droit d'auteur en général.

**LDA 2.** Pour constater l'individualité d'une création, l'apparence générale est déterminante. On peut recourir au critère de l'unicité statistique, mais il n'est pas décisif à lui seul (consid. IV/1.1).

**LDA 3 al. 1, art. 11 al. 1.** L'utilisation est libre lorsque l'œuvre protégée par le droit d'auteur ne sert que de point de départ et de source d'inspiration et que son caractère individuel est à ce point modifié qu'il n'est plus reconnaissable. Il y a également libre utilisation lorsque la première œuvre est certes reconnaissable dans la nouvelle création, mais que celle-ci s'en distancie tellement qu'elle doit être considérée comme une création indépendante dans son essence même, en ce sens qu'elle est alors une création propre à son auteur. La simple suppression d'une seule caractéristique et son remplacement par un symbole courant appartenant au domaine public ne remplit pas ces conditions (consid. IV/2.1, 2.3).

**LDA 3 al. 1, art. 11 al. 1.** L'impression d'ensemble est déterminante pour juger si une utilisation est libre ou non. Elle se base sur une comparaison des éléments objectifs dont résultent les aspects créatifs de chacune des œuvres. A cet égard, les critères doivent être rigoureux et l'appréciation doit être faite du point de vue d'un spectateur connaissant également le modèle sur lequel s'est fondée l'œuvre la plus récente (consid. IV/2.1).

**LDA 3 al. 1, art. 11 al. 1.** Il n'y a pas lieu d'admettre l'existence de créations parallèles d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans les cas où il existe de multiples moyens alternatifs d'expression (consid. IV/3).

**LDA 10, 11, 62 al. 2; CO 41, 423.** Le point de savoir si des caractéristiques propres à une œuvre ont été reprises de manière consciente ou non n'est pas décisif pour admettre une violation objective du droit d'auteur; les éléments subjectifs ont en revanche leur importance concernant les prétentions financières (consid. IV/3).

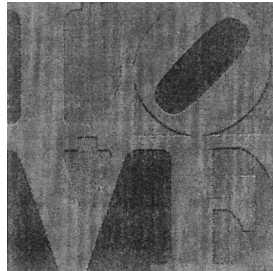
**LDA 62 al. 2; CO 41, 64, 423; CC 8.** La restitution du gain selon l'art. 423 CO suppose la mauvaise foi, laquelle est l'expression d'un comportement personnel répréhensible, raison pour laquelle elle suppose la conscience de l'acte. La preuve de la mauvaise foi nécessite parfois que l'on se fonde sur des indices extérieurs dont l'on peut déduire l'existence d'une volonté interne. De tels indices doivent cependant se rapporter à la situation concrète ou à la personne en cause; de vagues hypothèses basées sur l'expérience générale de la vie ne suffisent pas. Lorsqu'une preuve directe est possible, on ne peut se fonder sur des présomptions ni vouloir renverser le fardeau de la preuve (consid. V/3.1-3.3).

**LDA 62 al. 2; CO 62, 423.** Le droit à la restitution de l'enrichissement illégitime selon l'art. 62 CO ne comprend que les économies réalisées par l'intervention de celui qui s'est enrichi, mais non les avantages supplémentaires dus à ses mérites, en particulier le gain réalisé. Un droit à la délivrance du gain ne peut se baser que sur l'art. 423 CO (consid. V/3.5).

**LDA 62 al. 2; CO 423. Le droit à la délivrance du gain selon l'art. 423 CO prend naissance dès la disparition de la bonne foi et porte sur le gain net résultant du produit brut des ventes sous déduction des frais. Ces frais comprennent les coûts de production des produits litigieux, de même que les frais de gestion et de distribution ainsi que les frais généraux qui s'y rapportent (consid. V/3.4, 4).**

sic! 2010 S. 889

Der amerikanische Künstler Robert Indiana schuf 1966 das Werk "Love", zunächst als zweidimensionales Werk (siehe Abbildung unten) und später als dreidimensionales Objekt.



Abbildung

Dieses Werk hat verschiedene Ausführungen erfahren (als dreidimensionales Objekt und als zweidimensionales Bild in drei verschiedenen Farbkombinationen) und gilt als das bekannteste Werk des Künstlers. Das Bild wurde in namhaften Museen ausgestellt, einschliesslich des Museum of Modern Art in New York. Das dreidimensionale Objekt ist in mehreren Städten auf der ganzen Welt auf frei zugänglichen Plätzen aufgestellt. Auf diesen Werken wird der Schriftzug des Wortes "love" in Grossbuchstaben auf zwei übereinander angeordneten Linien mit jeweils zwei Buchstaben wiedergegeben; die Buchstaben L, V und E sind rechtwinklig angeordnet, der Buchstabe O hingegen in einem schrägen Winkel zur horizontalen Grundlinie.

Die Beklagte stellt Schmuck und hochwertige Schmuckuhren her, die sie weltweit vertreibt. Die Zifferblätter der im Jahre 2004 gestalteten Uhrenkollektion erinnern an das Werk "Love" von Indiana.

Robert Indiana sah durch diese Uhrenkollektion sein Urheberrecht verletzt und liess seine Rechte aus dieser Verletzung durch die ProLitteris einklagen.

#### Aus den Erwägungen:

#### IV. Urheberrecht

##### 1.(...)

1.1. Darstellungen der bildenden Kunst sind urheberrechtlich geschützte Werke, wenn sie äusserer Ausdruck einer bewussten geistigen Schöpfung sind und individuellen Charakter aufweisen. Zur Feststellung der Individualität einer schöpferischen Leistung ist die Gesamterscheinung massgebend. Es kann bei der Beurteilung allenfalls auch auf das Kriterium der statistischen Einmaligkeit zurückgegriffen werden bzw. auf die Wahrscheinlichkeit, dass ein Werk in der genau gleichen Form bisher nicht existiert und auch in Zukunft von einem anderen Urheber voraussichtlich nicht gleich geschaffen wird. Dieses Kriterium kann aber nicht allein ausschlaggebend sein. Es ist stets im Auge zu behalten, dass die Natur eines Werkes unter Umständen nur wenig Platz für eine persönliche Auswahl an Gestaltungsmöglichkeiten lässt und diesfalls der urheberrechtliche Schutz auch bei einem bloss geringen Grad selbständiger Tätigkeit gewährt werden kann. Im Bereich der minimalen Gegenwartskunst kann es u.U. genügen, dass nicht das Objekt selber, sondern die gewollte Art von dessen Präsentation Ausdruck der geforderten

sic! 2010 S. 889, 890

Individualität ist (I. Cherpillod, Stämpfli Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz, Bern 2006, [URG 2](#) N 9 ff.; R. von Büren/M. Meer, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, 70 ff.; D. Barrelet/W. Egloff, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., Bern 2008, [URG 2](#) N 8 ff.). Druckschriften können in der Regel keinen individuellen urheberrechtlichen Schutz beanspruchen, es sei denn, einzelne Buchstaben oder Schriftzüge wiesen eine besondere grafische Gestaltung auf (von Büren/Meer, 101 f.).

1.2. Das hier in Frage stehende Werk von Robert Indiana stellt das Wort "love" auf einem Bild bzw. in dreidimensionaler Form einer Buchstaben-Skulptur dar. Ursprünglich mit weissen Buchstaben auf schwarzem Hintergrund gemalt, ging der Künstler später zur dreifarbigigen Gestaltung über, indem die Buchstaben in einer ersten Farbe und die Zwischenräume zwischen den Schriftbalken in zwei weiteren

Farben gehalten sind. Es werden stets starke, unter sich kontrastreiche Farben verwendet. Die dreidimensionalen Buchstabenskulpturen sind - in starken Farben - zweifarbig. Die Buchstaben sind in der bekannten Schriftart "Clarendon" ausgeführt, mit einer starken Betonung der Serifen. Das Wort wird in Grossbuchstaben auf zwei Zeilen zu je zwei Buchstaben angeordnet; in der oberen Zeile erscheinen das L und das O, in der unteren Zeile das V und das E. Während die Buchstaben L, V und E rechteckig stehen, verläuft das O in einem 45°-Winkel diagonal von unten links nach oben rechts. Die Teilung des Wortes folgt den deutschen Trennungsregeln, ohne dass aber ein Trennstrich vorhanden ist. Zwischen den Buchstaben innerhalb der jeweiligen Zeile und zwischen der oberen und der unteren Buchstabenzeile besteht kein Abstand; die jeweiligen Buchstaben und Serifen verschmelzen an ihren Rändern miteinander. Der Anordnung der Buchstaben entsprechend ist das Bild bzw. der äussere Umriss der Skulptur rechteckig. Bei den zweidimensionalen Bildern reichen die Buchstaben jeweils bis zum Rand des Bildes, erscheinen teilweise sogar leicht "angeschnitten" und füllen die gesamte Fläche vollständig aus. Durch die Vereinnahmung der gesamten Bildfläche und die miteinander verschmolzenen Buchstaben entsteht eine raumfüllende Gliederung und Segmentierung der gesamten Bildfläche. Die Buchstabenbalken erscheinen gleichzeitig auch als Flächenelement und die Zwischenräume bekommen ebenfalls eine jeweils selbständige formale Bedeutung als flächengliedernde Elemente. Als Beispiel dafür kann auf die Form eines nach unten weisenden Pfeils verwiesen werden, der durch die nahtlose vertikale Zusammenfügung der Buchstaben L und V entsteht. Der flächengliedernde Effekt wird bei den dreifarbigem Bildern durch die unterschiedliche Farbgebung noch zusätzlich betont, indem für die Zwischenräume zwei verschiedene Farben gewählt werden. Durch die Beanspruchung der gesamten Bildfläche und durch den Verzicht auf jegliche weiteren Darstellungselemente konzentriert sich der Blick des Betrachters automatisch auf das Wort "love" und dessen Sinngehalt.

1.3. Die - hier wesentlichen - zweidimensionalen Bilder von Robert Indiana vermitteln den Gesamteindruck einer in unterschiedliche Teilflächen mit unterschiedlichen Formen segmentierten und gestalteten Bildfläche. Dies gilt in gleicher Weise für die zweifarbigem wie die dreifarbigem Bilder. Die Buchstaben des Wortes "love" sind als solche zwar noch gut erkennbar und das Wort als Ganzes sofort erfassbar und lesbar: Auch gehören das Wort "love" und die verwendete Druckschrift "Clarendon" grundsätzlich dem gemeinfreien Kulturgut an. Der Gesamteindruck

**sic! 2010 S. 889, 891**

des Werkes geht aber klar über eine bloss drucktechnische Wiedergabe des Wortes im Schrifttypus "Clarendon" hinaus. Die konkrete Art der Darstellung im Werk von Robert Indiana erscheint vielmehr als individuelle, schöpferische Leistung. Denn im Bereich der bildenden Kunst sind mannigfache Arten der Darstellung und Ausgestaltung eines Wortes und dessen Symbolgehaltes denkbar, sei dies ausschliesslich in Form von Buchstaben, die auf einer Fläche sehr unterschiedlich angeordnet, gruppiert und ausgestaltet und in ihren Dimensionen variiert werden können, oder sei dies allenfalls in Verbindung mit zusätzlichen Gestaltungselementen oder gegenständlichen Darstellungen. Verstärkt wird die Individualität der Darstellung noch durch das schräg gestellte O und den dadurch bewirkten Diagonaleffekt bei den Teilflächen, ohne dass sich aber die schöpferische Leistung ausschliesslich auf dieses Element reduzieren liesse. Dasselbe gilt für die kontrastreiche Farbgebung bei den dreifarbigem Bildern. Diese hebt wohl die einzelnen Teilflächen zwischen den Buchstabenbalken zusätzlich hervor und schafft weitere Differenzierungen und Parallelen unter den Teilflächen; der individuelle und schöpferische Inhalt des Werkes liegt aber nicht einzig darin.

Zusammengefasst kommt dem Werk "Love" von Robert Indiana daher urheberrechtlicher Werkcharakter zu, sowohl in seiner schwarz-weissen wie auch in seiner dreifarbigem Ausgestaltung.

2. Stellt das Werk "Love" von Robert Indiana ein urheberrechtlich geschütztes Werk dar, ist weiter zu prüfen, ob die Beklagte auf ihren Uhrenzifferblättern dieses - zeitlich frühere - Werk nachgeahmt bzw. in veränderter Form übernommen hat. Als Beispiel sei hier das Zifferblatt des Modells G. wiedergegeben. Die Zifferblätter der weiteren Modelle unterscheiden sich davon nur hinsichtlich Farbgebung, verwendeter Materialien und allenfalls rechteckiger Grundform:



Abbildung

2.1. Der Urheber eines geschützten Werkes kann grundsätzlich jede Nachahmung oder Veränderung seines Werkes verbieten. Werden neue geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter unter Verwendung bestehender Werke so geschaffen, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen und geschützten Charakter im neuen Werk erkennbar bleiben, sind sie abgeleitete Werke oder Werke zweiter Hand ([Art. 3 Abs. 1 URG](#)). Unabhängig davon, ob das abgeleitete Werk selbständigen urheberrechtlichen Schutz beanspruchen kann, bedarf auch die Schaffung eines Werkes zweiter Hand der Einwilligung des Urhebers der Vorlage ([Art. 11 Abs. 1 URG](#)). Als Werke zweiter Hand gelten Übersetzungen, inhaltliche Bearbeitungen und Modernisierungen oder die inhaltliche Übertragung eines Werkes in eine andere äussere Erscheinungs- oder Ausdrucksform. In ihnen sind die charakteristischen Elemente des ursprünglichen Werkes noch immer enthalten. Von der Bearbeitung eines geschützten Werkes bzw. eines Werkes zweiter Hand zu unterscheiden ist die freie Benützung. Bei Letzterer dient das urheberrechtlich geschützte Werk allenfalls als Vorlage und zur Inspiration, sein individueller Charakter ist im neuen Werk aber derart verändert, dass er nicht

**sic! 2010 S. 889, 892**

mehr erkennbar ist. Ein solches Werk verletzt das Urheberrecht an der Vorlage grundsätzlich nicht (Cherpillod, [URG 3 N 1 ff.](#) und [URG 11 N 6](#); von Büren/Meer, 135 f.; Barrelet/Egloff, [URG 3 N 5](#)).

In der Lehre und Rechtsprechung Deutschlands, wo die Frage der freien Benützung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren hat, werden als massgebliches Unterscheidungskriterium zwischen - zustimmungsbedürftiger - Bearbeitung und freier Benützung etwa genannt das Verblässen der dem geschützten älteren Werk entnommenen individuellen Züge verglichen mit der Eigenart des neu geschaffenen Werkes, wobei der Grad der Individualität des benutzten wie des neu geschaffenen Werkes zu berücksichtigen ist: Je ausgeprägter die Individualität des älteren Werkes ist, desto weniger wird es gegenüber dem neu geschaffenen Werk verblässen, und je stärker die Individualität des neuen Werkes ist, desto eher wird das alte Werk verblässen. Dabei ist allerdings auch der für eine Neugestaltung überhaupt zur Verfügung stehende Spielraum zu beachten; je geringer dieser Spielraum ist, desto geringer sind die Anforderungen an eine - zulässige - freie Neugestaltung. Eine freie Benützung kann sodann auch trotz Erkennbarkeit des älteren Werkes im neuen vorliegen, wenn ein so grosser innerer Abstand des neuen Werkes besteht, dass es seinem Wesen nach als selbständig anzusehen ist, wenn eine massgebliche eigenschöpferische Leistung des zweiten Urhebers vorliegt. Bei einer weitgehenden Übernahme von Formgestaltungen darf allerdings nur eine gleichzeitige und ausdrückliche Auseinandersetzung des neuen Werkes mit dem alten als ausreichend grosser, innerer Abstand genügen. Dies kann im Bereich der bildenden Kunst beispielsweise bei Collagen und Montagen vorkommen, wo Ausschnitte bestehender Werke für ein neues verwendet werden; eine freie Benützung fällt dabei aber nur in Betracht, wenn das neue Werk nicht durch die individuellen Züge dieser Ausschnitte bestimmt wird. Massgeblich für die Abgrenzung der freien von der unfreien Benützung ist grundsätzlich der Gesamteindruck, der sich bei einem Vergleich derjenigen objektiven Merkmale einstellt, welche die schöpferischen Eigentümlichkeiten der beiden Werke bestimmen. Dabei werden die Anlegung eines strengen Massstabes und die Einschätzung vom Standpunkt eines Betrachters aus postuliert, der auch die Vorlage des neuen Werkes kennt (U. Loewenheim, in: G. Schricker (Hg.), Kommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2006, UrhG 24 N 10 ff.; G. Schulze, in: T. Dreier/G. Schulze (Hg.), Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008, UrhG 24 N 8 f., 11 ff., 31 f.).

2.2. Vergleicht man die beanstandeten Zifferblätter der Uhren der Beklagten mit dem Bild "Love" von Robert Indiana, so sticht zunächst die vollständige Analogie in der räumlichen Anordnung sowie in der grafischen und flächenmässigen Ausgestaltung der Grossbuchstaben L, V und E und das Wechselspiel von Buchstabenfläche und Hintergrund ins Auge. Die Buchstaben sind in derselben Art und Weise miteinander

verschmolzen; sie haben dieselbe Dimension im Verhältnis zur Gesamtfläche; die Buchstaben greifen bis zum Rand des Zifferblattes aus; es besteht dieselbe flächengliedernde Segmentierung des Gesamtbildes durch die Balken der einzelnen Buchstaben. Kleine Abweichungen ergeben sich daraus, dass die Zifferblätter eine leicht veränderte rechteckige und teilweise auch quadratische Grundform aufweisen und stets in zwei Farben oder zwei verschiedenfarbigen Materialien gehalten sind; bei einem Modell sind Schrift und Hintergrund sogar nur einfarbig

#### **sic! 2010 S. 889, 893**

gehalten und die Buchstabenkonturen dafür in schwarzen Linien ausgeführt; bei einem weiteren Modell besteht eine Kombination von zwei Farben und schwarzen Buchstabenkonturen. Diese Abweichungen sind für den Gesamteindruck jedoch nicht von Bedeutung.

Eine deutliche Abweichung vom Werk "Love" besteht hingegen darin, dass im rechten oberen Bildfeld der Zifferblätter das in einem 45°-Winkel schräg gestellte O fehlt und sich an dessen Stelle ein rotes Herz befindet, dessen Vertikalachse in einem 45°-Winkel zur rechteckigen Anordnung der Buchstaben steht. Dabei füllt das Herz das Feld nicht bis zum Rande des Zifferblattes aus; insbesondere bei den rechteckigen Modellen verbleibt eine grössere Hintergrundfläche in der oberen Ecke. Es fragt sich daher, ob darin eine wesentliche Abweichung im Gesamteindruck zwischen den beiden Werken besteht.

2.3. Dies ist zu verneinen. Wie bereits vorstehend ausgeführt (E. 1.3) macht nicht allein das schräg gestellte O die schöpferische Leistung des Werkes "Love" aus, sondern auch die ganze Flächengestaltung. Und diese Gestaltung dominiert auch die beanstandeten Zifferblätter der Beklagten. Allein das Ersetzen des O durch ein Herz vermag den Gesamteindruck der gleichartigen formalen Gestaltung der Buchstaben und ihrer räumlichen Anordnung nicht wesentlich zu beeinträchtigen. Kommt dazu, dass das rote Herz grundsätzlich eine banale Form des Gemeingutes ist, insbesondere auch seine Verbindung mit dem Wort Liebe. In der alltäglichen Trivialkunst und Gebrauchsgrafik wird es häufig verwendet; oftmals ersetzt dabei das rote Herz als grafisches Symbol und Synonym sogar ganz das Wort Liebe/love/like innerhalb eines gedruckten Satzes, oder es wird eben anstelle des O ins Wort "love" eingesetzt. Zwar verwendet die Beklagte in vielen ihrer Uhren- und Schmuckkreationen die Form des - roten - Herzens und es kann als für ihre Kreationen typisch bezeichnet werden. Das ändert aber nichts daran, dass es sich dabei um ein formales Gemeingut handelt und es keine Einmaligkeit im Sinne einer schöpferischen Leistung beanspruchen kann, schon gar nicht für Schmuck, der häufig als Ausdruck einer grossen persönlichen Zuneigung verschenkt wird. Gesamthaft gesehen unterscheiden sich die beanstandeten Zifferblätter vom Werk "Love" praktisch nur durch den Ersatz des schräg gestellten O durch ein nahe liegendes Symbol aus dem alltäglichen Gemeingut. Durch diese Veränderung verblasst das zu drei Vierteln in seiner individuellen Charakteristik noch immer aufscheinende Werk "Love" nicht und ist als solches noch immer klar erkennbar. Sodann schafft das Weglassen eines einzigen Charakteristikums und dessen Ersatz durch ein gemeinfreies, alltägliches Symbol keinen wesentlichen inneren Abstand zur Vorlage. Es könnte überdies für sich allein auch der Bearbeitung nicht das nötige eigenständige und individuelle Gepräge verleihen, damit es seinerseits als urheberrechtlich schützbare Werk anerkannt werden könnte. Wie die anderen Uhrenkreationen der Beklagten zeigen, lassen sich auf einem Zifferblatt die Worte und Symbole für Liebe in mannigfacher Weise darstellen. Sei es, dass auf dem Zifferblatt nur das rote Herz zusammen mit einer Amorfigur oder zusammen mit Zahlen und/oder Zahlwörtern abgebildet ist. Oder sei es, dass die Wörter "I love you" bzw. "love you" kreisförmig ein achteckiges Zifferblatt ausfüllen oder auf einem geschwungenen Band auf rechteckigem Grund angeordnet sind. Oder sei es, dass Uhr und Zifferblatt die Form eines Kreuzes aufweisen und bei jedem Balkenende des Kreuzes das Wort Liebe in einer von vier Sprachen steht.

#### **sic! 2010 S. 889, 894**

Der naturgegebene Spielraum für die Gestaltung eines Zifferblattes in Verbindung mit dem Wort Liebe und/oder entsprechenden Symbolen ist damit sehr gross und es kann und muss daher im Sinne der vorzitierten Lehre zum inneren Abstand eine deutlichere Abgrenzung zur Vorlage gefordert werden, selbst wenn die Vorlage nur mit wenigen Gestaltungsmitteln auskommt und einzelne Gestaltungselemente ihre Grundlagen ebenfalls im gemeinfreien Kulturgut haben (Schrifttyp). Damit ist von einer bewilligungspflichtigen Bearbeitung bzw. einem Werk zweiter Hand auszugehen.

3. Die Beklagte macht geltend, ihr Designer D. habe das Werk "Love" von Robert Indiana nicht gekannt; er sei vielmehr von sich aus auf die beanstandete Gestaltung der Zifferblätter gekommen, die aus gemeinfreien Elementen bestehe. Damit macht die Beklagte eine unabhängige Doppel- oder Parallelschöpfung geltend.

3.1. In der schweizerischen Lehre wird grundsätzlich die Möglichkeit verneint, dass zwei Urheber unabhängig voneinander ein identisches Werk schaffen können, das die nötige Individualität aufweist, um urheberrechtlichen Schutz zu erlangen. Unabhängige Doppel- und Parallelschöpfungen seien allenfalls bei Kombinationen von banalen Elementen vorstellbar. Solche Kombinationen könnten bei einer genügenden Anzahl von kombinierten Elementen durchaus auch statistische Einmaligkeit erlangen, gelangten diesfalls

aber trotzdem nicht über den nicht geschützten Bereich des Trivialen hinaus, solange nicht eine überraschende und ungewöhnliche Auswahl der Elemente vorliege (Cherpillod, [URG 2](#) N 24, 30). Nach K. Troller (Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, 2. Aufl., Basel 2005, 133) kann bei solchen Parallelschöpfungen wohl Originalität vorliegen, nicht aber die geforderte Individualität.

Das BGer lässt bereits den urheberrechtlichen Schutz vor Nachgestaltungen dort nicht zu, wo aufgrund der Umstände kein Platz für eine abweichende individuelle Gestaltung bleibt ([BGE 125 III 328 ff. E. 4b](#)), und stellt für die Schutzfähigkeit eines künstlerischen Werkes darauf ab, ob ein unabhängig arbeitender Künstler aller Wahrscheinlichkeit nach keine identische Schöpfung hätte hervorbringen können ([BGE 110 IV 102 ff. E. 3](#); BGer, [sic! 2001, 729 ff. E. 3c.bb](#), "Vaca lechera (fig.)"). Damit schliesst auch das BGer Doppel- oder Parallelschöpfungen bei gegebener Schutzfähigkeit aus. In der deutschen Lehre wird die Möglichkeit von unabhängigen Doppelschöpfungen urheberrechtlich geschützter Werke grundsätzlich anerkannt. Gleichzeitig wird aber darauf hingewiesen, dass solche nur im Bereich der "kleinen Münze" vorstellbar seien, somit bei Werken, die infolge ihrer geringen Gestaltungshöhe an der Grenze zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit liegen. Angesichts der Vielfalt individueller Schaffensmöglichkeiten auf künstlerischem Gebiet sei eine weitgehende Übereinstimmung von Werken, die auf selbständigem Schaffen beruhen, nach menschlicher Erfahrung indessen nahezu ausgeschlossen. Weiter wird auch auf die Möglichkeit der unbewussten Übernahme eines fremden Geistesgutes verwiesen, wo ein einmal aufgenommenener Eindruck in das Unterbewusstsein absinkt und später als vermeintlich eigene Idee wieder auftaucht. Diese unbewusste Übernahme stellt zwar eine Urheberrechtsverletzung dar, es fehlt ihr aber die moralische Vorwerfbarkeit (Loewenheim, [UrhG 23 N 25 ff.](#); Schulze, [UrhG 23 N 29](#)).

3.2. Wie bereits vorstehend ausgeführt (E. 1.3.), handelt es sich beim Werk "Love" von Robert Indiana um ein urheberrechtlich geschütztes Werk, dessen individuelle Charakteristik klar über eine einfache Kombination gemeinfreier Elemente und Stilmittel hinausgeht. Ebenso wurde bereits ausgeführt, dass für die Gestaltung eines Uhrenzifferblattes eine grosse Vielfalt an Stilmitteln zur Verfügung steht, selbst wenn man dabei auf das Thema Liebe zurückgreifen will (E. 2.3.). Damit erscheint es objektiv als ausgeschlossen, dass eine völlig unabhängige Doppelschöpfung vorliegt, selbst wenn man eine solche mit der deutschen Lehre grundsätzlich als möglich anerkennen würde; die schweizerische Lehre schliesst eine solche bereits im Ansatz aus. Ob es sich dabei um eine im Sinne der deutschen Lehre bewusste oder unbewusste Übernahme handelt, spielt für die Frage der objektiven Verletzung des Urheberrechtes der Klägerin keine Rolle, ist hingegen für das Verschulden oder die Bösgläubigkeit von Bedeutung (vgl. dazu nachstehend E. V/3.1.).

4. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist demnach zusammenfassend festzustellen, dass das Werk "Love" von Robert Indiana ein urheberrechtlich geschütztes Werk ist, auch in seiner nicht farbigen Version. Die Beklagte hat dieses Werk für die Zifferblätter ihrer (im Rechtsbegehren einzeln spezifizierten) Uhrenmodelle "T" und "G" übernommen und teilweise verändert, allerdings nur so, dass das Werk Indianas noch immer durchscheint, und diese Uhren weiter verbreitet. Eine Einwilligung für die Übernahme bzw. Bearbeitung des Werkes hat sie unbestrittenermassen nicht eingeholt. Damit hat sie das Urheberrecht des ursprünglichen Schöpfers verletzt. Gegen diese Verletzung kann sich die Klägerin mit den Rechtsbehelfen gemäss [Art. 61 ff. URG](#) zur Wehr setzen. Bei den Rechtsbehelfen gemäss [Art. 61 und 62 Abs. 1 URG](#) handelt es sich um

#### **sic! 2010 S. 889, 895**

verschuldensunabhängige Ansprüche, die an den objektiven Tatbestand der Rechtsverletzung anknüpfen. Für die Geltendmachung finanzieller Ansprüche gemäss [Art. 62 Abs. 2 URG](#) müssen weitere, subjektive Momente auf Seite der Beklagten vorliegen. Letztere müssen auch für die Geltendmachung der Auskunftspflicht der Beklagten über ihren Geschäftserfolg vorliegen.

#### V. Rechtsbegehren

(...) (Abweisung des Feststellungsbegehrens; Gutheissung des Unterlassungsbegehrens)

3. Die Klägerin fordert weiter die Herausgabe des Gewinnes, den die Beklagte mit dem Verkauf der streitgegenständlichen Uhren erzielt hat. Im Zusammenhang mit dem ebenfalls gestellten Auskunftsbegehren verweist sie auch auf die Gestehungskosten, welche die Beklagte nachzuweisen habe, woraus zu schliessen ist, dass die Beklagte von der Berechnung eines Nettogewinnes ausgeht, auf welchen sie Anspruch erhebt. Der von ihr dazu zitierte Bundesgerichtsentscheid [BGE 116 II 351 ff.](#) bezieht sich ebenfalls auf Gewinnherausgabeansprüche nach Urheberrecht. Damit ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Gewinnherausgabe vorliegen.

3.1. Nach der Gesetzesvorschrift von [Art. 62 Abs. 2 URG](#) kann der Berechtigte die Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinnes nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Nach der neueren Rechtsprechung des BGer wird dafür ein bösgläubiges Handeln des Geschäftsführers verlangt. Bösgläubig handelt, wer weiss oder wissen muss, dass er in eine fremde Rechtssphäre eingreift

und damit Gewinn erzielt ([BGE 129 III 422 ff. E. 4](#); [126 III 69 ff. E. 2a](#)). Die herrschende Lehre stimmt diesem Erfordernis der Bösgläubigkeit zu (R. Weber, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2007, OR 423 N 8; J. Schmid, Zürcher Kommentar V/3a, 3. Aufl., Zürich 1993, OR 423 N 36, 48; Müller, [URG 62](#) N 17), wobei im Bereich des Urheberrechts - zur Abgrenzung von den Voraussetzungen für Ansprüche gemäss Art. 41 und Art. 64 OR - die Gleichsetzung von Bösgläubigkeit mit Verschulden bzw. - noch weiter gehend - nur mit Vorsatz oder Eventualvorsatz postuliert wird (R. Jenny, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zürich 2005, 146 f.; V. Roberto, Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, sic! 2008 Sonderheft, 29). Die Bösgläubigkeit bzw. das Verschulden ist dabei vom Geschäftsherrn zu beweisen (Jenny, 148). Die Beklagte bestreitet, dass ihr Designer bei der Kreation der streitgegenständlichen Uhrenzifferblätter das Werk von Robert Indiana gekannt hat.

3.2. Es stellt sich damit vorweg die Frage, ob mit der vorstehend festgestellten, objektiven Verletzung des Urheberrechts von Robert Indiana nicht bereits auch die Bösgläubigkeit bzw. der Vorsatz feststeht. Denn dass die Beklagte das Original gekannt, indessen der Meinung gewesen wäre, ihre Bearbeitung des Werkes "Love" weise einen genügenden Abstand zur Originalvorlage auf und stelle eine erlaubte freie Benützung dar, was trotz später festgestellter Verletzung den Vorsatz entfallen liesse, wird von der Beklagten in dieser Form vorliegend nicht behauptet, auch wenn die vorprozessuale Korrespondenz in diese Richtung weist.

Wird der urheberrechtliche Werkcharakter des Bildes "Love" anerkannt, so schliesst dies gemäss der schweizerischen Lehre gleichzeitig die Möglichkeit einer unabhängigen Doppel- oder Parallelschöpfung aus (vgl. dazu vorstehend E. IV/3). In der deutschen Lehre wird hingegen auf die Möglichkeit der unbewussten Übernahme eines fremden Geistesgutes verwiesen, wo ein einmal aufgenommener Eindruck in das Unterbewusstsein absinkt und später als vermeintlich eigene Idee wieder auftaucht. Diese unbewusste Übernahme stellt zwar eine Urheberrechtsverletzung dar, es fehlt ihr aber die moralische Vorwerfbarkeit (Loewenheim, UrhG 23 N 25 ff.; Schulze, UrhG 23 N 29).

Beim Werk "Love" handelt es sich um ein bekanntes Werk, das nicht nur im Kunstbereich und als Skulptur auf öffentlich zugänglichen Plätzen eine weite Verbreitung erfahren hat, sondern auch für die Gestaltung von Waren und Werbung verwendet wird. Es wurde in den USA in den 70er-Jahren auch auf einer Briefmarke abgebildet. Es ist daher durchaus vorstellbar, dass die Wahrnehmung eines solchen aus grundsätzlich gemeinfreien Grundelementen bestehenden Werkes memoriert und später wieder aus dem Unterbewusstsein auftauchen und reproduziert werden kann, ohne dass man dies mit einem konkreten, urheberrechtlich geschützten Werk in Zusammenhang bringt oder indem man dieses Werk für gemeinfrei hält. Vor diesem Hintergrund kann auch eine nicht bösgläubige Urheberrechtsverletzung vorliegen bzw. war vorliegend die Bösgläubigkeit zum Beweis zu verstellen.

3.3.1. Die Klägerin hat sich zum Hauptbeweis für die Bösgläubigkeit der Beklagten bzw. die Vorkenntnis der massgeblichen Designer der Uhrenzifferblätter ausschliesslich auf öffentlich zugängliche Informationen und Publikationen über Robert Indiana, sein Werk und dessen kunsthistorische Bedeutung und Anerkennung sowie auf Berichte von Ausstellungen mit dessen Werken berufen. Sie will damit die Weltbekanntheit des Künstlers und insbesondere seines Werkes "Love" belegen. Sie verweist auch auf Waren und Warenwerbung, für welche das Werk verwendet wird. Aus dieser Bekanntheit schliesst die Klägerin

**sic! 2010 S. 889, 896**

darauf, dass die massgeblichen Mitarbeiter der Beklagten das Werk gekannt haben müssen.

Die Beklagte hat sich zum Gegenbeweis auf zwei Mitarbeiter ihrer Unternehmung als Zeugen berufen, die am Design der jeweiligen Uhrenkollektionen massgeblich beteiligt waren. Der Zeuge S. war zur Zeit der Entstehung der streitgegenständlichen Uhrenzifferblätter technischer Direktor der Beklagten. Als solcher kam ihm und seinem Team die Aufgabe zu, die jeweiligen Ideen und Skizzen von D. zu neuen Uhrenzifferblättern im Hinblick auf die technische Umsetzung und Machbarkeit zu prüfen. Je nach den Rückmeldungen des Zifferblattmachers oder der Marketingabteilung seien die Vorschläge von D. allenfalls noch verändert worden und es habe neue Skizzen gegeben, die auch archiviert worden seien. D. habe meistens eine von ihm individuell erarbeitete Entwurfsskizze vorgelegt; wie D. jeweils zu diesen Entwürfen und Ideen gekommen sei, könne er, der Zeuge, nicht sagen. Nach den geschilderten Abläufen seien sowohl die kreuzförmige Uhr "F" im Jahre 2002 entstanden wie auch die streitgegenständlichen Uhren im Jahre 2005. Bei den letzteren Modellen seien noch besondere Anforderungen für das Zuschneiden der Perlmutterflächen zu berücksichtigen gewesen, welche die Gestaltung der Zifferblattflächen mitbestimmen hätten. Aus diesem Grunde seien z.B. die Buchstaben an den Rand der Fläche zu liegen gekommen. Die ursprüngliche Skizze von D. habe aber bereits die räumliche Anordnung der Buchstaben L, V und E sowie das Herz in gleicher Weise wie später realisiert vorgesehen; wie eng die Buchstaben in der ersten Skizze bereits zusammenstanden, wusste der Zeuge allerdings nicht mehr. Sodann beteuerte der Zeuge S., das Bild "Love" von Robert Indiana zuvor nicht gekannt und zum ersten Mal im Zusammenhang mit dem vorliegenden Prozess gesehen zu haben. Der Zeuge D. war der massgebliche Designer der Beklagten,

welcher alle Zifferblätter ihrer Uhrenkollektionen und so auch die streitgegenständlichen Zifferblätter grundsätzlich allein entworfen hat.

Eine künstlerische Ausbildung hat er nach seinen Aussagen dafür nicht durchlaufen, er sei aber an Kunst grundsätzlich interessiert und besuche ab und zu auch Galerien. Für neue Kreationen verlasse er sich jeweils auf seine spontane Inspiration; Anregungen aus Kunstbüchern oder Ausstellungen hole er sich nicht bzw. er brauche keine solchen. So sei er auch durch natürliche Inspiration zum Entwurf der streitgegenständlichen Uhren gelangt. Für ihn ständen bei den Zifferblättern jeweils zwei Aspekte im Vordergrund: das Ablesen der Zeit, wofür er stets grosse Ziffern und Buchstaben verwendet habe, sowie eine Message. Bei der Verwendung von Perlmutter, wie dies bei 60-70% der streitgegenständlichen Uhren der Fall sei, müssten auch einigermaßen grosse Flächen vorhanden sein und bestimmten das Design. Die beanstandeten Zifferblätter seien sodann eine Weiterentwicklung der kreuzförmigen Uhr "F", indem man die Buchstaben dieser Uhr wieder aufgegriffen und neu verteilt habe; auch beinhalteten beide dieselbe Botschaft. Sodann beteuerte auch der Zeuge D., das Werk "Love" von Robert Indiana weder als solches noch als Abbildung auf Waren oder als Warenwerbung gekannt zu haben, als er die Zifferblätter entworfen habe. Er habe dieses Bild erstmals im Zusammenhang mit der vorliegenden Klage gesehen. Bei seiner anders lautenden Aussage anlässlich der Referentenaudienz vom 6. Mai 2008, wonach er in Mailand in einem Schaufenster eine Tasche gesehen habe, die ihn zu diesem Design inspiriert habe, müsse es sich um einen Übersetzungsfehler handeln.

3.3.2.a) Vorliegend trifft die Klägerin die Hauptbeweislust für Vorkenntnis der Designer vom Werk Robert Indianas. Die von ihr als Beweismittel angerufenen Publikationen und Berichte vermögen zwar die weltweite Bekanntheit von Robert Indiana und seines Werkes "Love" zu belegen. Allein damit ist aber nicht erwiesen, dass die massgeblichen Designer der Beklagten dieses Werk in irgendeiner Form tatsächlich auch gekannt haben; der Hauptbeweis ist damit nicht erbracht. Da die erforderliche Bösgläubigkeit Ausdruck einer persönlichen Vorwerfbarkeit ist, muss das erforderliche Wissen individuell vorhanden sein. Ein allgemeines "Kennenmüssen" von weltweit bekannten Bildern oder Künstlern gibt es nicht, ebenso wenig eine Pflicht, eine vorhandene Designidee dahin zu prüfen, ob diese nicht in irgendeiner Ausgestaltungsform bereits vorhanden ist. Setzt man, wie einleitend erwähnt, Bösgläubigkeit mit Vorsatz oder Eventualvorsatz gleich, so wäre die letztgenannte Variante des Kennenmüssens oder Kennenkönnens ohnehin nicht von Belang. Der Klägerin ist zuzugestehen, dass es schwierig ist, einen inneren Denkvorgang und das Wissen einer Drittperson zu beweisen, und dass man in solchen Situationen sich allenfalls mit dem Beweis von äusseren Indizien behelfen muss, die Rückschlüsse auf innere Tatsachen zulassen.

Auch solche Indizien müssen indessen die konkrete Situation bzw. Person betreffen; allgemeine Annahmen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung genügen nicht. Sind sodann Beweismittel vorhanden, die annähernd einen direkten Beweis erlauben, so kann der Beweis nicht mit Vermutungen erbracht werden und kann auch nicht eine Umkehr der Beweislast Platz greifen. So hätte die Klägerin (weitere) Zeugen aus dem Betrieb und dem Umfeld der Beklagten und ihrer Mitarbeiter

#### **sic! 2010 S. 889, 897**

anrufen können zum Ablauf des Design-Prozesses und möglicher persönlicher Vorkenntnisse. Insbesondere hätte sie sich aber auf Edition aller einschlägigen Skizzen und (Vor-)Entwürfe berufen können, deren Vorhandensein von allem Anfang an vermutet werden konnte. Aufgrund derer hätte sich ohne weiteres die Entwicklungsgeschichte des umstrittenen Designs objektiv nachvollziehen lassen und damit auch die Idee feststellen lassen, welche ganz am Anfang des Designprozesses stand. Bzw. es hätte sich nachvollziehen lassen, ob die in der definitiven Ausgestaltung verkörperte Idee bereits von allem Anfang an quasi aus dem Nichts da war; diesfalls wäre ein starkes Indiz für eine Kopie des Vorbildes gegeben. Indessen ist bzw. war es nicht Sache der bloss gegenbeweisbelasteten Beklagten und ihrer Zeugen, ungefragt solche Skizzen vorzulegen.

(...)

c) Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass die Klägerin den Beweis nicht erbracht hat, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Produktion und des Inverkehrbringens der streitgegenständlichen Uhren bösgläubig war.

3.4. Bereits vor der Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens hat die Klägerin die Beklagte am 19. Oktober 2005 brieflich auf die Urheberrechte von Robert Indiana am fraglichen Design hingewiesen und dessen Rechte geltend gemacht. In ihrem Antwortbrief vom 26. Oktober 2005 stellte sich die Beklagte zwar auf den Rechtsstandpunkt, das Urheberrecht sei nicht verletzt bzw. berief sich sinngemäss auf eine freie Benützung bzw. die Panoramafreiheit. Trotzdem erhielt sie aber spätestens damals tatsächliche Kenntnis vom Werk Robert Indianas und vom geltend gemachten Urheberrecht und war ab diesem Zeitpunkt nicht mehr gutgläubig. Soweit die Beklagte nach dem 19. Oktober 2005 trotzdem noch Uhren mit den

streitgegenständlichen Zifferblättern verkauft und einen Gewinn erzielt hat, hat sie diesen der Klägerin gestützt auf [Art. 62 Abs. 2 URG](#) bzw. Art. 423 OR herauszugeben.

3.5. In ihrer Schlusseingabe vom 12. Februar 2009 beruft sich die Klägerin als Rechtsgrundlage für das Gewinnherausgabebegehren (neu) auf Art. 62 OR. Der Bereicherungsanspruch setze keine Bösgläubigkeit voraus.

3.5.1. Der in seinen Rechten verletzte Urheber kann sich nicht nur auf Schadenersatzansprüche gemäss Art. 41 OR oder auf Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 OR (Gewinnherausgabe) berufen. Die neuere Lehre und Rechtsprechung gewähren ihm auch Ansprüche aus Eingriffskondition gemäss Art. 62 OR. Letztere sind grundsätzlich verschuldensunabhängig, bei Gutgläubigkeit jedoch auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt. Dass der Bereicherungsanspruch auch eine Herausgabe des Gewinnes umfasst, wird indessen von der Lehre abgelehnt. Die Bereicherung bemisst sich vielmehr nach dem Wert des (unrechtmässig) Erlangten. Die Erwirtschaftung eines Gewinnes beruht nicht nur auf der erfolgten Vermögensverschiebung zulasten des Entreicherten bzw. dem Eingriff in seine Vermögensrechte, sondern ebenso massgeblich auch auf der Leistung und der Risikotragung durch den Bereicherten. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs sind daher nur die Ersparnisse, die der Bereicherte durch den Eingriff erzielt hat, nicht jedoch darüber hinausgehende Vorteile kraft eigener Leistung. Andernfalls würde das Erfordernis der Bösgläubigkeit von Art. 423 OR für die Gewinnherausgabe oder des Verschuldens gemäss Art. 41 OR für einen umfassenden Ersatz des entstandenen Schadens vollständig aus den Angeln gehoben und weitgehend gegenstandslos (P. Gauch/W. Schluemp/J. Schmid/H. Rey, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 8. Aufl., Zürich 2003, N 1473 und 1517; A. Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, 482 f.; H. Schulin, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2007, OR 62 N 22; A.-C. Hahn, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, OR 62 N 33). Diese Meinung wird insbesondere auch für den Bereich des Immaterialgüterrechtes vertreten, wo die herausgabepflichtige Bereicherung in den ersparten Lizenzkosten gesehen wird und eine weitergehende Gewinnabschöpfung nur nach der Bestimmung von Art. 423 OR zugelassen wird (einlässlich dazu Jenny, 276 ff., insbes., 306; ebenso Roberto, 30; vgl. auch Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1517c; Koller, 553 f.). Das BGE hat dieser Auffassung in seinem Entscheid vom 12. April 2006 ([sic! 2006, 774 ff.](#), "Rohrschelle") nicht widersprochen, hat es dort doch lediglich auf die Konkurrenz von Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag und Ansprüchen aus Art. 62 OR verwiesen (E. 3.1 am Ende), ohne sich im Detail zur Abgrenzung zu äussern; das als Belegstelle angeführte Urteil [129 III 425](#) gesteht auch keinen Gewinnherausgabeanspruch gestützt auf Art. 62 OR zu, sondern nur eine Nutzungsentschädigung (vgl. zu den Konsequenzen dieses Urteils auch P. Kohler, [sic! 2006, 815 ff.](#), "Rohrschelle"). Die erkennende Kammer schliesst sich dieser Doktrin an, welche einen Gewinnherausgabeanspruch nur gestützt auf Art. 423 OR und nur bei Bösgläubigkeit bejaht.

3.5.2. Die Klägerin hat sich in ihrer Klagebegründung abschliessend auf die Herausgabe des Gewinnes als materielle Entschädigung festgelegt. Dieser Rechtsanspruch folgt, wie gezeigt, anderen Voraussetzungen und Bemessungskriterien als der

#### **sic! 2010 S. 889, 898**

Bereicherungsanspruch, den die Klägerin in ihrer Schlusseingabe nunmehr anruft. Hat sie aber bis zur Schlusseingabe nie einen Bereicherungsanspruch hinsichtlich dessen tatsächlichen Grundlagen substantiiert behauptet und hatte die Beklagte keine Gelegenheit zu entsprechenden Bestreitungen und Einreden (Bemessungsgrundlage, nicht mehr vorhandene Bereicherung, Verwendungsersatz etc.), so betrifft die Änderung des Anspruchsfundaments die tatsächlichen Verfahrensgrundlagen und ist im Sinne von § 114 und 115 ZPO ZH verspätet und nicht mehr zu prüfen. Der Charakter der vorliegenden Klage als Stufenklage ändert daran nichts, dient doch die angestrebte Auskunftserteilung lediglich der ziffernmässigen Feststellung des bereits zuvor im Grundsatz abschliessend beurteilten Rechtsanspruchs.

4. Nach den vorstehenden Erwägungen hat die Klägerin Anspruch auf Herausgabe des Gewinnes, der mit dem Verkauf der streitgegenständlichen Uhren ab 20. Oktober 2005 erzielt wurde. Zwecks Feststellung dieses Anspruchs ist die Beklagte zur Rechnungslegung zu verpflichten. Die Herausgabepflicht betrifft dabei den nach den anerkannten Regeln der Rechnungslegung zu ermittelnden Nettogewinn, der sich aus dem Bruttoverkaufserlös abzüglich der Selbstkosten berechnet. Die Beklagte hat damit Auskunft zu geben und Urkunden vorzulegen hinsichtlich der genauen Stückzahl und des jeweiligen individuellen Endverkaufspreises aller nach dem 20. Oktober 2005 verkauften Uhrenmodelle T und G (Verkaufsquittungen, Inventarentwicklung). Weiter hat die Beklagte Urkunden und Berechnungen für die individuellen Produktionskosten der verkauften Uhren (jeweilige Materialkosten und evtl. Halbfabrikatskosten zu Einstandspreisen, Arbeitskosten) sowie die produktbezogenen Verwaltungs-, Vertriebs- und Gemeinkosten vorzulegen (vgl. dazu [BGE 134 III 306 ff. E. 4.](#)).

DI

**Anmerkung:**

Dreh- und Angelpunkt des vorliegenden Entscheids ist die Frage der Urheberrechtsverletzung. Dass das Gericht diese Frage im Ergebnis richtig beantwortet hat, ist kaum zu bezweifeln. Auch die zur Verletzung der Urheberrechte am Werk "Love" von Robert Indiana angeführte Begründung vermag über weite Strecken zu überzeugen (E. 2). Anlass zu einer Anmerkung geben allerdings die Ausführungen zur sog. Doppel- oder Parallelschöpfung, mit welchen das Gericht den Einwand der Beklagten entkräften will, sie habe das Werk "Love" gar nicht gekannt (E. 3).

Eine Doppelschöpfung liegt vor, wenn zwei Urheber unabhängig voneinander identische oder nahezu identische Werke geschaffen haben (M. Rehbinder/A. Viganò, [URG](#), Kommentar, Zürich 2008, [URG 2 N 2](#); F. Dessefontet, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, Rn. 178). Bei der urheberrechtlichen Beurteilung von Doppelschöpfungen stellen sich zwei grundsätzlich verschieden gelagerte Fragen, nämlich erstens, ob Doppelschöpfungen urheberrechtlich geschützt sind und zweitens, ob solche Schöpfungen die Urheberrechte am jeweils vorbestehenden Werk verletzen.

Im vorliegenden Fall war einzig die Verletzung der Urheberrechte am Werk "Love" von Robert Indiana zu beurteilen. Die Frage nach einem allfälligen urheberrechtlichen Schutz der Schöpfungen der Beklagten hingegen stellte sich nicht, zumal dessen Bestand nichts über die Verletzung der Urheberrechte Dritter auszusagen vermag (siehe dazu namentlich die Regelung in Art. 3 Abs. 3 f. [URG](#)). Zu Recht hat denn die Beklagte das Vorliegen einer Doppelschöpfung, soweit ersichtlich, auch gar nicht behauptet. Statt auf dieses Phänomen zu verweisen, hätte das Gericht deshalb einzig prüfen müssen, ob der Einwand der fehlenden Kenntnis der Beklagten rechtlich relevant und tatsächlich zutreffend war.

Eine Urheberrechtsverletzung ist gegeben, wenn ein Dritter ohne Zustimmung des Rechtsinhabers eine Nutzungshandlung vornimmt und keine Schrankenbestimmung greift. Vom Schutz erfasst werden dabei ebenso Nutzungen in unveränderter wie in veränderter Form. Steht, wie hier, eine Nutzung in veränderter Form in Frage, ist zu prüfen, ob die streitgegenständliche Benutzungsform in den Schutzbereich des geltend gemachten Urheberrechts fällt. Der Schutzbereich bestimmt sich dabei nach [Art. 3 URG](#). Zwar regelt diese Norm in erster Linie den urheberrechtlichen Schutz abhängiger Werke, was sich ebenso aus der systematischen Stellung wie aus der etwas eigentümlichen Marginalie "Werke zweiter Hand" ergibt. Darüber hinaus enthält sie aber auch zwei zentrale Kriterien zur Beurteilung von Urheberrechtsverletzungen:

Zum einen hält [Art. 3 Abs. 1 URG](#) fest, dass der urheberrechtliche Schutz sachlich immer nur so weit greift, als vorbestehende Werke in einer späteren Schöpfung "in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben", womit der Schutzbereich definiert wird. Zum andern wird klargestellt, dass vom urheberrechtlichen Schutz nur die "Verwendung bestehender Werke" erfasst wird, was nichts anderes bedeutet, als dass keine Urheberrechtsverletzung vorliegt, wenn das fragliche Werk beim Erschaffen der vermeintlich verletzenden Schöpfung gar nicht benutzt wurde, etwa weil es dem Schöpfer nicht bekannt war (L. David, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), *Urheberrechtsgesetz (URG)*, Kommentar, Bern 2006, Einführung N 22; F. Thouvenin, *Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten*, Köln 2007, 310). Im Gegensatz zu

**sic! 2010 S. 889, 899**

den immaterialgüterrechtlichen Registerrechten, bei welchen auch ein vollständig unbewusster, rein zufälliger Eingriff in den Schutzbereich unter das Ausschliesslichkeitsrecht fällt - bspw. eine Doppelerfindung oder ein völlig unabhängig geschaffenes, identisches Design - erfasst das Urheberrecht immer nur die effektive Verwendung geschützter Werke. Diese erfolgt meist bewusst, kann aber auch unbewusst geschehen, etwa wenn die Erinnerung an ein einmal wahrgenommenes Werk ins Unterbewusstsein des Schöpfers abgesunken ist und später als vermeintlich eigene Idee wieder auftaucht, sog. Kryptomesie (M. Rehbinder, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3. Aufl., Bern 2000, Rn. 34; P. Katzenberger, in: G. Schricker, *Urheberrecht, Kommentar*, 3. Aufl., München 2006, [UrhG 23 N 25](#)).

Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Dritter eine mit einem vorbestehenden Werk identische oder nahezu identische Schöpfung hervorbringt, ohne dieses Werk bewusst oder zumindest unbewusst verwendet zu haben, ist äusserst gering. Bei identischen oder nahezu identischen Verletzungsformen rechtfertigt es sich deshalb, die Verwendung des vorbestehenden Werkes durch den mutmasslichen Verletzer zu vermuten und die Beweislast für diese Frage umzukehren (so etwa in Deutschland: BGH, [GRUR 2000, 44](#), "Klammerpose"; BGH [GRUR 1991, 535](#), "Brown Girl"; BGH [GRUR 1988, 814](#), "Ein bisschen Frieden"; G. Schulze, in: T. Dreier/G. Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Kommentar*, 3. Aufl., München 2008, [UrhG 23 N 29](#); ähnlich für das britische Recht W. Cornish/D. Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights*, 6. Aufl., London 2007, Rz. 12.03). Berufet sich der Schöpfer einer identischen oder nahezu identischen Verletzungsform im Prozess auf Unkenntnis des vorbestehenden Werkes, muss er demnach darlegen, dass er dieses Werk tatsächlich nicht kannte und es damit weder bewusst noch unbewusst verwendet haben kann.

Während das Gericht im vorliegenden Entscheid die Frage des Eingriffs in den Schutzbereich eingehend behandelt hat, wurde die für die Verletzung gleichsam entscheidende - rein tatsächliche - Frage der Kenntnis und Verwendung des Werkes "Love" durch die Beklagte nicht geprüft. Stattdessen hat sich das Gericht mit dem Phänomen der Doppelschöpfung auseinandergesetzt, um aus allgemeinen - aber nicht durchwegs zutreffenden - rechtlichen Erwägungen den Schluss zu ziehen, der Einwand der Beklagten greife nicht, weil es "objektiv als ausgeschlossen (erscheine), dass eine völlig unabhängige Doppelschöpfung vorliegt" (E. 3.2).

Doppelschöpfungen sind zwar zweifellos äusserst selten und in der Praxis nahezu irrelevant. Aus rechtlicher Sicht ist dieses tatsächliche Phänomen aber dennoch bedeutsam, weil seine Beurteilung eine Reihe urheberrechtlicher Grundprinzipien betrifft. Die Doppelschöpfung entpuppt sich damit als eigentliche Gretchenfrage des Urheberrechts, deren Beantwortung die hinter der jeweiligen Antwort stehenden urheberrechtlichen Dogmen und Konzepte offenlegt. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Fragen würde den Rahmen dieser Anmerkung bei Weitem sprengen. Nachfolgend sei aber immerhin auf drei Aspekte hingewiesen, die im vorliegenden Entscheid entweder ganz vernachlässigt oder nicht hinreichend genau erarbeitet wurden:

Zunächst ist klarzustellen, dass weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung oder die Lehre über die tatsächliche Existenz von Doppelschöpfungen entscheiden können (anders aber in E. 3.1). Die Rechtsordnung muss vielmehr anerkennen, dass es Fälle unabhängig geschaffener, identischer oder nahezu identischer Schöpfungen gibt - wie selten sie auch immer sein mögen (siehe dazu etwa: BGH GRUR 2000, 43, "Klammerpose"; BGH GRUR 1991, 533, "Brown Girl"; BGH GRUR 1988, 812, "Ein bisschen Frieden"; grundlegend: BGH GRUR 1971, 266, "Magdalenenarie"). Aufgabe des Urheberrechts kann damit einzig sein, dieses real existierende Phänomen rechtlich einwandfrei zu beurteilen.

Zum Zweiten trifft es nicht zu, dass Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz den urheberrechtlichen Schutz von Doppelschöpfungen grundsätzlich verneinen würden. In der Lehre ist die Frage vielmehr stark umstritten (bejahend: Rehbindler/Viganò, [URG 2 N 2](#); Rehbindler, Rn. 34; Dessemontet, Rn. 79; G. Wild, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, Zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von Max Kummers "Das urheberrechtlich schützbares Werk", [sic! 2004, 61](#); I. Mijatovic, Kreativität als Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von Geisteserzeugnissen, Bern 2006, 115 ff.; Thouvenin, 310 f., Fn. 180, m.w.H.; zurückhaltend: R. Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, 59; David, Einführung N 22; ablehnend I. Cherpillod, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz ([URG](#)), Kommentar, Bern 2006, [URG 2 N 24](#); S. Macciachini, Die urheberrechtlich schützbares Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum, Bemerkungen zu Gregor Wild, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, [sic! 2004, 353 f.](#); Ders., in: M. Berger/S. Macciachini, Populäre Irrtümer im Urheberrecht, FS Hilty, Zürich 2008, 25 ff.; ebenso wohl R. von Büren/M. Meer, SIWR II/1, Basel 2006, 72; keine Stellungnahme: M. Barrelet/W. Egloff, Das neue Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl., Bern 2008). Das BGer hat sich zu dieser Frage sodann noch gar nie geäußert (die Verweise in E. 3.1 sind entsprechend spekulativ und inzwischen wohl als überholt anzusehen, zumal das BGer in seiner jüngsten Rechtsprechung den individuellen Charakter bejaht hat, wenn "es als ausgeschlossen

#### **sic! 2010 S. 889, 900**

erscheint, dass bei gleicher Aufgabenstellung von einem Dritten das gleiche oder im Wesentlichen gleiche Werk geschaffen würde" ([BGE 134 III 172](#), Hervorhebung hinzugefügt; ebenso [BGE 136 III 229](#)), womit zugleich gesagt ist, dass eine solche Konstellation eben gerade nicht ausgeschlossen ist).

Schliesslich kann drittens nicht ausser Acht gelassen werden, dass der urheberrechtliche Schutz von Doppelschöpfungen in den Europäischen Urheberrechtsordnungen weitgehend anerkannt ist - in den der *Droit d'auteur*-Tradition verpflichteten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ebenso wie im angelsächsischen Copyright-System (für Deutschland siehe die vorstehenden Nachweise; für Frankreich: A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2. Aufl., Paris 1999, 133; für England, *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.* (1964) 1 Weekly Law Reports 273 ff. (House of Lords), 291; Cornish/Llewelyn, Rz. 12.03).

Fest steht damit, dass das Gericht den Einwand der Beklagten, sie habe das Werk "Love" von Robert Indiana nicht gekannt, als solchen hätte prüfen müssen. Mit dem Versuch, diesem Einwand durch den Hinweis auf die vermeintliche Inexistenz von Doppelschöpfungen zu begegnen, hat sich das Gericht jedenfalls mehr Probleme eingehandelt als es zu lösen vermochte. So oder anders hat sich zudem gezeigt, dass das Phänomen der Doppelschöpfung und die damit verbundenen Gretchenfragen des Urheberrechts noch näherer Untersuchung bedürfen.