

Originaux et copies

BENHAMOU, Yaniv

Abstract

This contribution defines the legal status of copies from a copyright, contractual and tax law standpoint, as most artworks are not unique and may be duplicated (e.g. photographic prints produced based on the master negative, copies of a sculpture produced based on the master). The contribution also analyzes the legal consequences of this status (original or copies) on the acquisition contracts (in particular purchase agreement and certificate of authenticity), in particular when the artwork is supposed to be part of a limited edition (e.g. photographic print limited to 5 prints).

Reference

BENHAMOU, Yaniv. Originaux et copies. In: Mosimann, Peter, Renold, Marc-André, Raschèr, Andrea F.G. *Kultur, Kunst, Recht : schweizerisches und internationales Recht*. Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2019.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:122747>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

§ 5 Originale und Kopien*

I. Einleitung

Nicht alle Werke sind einmalig. Manche können mehrfach existieren (z.B. fotografische Abzüge von einem Negativ, Exemplare von Skulpturen, die mit der originalen Gussform hergestellt wurden). Jedes Exemplar ist dabei völlig identisch mit allen anderen.³⁵⁰ Daher muss der rechtliche Status dieser Exemplare definiert werden: Sind es Originale oder Kopien des Originalwerks? 160

Für den Begriff des Originalwerks gibt es keine allgemeingültige Definition.³⁵¹ In der Praxis werden oft die Begriffe «*Originalabzüge*», «*Originalexemplare*» oder «*authentische Exemplare*» für mehrfache Exemplare verwendet, die vom Künstler oder unter seiner Aufsicht geschaffen wurden, und die Begriffe «*Reproduktionen*» oder «*posthume Abzüge*» für Exemplare, die nach dem Tod des Künstlers erstellt wurden. Es gibt jedoch keine internationalen Normen. Diese Frage ist aber wichtig, denn der Wert eines Werks hängt in der Regel direkt von seinem Status als Original oder Kopie und von der Anzahl Kopien auf dem Markt ab. Man kann sagen: Je kleiner die Anzahl Exemplare, desto höher der Wert eines Werks. Der Wert eines Originals und von Kopien ist unterschiedlich. Ein gutes Beispiel ist die Fotografie «*Violon d'Ingres*» von Man Ray. Ein zeitgenössischer Abzug («*Vintage Print*») aus dem Jahr 1924 ist von unschätzbarem Wert, während einer der 30 neuen Abzüge, die gleich nach dem Tod des Künstlers (1976) gemacht wurden, auf EUR 130 000 geschätzt wurde und einer der 5000 von Yellowkorner produzierten Abzüge für EUR 59 verkauft wird.³⁵² 161

Da mithilfe des Negativs oder der digitalen Datei unendlich viele Exemplare hergestellt werden können, musste der Kunstmarkt einen Weg finden, die Seltenheit zu erhöhen. Um Seltenheit zu schaffen, wird häufig die Anzahl Exemplare limitiert, und auf diese Limitierung wird im Rahmen des Erwerbs von Kunstwerken hingewiesen. Dieser Hinweis kann in Form einer auf dem verkauften Werk oder seiner Rückseite angebrachten Nummerierung erfolgen oder im Echtheitszertifikat, das beim Verkauf des Werks ausgestellt wird. Mit dem Zertifikat kann im Allgemeinen das Mass der Limitierung genauer bestimmt werden. Die üblichen Begrenzungen (zusätzlich zu den 162

* Der Autor dankt Pierre-Emmanuel Fehr ganz herzlich für seine wertvollen Anmerkungen.

350 Vgl. TRICOIRE, *Le Quotidien de l'Art* 21.11.2014.

351 Vgl. hinten Rz 201.

352 BENHAMOU, *Replications*, 148. Vgl. GIRARDIN/PIRKER, *Controverse*, 72, wo es um den Fall des deutschen Sammlers Werner Bokelberg geht, der 1990 mehrere Fotografien von Man Ray erwarb, die angeblich aus den Jahren 1920–1930 stammten und die schliesslich von Experten auf 1960 datiert wurden.

üblichen Angaben des Namens des Künstlers, des Titels und des Datums des Originalwerks) betreffen das Format, das Trägermedium und im Falle einer Serie die Gesamtzahl der Exemplare sowie Datum und Nummerierung der neuen Auflage. Bei Abzügen von Fotografien z.B. wird die Limitierung durch einen Vermerk direkt auf dem Exemplar (z.B. Abzug Nr. 1/30) angegeben und in einem der Fotografie mitgegebenen Zertifikat genauer ausgeführt; mithilfe dieses Zertifikats kann der Grad der Begrenzung mehr oder weniger genau bestimmt werden. Die Begrenzung kann sodann die Anzahl Abzüge betreffen (z.B. auf 30 Exemplare begrenzte Serie im Gegensatz zu keiner Erwähnung der Anzahl Abzüge), das Datum (z.B. Auflage 2018 im Gegensatz zur Angabe «*alle Jahre*»), das Format (Format 40 × 60 im Gegensatz zu «*alle Formate*») oder das Trägermedium (Aluminium oder Papier im Gegensatz zu «*alle Trägermedien*»).

- 163 Abgesehen von einigen steuerrechtlichen Regelungen, die eine Steuerbefreiung für Originalwerke vorsehen, und vom Urheberrecht, das seine eigene Definition von Originalwerken hat, gibt es keine internationalen Normen bezüglich Herstellungsbeschränkungen. Dies führt zu einer gewissen Rechtsunsicherheit, da der Künstler und die Händler in ihren Verkaufsbedingungen oder Echtheitszertifikaten nicht unbedingt genau sind und/oder der Meinung sein können, dass die Begrenzung der Anzahl Abzüge (z.B. auf 5 Abzüge beschränkte Auflage) es ihnen freilässt, weitere Abzüge in anderen Formaten, mit anderer Datierung oder auf anderen Trägern zu erstellen.
- 164 Mehrere Rechtstexte sehen allerdings Begrenzungen hinsichtlich der Anzahl Exemplare vor, die als Originalwerk gelten können, insbesondere das Steuerrecht (II) und das Urheberrecht (III), und die Parteien eines Kaufvertrags für ein Kunstwerk sehen im Allgemeinen vertragliche Einschränkungen vor (IV).

II. Einschränkung durch das Steuerrecht

- 165 Eine erste Beschränkung der Exemplare ist im Steuerrecht vorgesehen. Dieses sieht Steuerbefreiungen nach qualitativen (existentielle Funktion des Objekts) und/oder quantitativen Begrenzungen (beschränkte Anzahl Objekte) vor. Das schweizerische Steuerrecht sieht eine Steuerbefreiung bei Einfuhr vor für «*Kunstwerke, die von Kunstmalern und Kunstmalerinnen oder Bildhauern und Bildhauerinnen persönlich geschaffen wurden*» (Art. 53 Abs. 1 lit. c MWSTG). Im schweizerischen Steuerrecht ist ein *Kunstwerk* definiert als künstlerisch originär geschaffenes Werk, das den Charakter eines Originalwerks aufweist, vom Künstler in einer *beschränkten Stückzahl* hergestellt wurde und das ausschliesslich zum Betrachten bestimmt ist (und somit nicht als Gebrauchsgegenstand dienen kann).³⁵³ Das umfasst beispielsweise Bilder, Gemälde, Skulpturen, Plastiken, Statuen und dekorative Bildwerke, ebenso künstlerisch gestaltete und signierte Einzelanfertigungen. Jedoch sind Gebrauchsgegenstände (z.B. Vasen, Schalen, Töpfe, Teller, Platten, Kerzenstöcke, Nipp- und Krippenfiguren, Lampen, Wappenscheiben, Schriftzüge, Pokale, Teppiche und Tapisserien)

353 EZV, Einfuhrsteuer auf Kunstwerken, Publikation 52.22, Ausgabe 2018, 5.

sowie serienmässig hergestellte Erzeugnisse (z.B. eine nach Fotografien oder mit technischen Hilfsmitteln hergestellte Auftragsarbeit) ausgeschlossen.³⁵⁴ Als *vom Künstler geschaffen* gelten nicht nur Werke, die er ausschliesslich mit eigener Hand angefertigt hat, sondern auch solche, die er nach seiner Idee durch Dritte anfertigen lässt. Voraussetzung ist jedoch, dass er das Kunstwerk geplant, das Werkmaterial ausgewählt oder bestimmt und das Werk abgenommen hat.³⁵⁵

Demgegenüber sieht das französische Steuerrecht für «*Originalwerke*», d.h. vom Künstler mit eigener Hand geschaffene Werke, eine Besteuerung zu einem reduzierten Satz vor; dazu gehören insbesondere Original-Radierungen, -Drucke und -Lithografien, die in begrenzter Zahl abgezogen wurden, vollständig vom Künstler ausgeführte Skulpturen und Abgüsse von Skulpturen, von denen höchstens acht Stück unter Aufsicht des Künstlers oder seiner Rechtsnachfolger hergestellt wurden, vom Künstler aufgenommene Fotografien, die von ihm selbst oder unter seiner Aufsicht abgezogen wurden, signiert und begrenzt auf insgesamt 30 Stück in allen Formaten und auf allen Trägern (Art. 278^{septies} des Code général des impôts und Art. 98 A Annexe III). Die Anforderung der Signierung durch den Künstler hängt von der Werkgattung ab: Sie ist obligatorisch für Fotografien und Keramik, aber nicht für Skulpturen. Die Hand des Künstlers wird immer für das Basisexemplar verlangt, von welchem aus die übrigen Exemplare hergestellt werden, als Beweis der Echtheit, um den reduzierten Mehrwertsteuersatz zu rechtfertigen.³⁵⁶ Das Folgerecht³⁵⁷ sieht ebenfalls eine Abgabe auf grafische und plastische Werke vor, die vom Künstler selbst oder unter seiner Verantwortung in begrenzter Stückzahl hergestellt werden (Art. L 122-8 du Code de la propriété intellectuelle [CPI]). Die vom Folgerecht vorgesehenen Beschränkungen unterscheiden sich von jenen im Steuerrecht. Alle Exemplare müssen vom Urheber signiert oder ordnungsgemäss autorisiert worden sein, und die Stückzahl ist für Abgüsse auf zwölf anstatt acht begrenzt, für Emailen auf acht anstatt eine. Die vom Steuerrecht ignorierten Videos schliesslich sind auf zwölf Stück beschränkt (Art. R 122-3 CPI), damit das Folgerecht gilt.³⁵⁸ Ausserhalb dieser Einschränkungen steht der Herstellung von 40 Abgüssen nichts im Wege; das hat jedoch zur Folge, dass die Stücke als «Extras» eingestuft werden, sodass der Käufer die ordentliche Mehrwertsteuer zahlen muss und kein Folgerecht geltend gemacht werden kann.

354 EZV, Einfuhrsteuer auf Kunstwerken, Publikation 52.22, Ausgabe 2018, 5.

355 EZV, Einfuhrsteuer auf Kunstwerken, Publikation 52.22, Ausgabe 2018, 6.

356 Vgl. TRICOIRE, Le Quotidien de l'Art 21.11.2014.

357 Der französische Code de la propriété intellectuelle (im Folgenden: «CPI») sieht ein Folgerecht vor, das es dem Künstler erlaubt, am Erlös jedes Verkaufs von grafischen oder plastischen Werken teilzuhaben, die in begrenzter Stückzahl durch ihn oder unter seiner Verantwortung hergestellt wurden (Art. L 122-8 CPI). Die vom Folgerecht vorgesehenen Beschränkungen unterscheiden sich von jenen im Steuerrecht.

358 Vgl. TRICOIRE, Le Quotidien de l'Art 21.11.2014, gemäss welchem «*les limitations prévues sont différentes du texte fiscal, tant il est vrai que le législateur adore la complexité*».

III. Einschränkung durch das Urheberrecht

- 167 Weitere Grenzen setzt das Urheberrecht. Dieses unterscheidet zwischen Originale und Reproduktionen (Kopien oder Exemplare) des Originalwerks.

1. Der Begriff des urheberrechtlich geschützten Werks

- 168 Urheberrechtlich geschützte Werke sind geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Bei der Revision des Bundesgesetzes über das Urheberrecht, die am 1. April 2020 in Kraft getreten ist, wurde der Werkbegriff des Urheberrechts ausgedehnt auf «[f]otografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte [...], auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben» (Art. 2 Abs. 3^{bis} URG).³⁵⁹ Die Bedingung «geistige Schöpfung» setzt voraus, dass das Werk auf einem Gedankenausdruck des Künstlers beruht.³⁶⁰ Diese Bedingung könnte heikel scheinen bei Schöpfungen mithilfe eines Computers, von künstlicher Intelligenz oder Robotern. In solchen Fällen kann man jedoch den Standpunkt vertreten, dass diese Schöpfungen dem menschlichen Willen des Programmierers oder Entwicklers des Roboters oder der Person entsprechen, die die Eingaben ausgewählt hat.³⁶¹ Die Bedingung «der Literatur und Kunst» dürfte in der Praxis aus dem Blickwinkel des Urheberrechts nicht massgebend sein. Es ist nun aber gerade der «individuelle Charakter», der im Allgemeinen massgebend ist für den Status des durch das URG geschützten Werks, unter Vorbehalt des Schutzes von Fotografien ohne individuellen Charakter.³⁶² Um eine Schöpfung individuellen Charakters handelt es sich nur dann, wenn etwas Neues vorliegt, mit anderen Worten, etwas, das vorher nicht existierte und geschaffen wurde, etwas, das sich ausreichend von schon Bestehendem unterscheidet.³⁶³ Die Neuheit bemisst sich sowohl aus der subjektiven Warte des Urhebers (d.h., was dem Urheber zum Zeitpunkt der Schöpfung noch nicht bekannt war) als auch aus der objektiven Warte des Standes der Schöpfung (d.h., was im betreffenden Bereich noch nicht bekannt war).³⁶⁴
- 169 Um festzustellen, ob ein Werk individuellen Charakter hat, ist das Umfeld des Werks bzw. die Gattung des Werks zu berücksichtigen.³⁶⁵ Man kann sich dann auf die statistische und vergleichende Individualität stützen, mit anderen Worten, sich mit einer statistischen Wahrscheinlichkeit begnügen, dass das Werk einzigartig ist (statistische Individualität), gestützt auf die Merkmale des Werks selbst und indem man ihm einen spezifischen Charakter gegenüber anderen Erzeugnissen gleicher Art und in Bezug

359 Vgl. Kap. 7 Rz 8 ff.

360 BGE 130 III 168 E. 4.5, JdT 2004I 285.

361 Vgl. DE WERRA/BENHAMOU Kap. 7 Rz 119 ff.

362 Vgl. Kap. 7 Rz 8 ff, vorne Rz 165 ff.

363 BARRELET/EGLOFF, Art. 2 N 6; CARRON et al., Leitfaden, 51.

364 BARRELET/EGLOFF, Art. 2 N 6; CARRON et al., Leitfaden, 53, wonach eine blosser Kopie keine Schöpfung ist, da sie nicht neu ist. Hingegen kann sich die Neuheit insbesondere im Verweis auf ältere Stile oder in einer neuen Kombination von bereits bekannten Elementen äussern.

365 BARRELET/EGLOFF, Art. 2 N 8.

auf das Zielpublikum (vergleichende Individualität) zuerkennt.³⁶⁶ Die erforderliche individuelle Prägung hängt im Übrigen vom schöpferischen Spielraum des Urhebers im Einzelfall ab: je enger dieser Spielraum, desto kleiner der Anspruch an den erforderlichen Grad der Individualität.³⁶⁷ Dieser Spielraum ist oft begrenzt im Fall von Werken mit einer konkreten Funktion, wie Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. d URG) oder Werke der Baukunst (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. e URG), wegen der mit ihnen verbundenen technischen Zwänge.³⁶⁸ Der individuelle Charakter fehlt hingegen eindeutig im Fall von banalen oder routinemässigen Arbeiten; hingegen ist er anzuerkennen, wenn ausgeschlossen scheint, dass eine Drittperson bei gleicher Aufgabenstellung ein identisches Werk schaffen würde.³⁶⁹

2. Originalwerk oder blosse Reproduktion (nach Werkkategorie)

Die Frage, ob ein (neues) Originalwerk oder eine Kopie vorliegt, hängt daher davon ab, ob am Exemplar Änderungen vorgenommen wurden, und vom Ausmass dieser Änderungen. Es handelt sich um eine blosse Reproduktion des Werks, wenn das Exemplar einer reinen Transposition der Basisangaben ohne jede Änderung entspricht (erstellt anhand eines Originalwerks, oft in Form einer Gussform, eines Plans oder einer digitalen Datei) und/oder die Änderungen am Exemplar nicht eine ausreichende Individualität erreichen, um urheberrechtlich geschützt zu sein (z.B. unwichtige Elemente oder von technischen Zwängen, die keinen Spielraum lassen, diktierte Elemente).³⁷⁰ Hingegen handelt es sich um ein neues Werk, wenn verglichen mit dem Originalwerk die Änderungen bedeutend genug sind, um urheberrechtlich geschützt zu werden (z.B. wenn wichtige Elemente weggelassen, hinzugefügt oder geändert wurden).³⁷¹ In diesem Fall stellt das neue Werk ein eigenständiges Originalwerk dar, genauer: ein Werk zweiter Hand, das anhand des ursprünglichen Werks geschaffen wurde (sofern die individuellen Merkmale des letzteren erkennbar bleiben).³⁷²

So wird bei Einzelstücken (z.B. Gemälde, Aquarell, Zeichnung, Collage, Skulptur) jede neue Schöpfung grundsätzlich durch das Urheberrecht geschützt, sofern die individuellen Merkmale im Sinne des Urheberrechts im Ergebnis zum Ausdruck kommen. Hingegen scheint die Arbeit des Kopisten oder des Archivfotografen nicht ein genügend hohes Niveau an Individualität zu erreichen, da das Ziel der Arbeit eine möglichst getreue Nachbildung des Originalwerks ist, ohne neuen kreativen Beitrag,

366 Zur statistischen und vergleichenden Individualität vgl. CR PI-DESSEMONTET, Art. 2 URG N 14 ff. und 20. Betreffend Zielpublikum vgl. SENN, sic! 2017 532 («das relevante Zielpublikum, d.h. der massgebende Personenkreis»); THOUVENIN, Irrtum («intime Kenntnisse der jeweiligen Werkattung»). Eine interessante Parallele kann zu anderen Immaterialgüterrechten gezogen werden, nämlich bei der Bedingung der «Neuheit» in Kombination mit einem zusätzlichen Beitrag, damit der Schutz beansprucht werden kann (z.B. Einmaligkeit und spezifischer Charakter gegenüber anderen Werken der gleichen Gattung bei urheberrechtlich geschützten Werken; Neuheit und Nichtoffensichtlichkeit gegenüber dem Stand der Technik für patentrechtlich geschützte Erfindungen). Vgl. CR PI-DESSEMONTET, Art. 2 URG N 17.

367 Vgl. Kap. 7 Rz 8 ff.

368 BGE 136 III 225 E. 4.2; CARRON et al., Leitfaden, 53.

369 BARRELET/EGLOFF, Art. 2 N 8; CARRON et al., Leitfaden, 53.

370 CARRON et al., Leitfaden, 58.

371 WENGER BERGER, Architektur, 23 ff.; CARRON et al., Leitfaden, 59.

372 WENGER BERGER, Architektur, 24; CARRON et al., Leitfaden, 59.

und sie nicht genügend Änderungen aufweisen dürfte, die individuellen Charakter haben.³⁷³ Gemäss der statistischen und vergleichenden Individualität haben diese Änderungen keinen spezifischen Charakter gegenüber anderen Erzeugnissen der gleichen Gattung und in den Augen des Zielpublikums, um in den Genuss des Schutzes zu kommen.

- 172 Bei Serienwerken (z.B. Lithografie, Fotografie, Skulptur, Radierung) spricht man grundsätzlich vom Originalwerk in Bezug auf die ursprüngliche Schöpfung und das Trägermedium, mit dem sie realisiert wurde (Druckplatte, Negativ, Original-Gussform), aber nicht in Bezug auf die mit dem Träger produzierten Stücke, die keinerlei schutzfähige Änderung aufweisen (mit dem Originalwerk identische Kopie oder technische Änderungen, die ungenügend sind, um Individualität zu erreichen).
- 173 Bei den Fotografien wird seit der Revision des Urheberrechts im Jahr 2020 zwischen zwei Arten von Werken unterschieden: einerseits die «traditionellen» fotografischen Werke, die im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. g URG individuellen Charakter aufweisen, andererseits die fotografischen Wiedergaben ohne individuellen Charakter (Art. 2 Abs. 3^{bis} URG), das heisst Fotografien, bei denen «der ästhetische Wert oder der Zweck der Aufnahme für die Schutzbegründung unerheblich» ist.³⁷⁴
- 174 Bei den traditionellen fotografischen Werken muss, um zwischen Original und Kopie zu unterscheiden, das Ausmass der Änderungen in den Abzügen gewürdigt werden, das je nach der verwendeten Technik variiert: Bei der analogen Fotografie entspricht das Original zwei Objekten: dem Negativ und jedem Abzug mit ausreichend individuellem Charakter (was bei dieser Technik häufig der Fall sein wird, da von einem Abzug zum anderen erhebliche Unterschiede bestehen können). Das Negativ ist ein Originalwerk, wenn es auf dem Ausdruck der Gedanken des Künstlers beruht. Wenn die entwickelte Fotografie ebenfalls einen individuellen Charakter aufweist, ist sie ein aus dem Negativ abgeleitetes Originalwerk. Wenn hingegen jeder Abzug einer reinen Transposition des Negativs (ohne individuelle Änderung) entspricht, ist er als blosses Werkexemplar (Kopie) des Negativs einzustufen. Das heisst, dass mit «*Printed Later*» bezeichnete Abzüge in der Regel keine Originalwerke sind, ausser die Reproduktionstechnik verleiht dem Abzug einen individuellen Charakter, der sich von den anderen Abzügen unterscheidet.³⁷⁵ Bei der digitalen Technik gilt als Original im Sinne des Urheberrechts jede digitale Aufnahme mit individuellem Charakter (durch Komposition, Wahl des Themas, Bildausschnitt, Belichtung) oder mit digitaler Bearbeitung (Fotomontage), aber nicht die Digitalisierung der Abzüge als solche, da sie sich nicht vom statistischen Umfeld abheben. Bei den Abzügen entspricht das Original zwei Objekten: Dateien auf CD oder anderem greifbarem Träger (aber nicht die Daten selbst, da sie vom Menschen nicht erfassbar sind) und dem einzigen Abzug, der unter der Kontrolle des Künstlers gemacht wird (im Gegensatz zur analogen Fotografie, wo das Negativ und jeder einzelne Abzug zählen, ausser wenn der Abzug mit gängigen Ver-

373 Vgl. Kap. 7 Rz 8 ff.

374 Botschaft URG BBl 2018, 619. Den Fotografen, die solche Bilder machen, stehen die gleichen Verwertungs- und Urheberpersönlichkeitsrechte zu wie allen anderen Urhebern. Die Schutzdauer für ihre Aufnahmen beträgt jedoch 50 Jahre nach ihrer Herstellung.

375 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, 1303, 1323.

fahren wie C-Print, Inkjet Print hergestellt wird). Wie MOSIMANN/MÜLLER-CHEN hervorheben, liegt eine praktische Schwierigkeit darin, dass die Datei nicht altert (anders als das Negativ). Man kann daher nicht von «*Vintage Print*» sprechen. Eine Lösung besteht darin, vertraglich eine begrenzte Stückzahl vorzusehen (oft im Echtheitszertifikat und/oder auf dem Exemplar selbst).³⁷⁶ Manchmal räumt auch der Kaufvertrag dem Käufer das Recht ein, bei Ausbleichen des ursprünglichen Abzugs einen neuen Abzug mithilfe der detaillierten Instruktionen und der Basisdatei zu erstellen und/oder die Informationen in eine neue Datei zu konvertieren, wenn die Basisdatei obsolet geworden ist.³⁷⁷

Hinsichtlich der fotografischen Wiedergaben besteht diese Dichotomie zwischen Original und Kopie aus Sicht des Urheberrechts nicht mehr, da sie jetzt alle als Werke geschützt werden, ob Original (d.h. mit Unterschieden zwischen den verschiedenen Abzügen) oder Kopie (d.h. blosse Transposition der Basisinformationen).³⁷⁸ Der Gesetzgeber wollte nämlich den Schutz auf alle Aufnahmen ausweiten, «unabhängig davon, ob sie individuellen Charakter aufweisen oder nicht», sie können «jeglicher Art sein [...], z.B. kann es sich um alltägliche Familien- und Urlaubsfotos oder um Produktbilder handeln», und auch unabhängig von der «Qualifikation des Fotografen». ³⁷⁹ Das deckt sämtliche Abzüge ohne individuellen Charakter ab, ob digital. Ein solcher Schutz scheint ein einziges Ziel zu verfolgen: jegliche unbewilligte Nutzung durch Dritte zu bekämpfen, und somit nicht die schöpferische Arbeit, aber das blosse Verfahren, die Investitionen einer Aufnahme zu schützen, wie «*unter Benutzung strahlender Energie erzeugt werden (z.B. Bilder, die durch Infrarot- oder Röntgenstrahlen entstehen) sowie Mikro- und Makrokopien*». ³⁸⁰

175

Der Schutz dieser neuen Kategorie von «Werken» – fotografischen Wiedergaben – ist fragwürdig. Er widerspricht nämlich dem Zweck des Urheberrechtsgesetzes, die Kreativität zu schützen, und schafft eine Rechtsunsicherheit. Es wird schwierig sein, zu unterscheiden zwischen einerseits einer fotografischen Wiedergabe im Sinne von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG und andererseits einem traditionellen fotografischen Werk im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. g URG; dies ist aber wichtig, um insbesondere die Schutzdauer für den Abzug zu bestimmen (die erstgenannte ist 50 Jahre lang nach Herstellung geschützt, die letztgenannte 70 Jahre lang nach dem Tod des Künstlers). Die theoretisch einfachste Lösung – die aber Streitigkeiten erwarten lässt – ist, das Vorhandensein eines individuellen Charakters zu prüfen und, wenn dieser fehlt, anzunehmen, dass es sich um eine fotografische Wiedergabe handelt. Ebenfalls schwierig zu

376 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, 1310, mit dem Beispiel eines Echtheitszertifikats, das vorsieht: «*1/6 Edition with 1 Artist's Proof*», oder manchmal mehr Angaben, wie die «*Sea Scapes*» von Sugimoto, «*offset lithographs, each with embossed title, date and number (on the mount). Signed in pencil on one of the five text inserts*».

377 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, Rz 31, mit folgendem Beispiel: «*In the event that this inkjet print fades due to exposure to daylight or ages in any way, the owner has the right to produce a new inkjet print provided that the owner destroys the existing copy. A new print may be produced on a Hewlett Packard Z1600 series printer or a similar inkjet printer available in the future. To do this the image area must be enlarged to 200.2 CM x 133.6 CM.*».

378 Botschaft URG BBl 2018, 619: Der urheberrechtliche Schutz umfasst aufgrund von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG alle «Abzüge eines Negativfilms» (d.h. fotografische Abzüge).

379 Botschaft URG BBl 2018, 619.

380 Botschaft URG BBl 2018, 619.

bestimmen dürfte der Umfang des Schutzes sein, insbesondere des Urheberpersönlichkeitsrechts, z.B. für banale Aufnahmen und sonstige Bilder, die *«unter Benutzung strahlender Energie erzeugt werden (z.B. Bilder, die durch Infrarot- oder Röntgenstrahlen entstehen) sowie Mikro- und Makrokopien»*. Dieser Schutz wird schliesslich auch zu Auslegungsproblemen bei Kaufverträgen über ein fotografisches Werk führen, in denen präzisiert wird, dass das verkaufte Objekt ein «Original» ist. Die einfachste Lösung wäre theoretisch, den Begriff des «Originals» im Vertrag genauer zu definieren oder andernfalls auf die üblichen Auslegungsregeln für Verträge zurückzugreifen (hinten IV.). Eine andere Lösung gewesen wäre, ein neues verwandtes Schutzrecht zu schaffen, nach dem Vorbild des deutschen oder österreichischen Lichtbildschutzes, oder schlicht darauf zu verzichten, solche Wiedergaben unter dem Urheberrecht zu schützen, sondern auf andere Regelungen zurückzugreifen, um die Investitionen zu schützen (z.B. Art. 5 lit. c UWG).³⁸¹

- 176 Bei Multimedia-Werken (komplexes Kunstwerk, das verschiedene Elemente – bildende Kunst, Foto, Audiovisuelles, Film, oft digital und durch eine Software generiert – kombiniert), umfasst das Original im Allgemeinen die digitale Datei (CD, DVD; *«Complete Master Set of Components»*) und die allfälligen kompatiblen Geräte.³⁸² Eine praktische Schwierigkeit besteht darin, das Original zu bestimmen. Aus diesem Grund liegt einem Kaufvertrag oft ein Echtheitszertifikat bei, das garantiert und genau beschreibt, was das Originalwerk ist.³⁸³
- 177 Bei musikalischen Werken³⁸⁴ kann man als Originale die Originaldateien bezeichnen, mit deren Hilfe die Exemplare serienweise reproduziert werden können, sofern sie erhebliche Unterschiede aufweisen. Bei Vinyl-Schallplatten ist das für die Master-Bandaufnahme und die Matrize (d.h. die metallbeschichtete Pressplatte) der Fall, während jede Vinyl-Schallplatte ein mithilfe des Masters und der Matrize hergestelltes Exemplar ist. Bei CDs und digitalen Dateien stellt das Aufnahmeband das Original dar, während jede Kopie (auf CD oder als digitale Datei) ein Exemplar ist, da es sich um eine rein technische Transposition handelt oder da mit menschlichem Wahrnehmungsvermögen keine Unterschiede erkennbar sind bzw. keine neue Individualität besteht.
- 178 Bei den Werken der Baukunst³⁸⁵ besteht das urheberrechtlich geschützte Werk aus der geistigen Schöpfung, die im Bauwerk verkörpert oder im Plan (zu unterscheiden vom Bauwerk selbst, das den materiellen Träger darstellt) ausgedrückt ist. Mit anderen Worten können zwei Arten von Werken vorhanden sein: das Gebäude, so wie es i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. e URG realisiert worden ist (sofern der individuelle Charakter im Sinne des Urheberrechts im Gebäude verkörpert ist), oder das Werk, so wie es mittels der Pläne i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. d kommuniziert wird (sofern der individuelle Charakter, der aus dem Bau eine geistige Schöpfung im Sinne des Urheberrechts

381 Vgl. Kap. 7 Rz 195.

382 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, 1312.

383 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, Rz 38, nennen als Beispiel ein Echtheitszertifikat, das vorsieht: *«the work is authentic, unique and was created by the artist. The seller is the sole and absolute owner of the work and has good and marketable title of the work.»*

384 Vgl. Kap. 11.

385 Vgl. Kap. 9.

macht, im Plan zum Ausdruck kommt).³⁸⁶ Beide Arten von Werk geniessen den gleichen Schutz.³⁸⁷ Gemäss dem kantonalen Waadtländer Gericht stellt das aufgrund des Plans gebaute Werk grundsätzlich ein Werkexemplar im Sinne einer Reproduktion des auf dem Plan gestalteten Werks dar; das auf dem Plan konzipierte Werk bildet eine erste Fixierung der geistigen Idee und ist als das Originalwerk anzusehen.³⁸⁸ Dieser Entscheid scheint uns aus zwei Gründen seltsam: Erstens scheint eine solche Hypothese sehr (zu) theoretisch, d.h. beschränkt auf den Fall, in dem die Ausführung des Bauwerks einer reinen technischen Transposition der Daten der Pläne entspricht oder wo die vorgenommenen Änderungen keine Schöpfungen mit individuellem Charakter sind (z.B. unwichtige Elemente oder von technischen Zwängen diktiert, die nicht vorhersehbar waren und keinen Spielraum liessen, wie geologische Verhältnisse, die zum Verzicht auf einen Lichtschacht führen).³⁸⁹ Wenn zweitens jeder Bau als ein Exemplar des Plans (Originalwerk) angesehen wird, läuft das darauf hinaus, das Gebäude als ein Exemplar des Plans i.S.v. Art. 2 lit. d URG anzusehen (womit das Werk der Baukunst i.S.v. Art. 2 lit. e URG zum toten Buchstaben würde). In den seltenen Fällen, in denen ein Gebäude gegenüber dem Plan keinerlei Änderung aufweist oder die Änderungen rein technischer Art sind, könnte man freilich den Standpunkt vertreten, dass es sich lediglich um ein Exemplar des Originalplans handelt.

3. Sonderfall der Reproduktion in einem anderen Format oder Material

Eine heikle Frage ist, wie der Status eines Werkexemplars zu bestimmen ist, das nach einem ursprünglichen Werk, aber in einem anderen Format oder Material geschaffen wurde: Das Exemplar unterscheidet sich in diesem Fall zwangsläufig vom ursprünglichen Werk (z.B. Miniaturnachbildung einer grossformatigen Skulptur, Onyx-Nachbildung eines Bronzegusses). Handelt es sich um ein (neues) Original oder um eine Reproduktion? 179

Das Vervielfältigungsrecht gestattet es dem Künstler (oder seinem Rechtsnachfolger), jegliche Reproduktion seines Werks in identischer oder in geänderter – z.B. verkleinerter – Form zu verbieten.³⁹⁰ Es sagt jedoch nichts über den Status von Exemplaren, die in anderen Formaten oder Materialien produziert werden. Wie weiter oben dargelegt, ist das Ausmass der Änderungen massgebend dafür, ob es sich um ein Originalwerk oder eine Kopie handelt. Bei jedem Exemplar ist daher abzuschätzen, ob die darin vorhandenen Änderungen (Format und/oder Material) urheberrechtlich geschützt werden können oder nicht. Unserer Ansicht nach handelt es sich im Falle eines anderen Formats immer noch um eine Kopie, da diese Änderung keinen ausreichend hohen Grad an Individualität erreicht, um urheberrechtlich geschützt zu sein. 180

386 BGE 142 III 387; KGer VD, 26.6.2017, 60/2017/CKH, E. 3.c)aa).

387 KGer VD, 26.6.2017, 60/2017/CKH, E. 3.c)aa).

388 KGer VD, 26.6.2017, 60/2017/CKH, E. 3.c)aa).

389 CARRON et al., Leitfaden, 58.

390 Vgl. Kap. 7 Rz 39, wo auf einen Entscheid des OLG Hamburg verwiesen wird, ZUM 1995, 430 betreffend Werke von Maillol, die in verkleinerten Formaten produziert werden. Vgl. ferner Art. 2 EG-Richtlinie 2001/29: Das Vervielfältigungsrecht umfasst «das ausschliessliche Recht, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten».

Im Falle eines anderen Materials handelt es sich um eine Kopie, wenn das Material nebensächlich oder unwichtig für das Werk ist (z.B. eine Musikdatei, ein gängiges Buch). Hingegen kann man die Ansicht vertreten, es handle sich um ein (neues) Originalwerk, wenn das Material für das Werk von zentraler Bedeutung ist (z.B. Papierfotografie, die auf einem neuen Material abgezogen wird).

4. Sonderfall posthume Abzüge

- 181 Eine weitere heikle Frage ist auch die des Status posthumer Abzüge. Diese werden oft von den Erben gemacht, den Inhabern der Urheberrechte (zu denen auch das Vervielfältigungsrecht und das Recht auf Integrität des Werks gehören) und der Basisinformationen, welche die Reproduktion ermöglichen (Gussform für Skulpturen, Aufnahmeband für Tonaufnahmen). Sind solche Werke als Original oder als Kopie einzustufen?
- 182 Aus dogmatischer Sicht können posthume Abzüge in einigen Ausnahmefällen wohl die Bezeichnung «Originalabzug» erhalten. Die Bedingung des «individuellen Charakters» muss in der Tat im Werk selbst zum Ausdruck kommen (das sich ausreichend von schon Bestehendem unterscheiden muss);³⁹¹ es ist nicht mehr notwendig, dass das Werk an sich original ist und die persönliche Prägung seines Urhebers trägt.³⁹² Die Bedingung «*geistige Schöpfung*» setzt voraus, dass im Werk eine Idee des Künstlers zum Ausdruck kommt. So ist nicht einzusehen, was einer Bezeichnung eines posthumer Abzugs als Originalwerk in jenen Ausnahmefällen im Wege steht, in denen er die Idee des Künstlers zum Ausdruck bringt und sich von anderen Werken gleicher Art unterscheidet, beispielsweise wenn er nach genauen Anweisungen des Künstlers und/oder mit der originalen Gussform realisiert wird. So vertrat im Fall Camille Claudel das französische Kassationsgericht den Standpunkt, dass die Kopien der Skulptur «La Vague», die von der Nichte von Camille Claudel (Inhaberin der Vervielfältigungsrechte) hergestellt worden waren, nicht als «Originalwerk» bezeichnet werden durften, da die Abformungstechnik es nicht gestattete, das Originalwerk exakt identisch zu reproduzieren; damit deutete es an, dass posthume Abzüge, die dem Originalwerk in allen Einzelheiten entsprechen, als Originalabzüge eingestuft werden könnten (z.B. mit dem Originalnegativ erstellte Fotografie, digitales Werk, das auf einer intakten digitalen Datei beruht).
- 183 Anzumerken ist, dass dieser Ansatz dem schweizerischen und dem französischen Steuerrecht zu widersprechen scheint: Dieses sieht als Originalwerke die vom Künstler *geschaffenen* Werke an (d.h. die er ausschliesslich mit eigener Hand angefertigt hat oder die er nach seiner Idee durch Dritte anfertigen liess und/oder die unter seiner Aufsicht entstanden sind). Damit scheinen posthume Abzüge ausgeschlossen. Allenfalls und ausnahmsweise könnte man sagen, dass es sich um einen «Originalabzug»

391 CARRON et al., Leitfaden, 51. BGer, 13.2.2008, 4A_404/2007, sic! 2008 462, E. 2.3.1: «Die Individualität eines Werks ergibt sich aus der Vielzahl persönlicher Entscheidungen des Urhebers, aus überraschenden und ungewöhnlichen Kombinationen. Individualität grenzt sich ab von der Banalität oder routinemässiger Arbeit.»

392 BGer, 2.5.2011, 4A_78/2011, E. 2.1 und 2.4; BGE 136 III 225 E. 4.2 – Siebenthal; 134 III 166 E. 2.1, JdT 2008 I 361.

(auf Basis der Originalgussform und genauer Anweisungen des Künstlers) handelt, da es die Idee des Künstlers zum Ausdruck bringen kann (Bedingung der «geistigen Schöpfung»), aber keinesfalls um ein Originalwerk, da es sich nicht von bestehenden Werken des Künstlers unterscheiden kann (Bedingung des «individuellen Charakters»).

IV. Einschränkung durch das Vertragsrecht

Eine weitere Einschränkung ist die des Vertragsrechts, insbesondere wenn der Verkäufer eines Kunstwerks (z.B. ein Sammler oder Kunsthändler) sich gegenüber dem Käufer auf eine begrenzte Stückzahl verpflichtet. Diese Einschränkung wie auch die vertragliche Praxis dürften sich im Bereich der Fotografie weiterentwickeln, seitdem das neue URG den Schutzbereich auf fotografische Wiedergaben ohne individuellen Charakter ausgeweitet hat und diesbezüglich nun nicht mehr zwischen Originalwerken und Kopien unterschieden wird.³⁹³ Zu erwarten ist, dass die Parteien vermehrt zu diesem Mittel greifen werden, wie dies schon bei Verkäufen von Kunstwerken der Fall ist.³⁹⁴ Die Limitierung kommt im Allgemeinen in der Seriennummer auf den erstellten Exemplaren zum Ausdruck; sie ist somit eine vertragliche Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Käufer: Wenn alle gemeldeten Stücke verkauft sind, kommt kein weiteres «zusätzliches Stück» auf den Markt. Ebenso wird im Kaufvertrag in der Regel präzisiert, ob das verkaufte Objekt ein Original oder ein Stück einer Serie ist. Diese Verpflichtung ist eine wesentliche Bedingung des Vertrags, sie ist für den Kaufwillen massgebend und rechtfertigt den Preis.³⁹⁵ Was sind aber die rechtlichen Folgen, wenn zu dieser Serie zusätzliche Exemplare hinzukommen oder wenn sich das Original als «blosse» Kopie erweist, die vom Original abgezogen wurde?

1. Anwendbares Recht

Einleitend sei daran erinnert, dass der Vertrag das anwendbare Recht bestimmen kann. Der Verkauf eines Kunstwerks hat oft internationalen Charakter (z.B. wenn sich der Käufer, der Verkäufer und das Werk in verschiedenen Ländern befinden).³⁹⁶ Die Parteien können dann eine Rechtswahl vorsehen (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Erfolgt der Verkauf in einem Auktionshaus oder betrifft er ein teures Werk, ist oft im Vertrag (oder in den *Terms and Conditions* des Vertrags) ein Gerichtsstand vorgesehen. Die Rechtswahl muss jedoch ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben (z.B. gleiche Nationalität der Parteien, Verbindung zwischen dem Vertragsgegenstand und anderen Verträgen wie dem Kreditvertrag für den Kauf des Werks; Art. 116 Abs. 2 IPRG).³⁹⁷ Die Rechtswahl ist im Übrigen ausgeschlossen, wenn der Käufer den Kauf für seinen persönlichen Gebrauch tätigt

393 Vgl. vorne Rz 170 ff.

394 Vgl. Kap. 8 Rz 28 ff.

395 Vgl. TRICOIRE, *Le Quotidien de l'Art* 21. 11. 2014.

396 Für eine ausführliche Analyse der Frage des anwendbaren Rechts und generell der zivilrechtlichen Ansprüche beim Erwerb von Kunstwerken, vgl. Kap. 6 Rz 169 ff.

397 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, 1303.

(Art. 120 Abs. 2 IPRG). Allerdings ist der «persönliche Gebrauch» manchmal schwer abzugrenzen, insbesondere beim Kauf eines teuren Werks, das als Kapitalanlage angesehen werden kann.³⁹⁸ Ausser in diesen Fällen besteht bei einem Kauf im Allgemeinen keine Rechtswahl.

- 186 Fehlt eine Rechtswahl, untersteht der Kaufvertrag dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem der Verkäufer zu dem Zeitpunkt, an dem er die Bestellung empfängt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 118 IPRG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Haager Übereinkommens 1955). Es gilt jedoch das Recht des Landes, in dem der Käufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seine Geschäftsniederlassung hat, wenn die Bestellung in diesem Lande vom Verkäufer entgegengenommen wurde (Art. 3 Abs. 2 des Haager Übereinkommens 1955), insbesondere wenn es sich um den Kauf eines Werks bei einer Auktion oder an einer Kunstmesse (z.B. Art Basel) handelt. Wenn also ein Basler Galerist an der Art Basel einer New Yorker Galerie ein Werk abkauft, gilt Schweizer Recht, da der New Yorker Verkäufer die Bestellung in Basel entgegengenommen hat, dem Aufenthaltsort des Käufers.³⁹⁹ Wenn die Parteien ihre Niederlassung in Vertragsstaaten des Wiener Kaufrechts (WKR) haben, sind die Regeln dieses Übereinkommens anwendbar (Art. 1 Abs. 1 lit. a WKR). Wenn nur eine Partei ihre Niederlassung in einem Vertragsstaat des WKR hat, dann sind die Regeln des WKR anwendbar, wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen. Wenn z.B. ein Londoner Galerist bei einer Basler Galerie ein Werk kauft, dann gilt das WKR, wenn letztere den Londoner Galeristen wegen Vertragsverletzung verklagt. Das WKR gilt hingegen nicht bei Waren, die zum persönlichen Gebrauch oder im Rahmen einer Versteigerung gekauft wurden.⁴⁰⁰

2. Vor dem Kauf hergestellte zusätzliche Exemplare und Originale, die sich als Kopie erweisen: Gewährleistung für Mängel (Art. 197 ff. OR)

- 187 Wenn die zusätzlichen Exemplare bereits zum Zeitpunkt des Verkaufs existieren und im Rahmen des Verkaufs zum Vorschein kommen oder wenn sich das Original als «blosse» Kopie des Originals erweist, kann der Käufer vorbringen, dass der Kaufvertrag mit einem Mangel behaftet ist (Art. 197 OR). Er kann dann eine Minderung des Preises (Art. 205 OR und Art. 50 WKR) oder sogar die Aufhebung des Vertrages (Art. 205/208 OR und Art. 49 WKR) verlangen oder auch vorbringen, der Verkäufer habe ihn bei Vertragsabschluss vorsätzlich getäuscht, und den Vertrag für ungültig erklären (Art. 23 ff. OR).⁴⁰¹ Vorher sind jedoch ein paar spezifische Fragen zu beantworten, wie: Waren die Mängel dem Käufer bekannt? Musste der Verkäufer ihn informieren? Welche Forderung ist geltend zu machen?

398 Um zu definieren, was der persönliche Gebrauch eines Kunstwerks ist, kann man sich an das Steuerrecht halten, das Kriterien für die Steuerbefreiung von Hausrat und persönlichen Gebrauchsgegenständen vorsieht (Art. 13 Abs. 4 StHG), z.B. Kunstgegenstände, die keine Anlagen sind, sondern zum Hausrat des Käufers gehören. DE PREUX, *Fiscalité*, 1.

399 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, 1303.

400 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzer, 1303.

401 TRICOIRE, *Le Quotidien de l'Art* 21.11.2014.

Eine erste Frage geht dahin, ob der Käufer die Mängel kannte (Art. 200 OR). Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufs kannte (Art. 200 Abs. 1 OR bzw. Art. 35 Abs. 3 WKR), oder für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen (Art. 200 Abs. 2 OR) bzw. wenn er bei Vertragsabschluss darüber nicht in Unkenntnis sein konnte (Art. 35 Abs. 3 WKR). Hingegen haftet der Verkäufer für Mängel, wenn er Mängelfreiheit zugesichert oder den Käufer absichtlich getäuscht hat. Wenn es sich um zur bekannten Serie hinzukommende Künstlerexemplare handelt, deren Existenz dem Käufer nicht bekannt war und die verkauft werden (was der beim Kauf angegebenen Limitierung widerspricht), kann der Käufer eines nummerierten Exemplars der Serie den Standpunkt vertreten, das Vorhandensein weiterer Exemplare, die auf den Markt kommen, ändere den ursprünglichen Vertrag und stelle eine Pflichtverletzung des Verkäufers dar, der den Seltenheitswert und damit auch den Preis rechtfertigte. Wenn der Käufer hingegen über das Vorhandensein weiterer Exemplare, insbesondere von Künstlerexemplaren, informiert wird (z.B. mittels Erwähnung auf der Rechnung), stellt sich die Frage, ob er sich dennoch beschweren kann, wenn die zusätzlichen Exemplare verkauft werden und sich dadurch der Wert des von ihm erworbenen Exemplars vermindert.⁴⁰² Weiss er zum Zeitpunkt des ursprünglichen Verkaufs, dass diese Künstlerexemplare für einen späteren Verkauf bestimmt sind? Für die Beantwortung der Frage gelten die üblichen Auslegungsregeln, d.h. die subjektive (wirklicher Wille der Parteien)⁴⁰³ und subsidiär die objektive Auslegung (mutmasslicher Wille der Parteien nach dem Vertrauensprinzip)⁴⁰⁴. Üblicherweise werden solche Exemplare nicht verkauft, wenigstens nicht zu Lebzeiten des Künstlers, und sind Teil der Sammlung des Künstlers oder dienen als Ausstellungsexemplare. Ihr Verkauf kann daher unter Umständen Gegenstand von Anfechtungen sein; alles hängt davon ab, was vertraglich von den Parteien vereinbart wurde und was üblich ist.

In einer zweiten Frage geht es um die Prüfungspflicht des Käufers (Art. 201 OR). Der Käufer hat eine Prüfungspflicht nach Lieferung des Objekts (d.h. Übergabe des Werks an den Käufer oder seinen Vertreter), aber nicht vor dem Kauf.⁴⁰⁵ Jeder Käufer eines Werks (nicht nur Händler oder Sammler) ist verpflichtet, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache zu prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige zu machen (Art. 201 OR bzw. Art. 38 WKR). Unterlässt er dies, verliert er seine Gewährleistungsansprüche (Art. 201 Abs. 2 und 3 OR; Art. 39 Abs. 1 WKR). Es genügt, wenn der Käufer die üblichen Überprüfungen vornimmt. Er kann sie selbst vornehmen oder einen Dritten damit beauftragen. Ein Gutachten ist jedoch nicht erforderlich. Art und Umfang der Prüfungen hängen von den Gepflogenheiten, der Natur der Sache und vom Ausmass der Kenntnisse des Käufers ab.⁴⁰⁶ Eine solche Prüfungspflicht besteht in Bezug auf alte und/oder zu einem hohen Preis

402 TRICOIRE, *Le Quotidien de l'Art* 21.11.2014.

403 Zur Veranschaulichung siehe KGer FR, sic! 2003, 694. Vgl. ferner BGer, 23.4.2013, 4A_643/2012, E. 3.1; BGE 125 III 305 E. 2b m.H.

404 BGE 132 III 268 E. 2.3.2; 126 III 59 E. 5 a)–b), JdT2001 I 144; 125 III 305 E. 2b m.H. Siehe ausserdem BGer, 8.5.2008, 4A_104/2008, E. 4.2.

405 CR CO I-VENTURI, Art. 201 N 8.

406 BGE 95 II 119 E. 5.

verkaufte Werke (d.h. der Käufer muss die Echtheit des Objekts prüfen, auch wenn kein Verdacht besteht). Ausserdem obliegt sie einem Experten (z.B. Sammler, Kunsthändler, Kunsthistorikerin), insbesondere wenn bestimmte Aspekte ungewöhnlich scheinen. Hingegen darf ein einfacher Gelegenheitskäufer ohne besondere Kenntnisse des Kunstmarktes den Aussagen des Verkäufers zur Originalität des Werks vertrauen, ohne Überprüfungen vorzunehmen.⁴⁰⁷

- 190 Eine dritte Frage betrifft die allfällige Auskunftspflicht des Verkäufers. Oft ist es nämlich schwierig, zwischen dem Original und einer Kopie zu unterscheiden. Häufig wird beim Verkauf angegeben «Originaldruck», aber in Wirklichkeit entspricht das den digitalen Kopien eines analogen Drucks. Der Verkäufer hat in diesem Fall eine Auskunfts- oder Mitwirkungspflicht, neben seinen Hauptpflichten, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, ohne jeden Mangel und mit den zugesicherten Eigenschaften (Art. 184 und 197 ff. OR; Art. 30 und 35 WKR). Diese Pflicht ist im OR nicht ausdrücklich vorgesehen, wohl aber im einzelnen Vertrag nach den Handelsbräuchen (Art. 9 WKR), nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB und Art. 7 Abs. 2 WKR) oder als Nebenpflicht des Verkaufs.⁴⁰⁸ Handelt es sich um ein Kulturgut, hat der Verkäufer besondere Sorgfaltspflichten (Art. 1 lit. e, Art. 2 Abs. 1 und Art. 16 KGTG). Der Umfang dieser Pflichten hängt von den Umständen ab (bspw. kann es sich um die Pflicht handeln, dem Käufer Aufschluss über die Art des Werks, seine Einstufung als Original oder Kopie, und das allfällige Vorhandensein von Kopien auf dem Markt zu geben). Zu beobachten ist jedoch eine Tendenz, sie auszuweiten, insbesondere in Verträgen, die eine Asymmetrie bei der Verhandlungsmacht, den Kenntnissen oder dem Fachwissen der Parteien aufweisen, was ein Korrektiv erfordert.⁴⁰⁹ Diese Ausweitungstendenz mag hinsichtlich der Rechtssicherheit fragwürdig sein, doch wird der vorsichtige Verkäufer bestrebt sein, ein Maximum an Informationen im Kaufvertrag oder in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einzuschliessen. So kann man der Ansicht sein, zwischen einem sachverständigen Käufer und einer Galerie bestehe keine besondere Asymmetrie, sodass die Galerie keine besondere Auskunftspflicht (oder nur eine begrenzte Pflicht) hat. Hingegen besteht eine gewisse Asymmetrie zwischen einem Gelegenheitskäufer und einem grossen Auktionshaus; dieses sollte daher eine zusätzliche Informationspflicht bei einem Verkauf haben (und sei es auch nur aus Vorsicht, damit ihm nicht ein Versäumnis seiner Informationspflicht vorgeworfen werden kann). Diese Pflicht gilt als erfüllt, wenn beispielsweise Informationen im Kaufvertrag oder in den allgemeinen Verkaufsbedingungen enthalten sind (z.B. die Bezeichnung «*Vintage Print*», «*Modern Print*», «*Printed Later*», «*Estate Print*»), oder durch konkludentes Handeln (z.B. höherer Preis als Hinweis auf ein Originalwerk).⁴¹⁰ Bei Kulturgütern besteht überdies eine besondere Sorgfaltspflicht, die eine Informationspflicht einschliesst (Art. 16 Abs. 2 KGTG).⁴¹¹

407 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzler, 1303.

408 CR CO I-VENTURI, Art. 201 N 8.

409 CR CO I-THÉVENOZ, Art. 97–109 N 6.

410 MOSIMANN/MÜLLER-CHEN, FS Schwenzler, 1303.

411 Vgl. Kap. 6 Rz 208 ff.

Eine vierte Frage schliesslich ist, welche Ansprüche der Käufer stellen kann (Minderung oder Wandelung), wenn das Werk nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweist. Für Verträge, die dem OR unterliegen, kann der Käufer wählen zwischen Minderung und Wandelung (Art. 205 Abs. 1 OR). Hingegen besteht bei Verträgen, die dem WKR unterliegen, das Recht auf Aufhebung des Vertrages nur, wenn es sich um eine «wesentliche» Vertragsverletzung handelt (Art. 49 Abs. 1 und Art. 25 WKR). Mit anderen Worten: Der Mangel muss ein wesentliches Element des Vertrages betreffen und das von den Parteien verfolgte wirtschaftliche Ziel stark beeinträchtigen (sodass der Käufer kein Interesse mehr an der Vertragserfüllung hat).⁴¹² Die Vertragsverletzung kann beim Verkauf eines Kunstwerks als wesentlich gelten, wenn dieses als Original ausgegeben wird und sich als Fälschung erweist. Hingegen ist sie nicht unbedingt wesentlich, wenn ein Werk als Exemplar einer limitierten Serie ausgegeben wird, dann aber noch weitere Exemplare zur Serie hinzukommen. Kurz, alles hängt davon ab, ob das zusätzliche Exemplar dem Käufer einen grossen wirtschaftlichen Nachteil zufügt und, wenn das nicht der Fall ist, ob dann nur eine Preisreduktion verlangt werden kann. 191

3. Nach dem Kauf hergestellte zusätzliche Exemplare: selbständige Garantie

Werden nach dem Kauf zusätzliche Exemplare hergestellt, kann der Käufer den Standpunkt vertreten, dass Herstellung und Verkauf dieser Exemplare eine Vertragsverletzung darstellen, und entweder die Aufhebung des Verkaufs oder Schadenersatz verlangen.⁴¹³ Bevor diese Ansprüche definiert werden, muss die vertragliche Verpflichtung qualifiziert werden. Handelt es sich um eine Gewährleistung für Mängel i.S.v. Art. 197 ff. OR oder um eine selbständige Garantie i.S.v. Art. 97 ff. OR? 192

Mit der Gewährleistung für Mängel (Art. 197 OR) gibt der Verkäufer eine Zusicherung betreffend die Qualität ab. Wenn eine Diskrepanz zwischen der zugesicherten Qualität und der gelieferten Sache besteht, kann der Käufer einen Mangel geltend machen und auf Gewährleistung klagen (Art. 205 OR). Dieser Anspruch verjährt im Übrigen mit Ablauf von zwei Jahren nach Ablieferung der Sache an den Käufer (Art. 210 OR),⁴¹⁴ unter Vorbehalt einer vertraglich geänderten Verjährung oder der Verjährung betreffend Kulturgüter (Art. 196a OR). Wenn der Anspruch gutgeheissen wird, hat der Käufer die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern (Art. 205 Abs. 1 OR). Die Qualitätssicherung betrifft jedoch im Allgemeinen eine Eigenschaft, die der Sache zur Zeit des Gefahrenübergangs⁴¹⁵ innewohnt (unter Vorbehalt des Falls, in dem der Verkäufer sich verpflichtet, später eine zugesagte Qualität zu gewährleisten, z.B. wenn er zu einer Montage verpflichtet ist),⁴¹⁶ während die zu- 193

412 CR CO I-VENTURI, Art. 206 N 30, m.H. auf BGer, 15.9.2000, 4C.105/2000, SJ 2001 304: Lieferverzug; BGer, 28.10.1998, 4C.179/1998, RSDIE 1999 179: Wertminderung um 23,5 % der mangelhaften und als ungenügend befundenen Ware.

413 TRICOIRE, Le Quotidien de l'Art 21.11.2014.

414 BGE 96 II 115 E. 2b; CR CO I-VENTURI, Art. 197 N 20.

415 BGE 96 II 115 E. 2b.

416 CR CO I-VENTURI, Art. 197 N 20.

sätzlichen Exemplare einen Mangel darstellen, der nach dem Verkauf eintritt, da sie danach hergestellt werden. Sie ist daher zu verwerfen, und es ist die selbständige Garantie zu analysieren.

- 194 Mit der selbständigen Garantie (Art. 97 oder Art. 111 OR) verspricht der Verkäufer mittels einer selbständigen vertraglichen Verpflichtung, die über den gesetzlichen Rahmen hinausgeht, ein Ergebnis, das häufig wirtschaftlicher Art ist, insbesondere eine begrenzte Stückzahl. Mit anderen Worten: Es handelt sich um eine Verpflichtung des Künstlers, auf die Herstellung weiterer Exemplare zu verzichten (d.h. auf die Ausübung seiner Vervielfältigungsrechte als Urheber; Art. 97 ff. OR), oder um ein Versprechen des Verkäufers einer Leistung eines Dritten (d.h. des Verzichts des Künstlers auf die Herstellung weiterer Exemplare; Art. 111 OR). Man kann nach der Gültigkeit einer solchen Verpflichtung fragen, da sie als übermässig angesehen werden könnte. Sie ist aber sicher gültig, denn sie betrifft nur ein einziges Werk und stellt nicht einen allgemeinen Verzicht dar, der die schöpferische Freiheit des Künstlers einschränken würde. Im Falle einer Diskrepanz zwischen der zugesicherten Anzahl Exemplare und der tatsächlich hergestellten und verkauften Anzahl Exemplare kann der Käufer somit, nachdem er dem Verkäufer eine Frist für die Behebung des Mangels gesetzt hat, Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 97 OR) oder die Aufhebung des Vertrages (Art. 109 OR) fordern. Anders als bei der Gewährleistungsklage gilt für diesen Anspruch die übliche Verjährungsfrist von zehn Jahren (Art. 127 OR).
- 195 Es ist nicht immer einfach, den Umfang der selbständigen Garantie zu bestimmen. Wenn der Künstler sich verpflichtet (ausdrücklich im Kaufvertrag oder mittels des Echtheitszertifikats), die Exemplare in Bezug auf Anzahl, Datum, Grösse und Material («sämtliche Abzüge, Daten, Formate und Träger») zu begrenzen, was in der Praxis eher selten ist, ist er vertraglich verpflichtet, vom gleichen Werk keine zusätzlichen Exemplare herzustellen. Wenn diese Verpflichtung nicht präzisiert wird (z.B. wird nur das Datum, die Stückzahl oder das Material erwähnt, ohne weitere Präzisierung), ist es schwierig, die Grenze zwischen autorisierten Exemplaren und nicht autorisierten zusätzlichen Exemplaren (z.B. im folgenden Jahr in einem anderen Format produziertes Exemplar) zu ziehen. Bei fotografischen Abzügen beispielsweise ist es durchaus üblich, dass der Fotograf die Limitierung der Serie nicht als absolut ansieht: Für manche Fotografen gilt die Limitierung für ein bestimmtes Format und/oder einen bestimmten Träger, die auf dem Zertifikat genannt werden; ein Abzug in einem anderen Format und/oder auf einem anderen Träger ist damit ein neues Werk, das Teil einer neuen Serie ist. Ebenso könnte die das Datum betreffende Limitierung als Beschränkung auf ein bestimmtes Jahr angesehen werden, und ein Abzug im folgenden Jahr wäre Teil einer neuen Serie. Diese Graubereiche bezüglich der Anzahl Abzüge können daher rechtliche Probleme schaffen. Wenn der Käufer glaubt, er habe eine auf fünf Abzüge limitierte Fotografie gekauft, der Fotograf aber zehn Abzüge erstellt hat, könnte er der Meinung sein, der Wert seiner Fotografie sei verwässert worden.
- 196 Die Limitierung ist von Fall zu Fall nach den üblichen Auslegungsregeln zu beurteilen, d.h. der subjektiven (wirklicher Wille der Parteien)⁴¹⁷ und subsidiär der objektiven

417 Zur Veranschaulichung siehe KGer FR, sic! 2003 694. Vgl. ferner BGer, 23.4.2013, 4A_643/2012, E. 3.1; BGE 125 III 305 E. 2b m.H.

ven Auslegung (mutmasslicher Wille der Parteien nach dem Vertrauensprinzip)⁴¹⁸. Da die selbständige Garantie einem Verzicht auf die Ausübung der Vervielfältigungsrechte gleichkommt, ist die Limitierung auch nach der besonderen Auslegungsregel des Urheberrechts zu beurteilen, gemäss welcher der Urheber nur so viel seiner Rechte abtritt, wie es der Zweck des Vertrages erfordert (Zweckübertragungstheorie).⁴¹⁹ Wenn also Zweifel bezüglich des Umfangs der Verpflichtung bestehen, könnte der Künstler die Ansicht vertreten, dass das Fehlen eines Hinweises auf eine Serie oder einer Jahresangabe es ihm gestatte, im folgenden Jahr eine neue Serie aufzulegen. Es scheint angebracht, dem Urheber das Recht einzuräumen, weitere Exemplare zu produzieren, zumindest in den Folgejahren und/oder in einem anderen Material, sofern dies nicht ausdrücklich verboten wird und sofern die Unterschiede in den neuen Exemplaren klar vermerkt sind (z.B. auf dem Exemplar oder im Echtheitszertifikat). Ebenso scheint es angebracht, ihm die Herstellung von Exemplaren in einem anderen Format zu gestatten, sofern dieses Format sich ausreichend vom ursprünglichen unterscheidet (z.B. 13 × 13 vs. 40 × 60 vs. 76 × 115). Ein nur geringfügig geändertes Format (z.B. 40 × 60 vs. 45 × 68) sollte hingegen verboten werden.

4. Preisminderung und Schadenersatz

Im Folgenden sollen einige Denkansätze zur Quantifizierung des Anspruchs skizziert werden; im Übrigen wird auf die einschlägigen Kapitel verwiesen.⁴²⁰ Dem Käufer stehen die zwei Möglichkeiten offen, die Aufhebung des Vertrages oder eine Preisminderung (Art. 197 ff. OR) bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 97 ff. OR) zu verlangen. In beiden Fällen kann der Käufer eine Wertminderung seines Exemplars wegen der zusätzlichen Exemplare geltend machen. Aber wie ist diese Wertminderung zu beweisen? 197

Jede Klagemöglichkeit setzt eine Wertminderung des erworbenen Exemplars voraus.⁴²¹ Vorweg sei darauf hingewiesen, dass zwar jedes Exemplar, das als «Original» verkauft wird und sich als Kopie erweist, grundsätzlich zu einer Wertminderung führt, dass jedoch nicht jedes zusätzliche Exemplar eine Wertminderung des erworbenen Exemplars zur Folge hat: Je nachdem, wer der Käufer des zusätzlichen Exemplars ist, kann der Wert der anderen Exemplare steigen oder sinken. Wenn der Erwerber des zusätzlichen Exemplars ein grosses Museum oder ein bedeutender Sammler ist, steigt 198

418 BGE 132 III 268 E. 2.3.2; 126 III 59 E. 5 a)–b), JdT 2001 I 144; BGE 125 III 305 E. 2b m.H. Siehe ausserdem BGer, 8.5.2008, 4A_104/2008, E. 4.2.

419 BGer, 23.4.2013, 4A_643/2012, E. 3.1 m.H. Diese Auslegungsregel (in dubio pro auctore), die von der Rechtsprechung aufgrund von Art. 16 Abs. 2 URG und auch wegen der Position des Urhebers als oft schwächere Vertragspartei entwickelt wurde, ist zu nuancieren: Erstens tendiert die Rechtsprechung seit einigen Jahren dazu, sie autonom eher zum Nachteil der Urheber und zu Gunsten der Arbeitgeber anzuwenden (vgl. BGer, 8.5.2008, 4A_104/2008, E. 4.2; OGer ZH, 29.1.2009, E. 3.1, sic! 2011 228; ZivGer BS, 20.1.2004, sic! 2004 491, E. 2b; BezGer Unterrheintal, 14.2.2002, sic! 2002 591, E. II.4). Zweitens ist diese Regel nur als Ergänzung zur objektiven Interpretation und wenn die Umstände es erfordern anzuwenden.

420 Vgl. Kap. 6 Rz 169 ff.

421 CR CO I-VENTURI, Art. 206 N 31. Der Preis muss im Verhältnis zum Minderwert gesenkt werden (relative Methode, Art. 50 WKR), es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Minderwert unter dem Preis liegt (Art. 205 Abs. 3 OR).

der Wert. Somit gibt es keine Wertminderung, und es kann kein Anspruch geltend gemacht werden. Ist der Erwerber hingegen ein Unbekannter, wird der Wert der anderen Exemplare grundsätzlich verwässert und sinkt entsprechend. In einem solchen Fall hat der ursprüngliche Käufer daher einen Anspruch.

- 199 Sodann ist zu unterscheiden zwischen der Gewährleistung für Mängel (Art. 197 ff. OR) und der selbständigen Garantie (Art. 97 ff. OR). Bei der Gewährleistung für Mängel (Art. 197 ff. OR) muss der Preis im Verhältnis zum Minderwert gesenkt werden. Bis zum Beweis des Gegenteils wird vermutet, dass der vereinbarte Preis dem objektiven Wert der Sache entspricht. Man könnte dann den Standpunkt vertreten, grundsätzlich habe jedes zusätzliche Exemplar eine Wertverwässerung zur Folge, deren Ausmass im Verhältnis zur Anzahl bereits bestehender Exemplare steht. Wenn beispielsweise jedes Exemplar einer auf zehn Stück limitierten Serie für CHF 10 000 und ein zusätzliches Exemplar für CHF 10 000 verkauft wird, dann entspricht die Verwässerung für jedes Exemplar dem Wert des Zusatzexemplars (CHF 10 000) geteilt durch die Anzahl Exemplare (zehn), sodass jedes Exemplar eine Wertminderung von CHF 1000 erleidet. Das Problem ist, dass es Gegenbeispiele geben kann, wenn das Zusatzexemplar keine Wertminderung zur Folge hat, sondern im Gegenteil den Marktwert des Künstlers erhöht. Das kann dann der Fall sein, wenn das Zusatzexemplar an eine angesehene Sammlung oder ein Museum verkauft wird. Das Geschäft mit dem Zusatzexemplar lässt dann sicher den Wert des Künstlers und der anderen Exemplare steigen, sodass kein Minderwert geltend gemacht werden kann.
- 200 Bei der selbständigen Garantie (Art. 97 ff. OR) hat der Käufer, der sich über eine Vertragsverletzung beschwert, grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung für sein Erfüllungsinteresse, d.h. sein Interesse an der ordnungsgemässen und vollständigen Erfüllung des Vertrages (positiver Schadenersatz).⁴²² Der Käufer muss in die gleiche Situation versetzt werden, wie wenn sein Schuldner den Vertrag so wie vorgesehen erfüllt hätte. Insbesondere geht es um den Wert der nicht erbrachten Leistung (Minderwert infolge Ersatzleistung), den *entgangenen Gewinn* aus der wirtschaftlichen Nutzung oder dem späteren Vertrieb der Leistung, den an anderen Sachen des Gläubigers entstandenen *Schaden* wegen der nicht erbrachten Leistung, die nötigen Kosten für die Begutachtung des Schadens oder die Kosten wegen der zwischen Eintreten des Schadens und Leistung des Schadenersatzes verstrichenen Zeit (Ausgleichszins).⁴²³ So ist – anders als bei der Gewährleistung für Mängel, die Anspruch auf eine Preisminderung (im Verhältnis zum Minderwert) gibt – denkbar, dass ein Käufer bei der selbständigen Garantie verschiedene Posten geltend macht: einerseits die Preisminderung (im Verhältnis zum Minderwert, gleich wie bei der Gewährleistungsklage) und andererseits eventuell auch den entgangenen Gewinn beim Wiederverkauf des Exemplars zu einem tieferen Preis als erwartet und/oder einen allfälligen Wertverlust seiner Sammlung.

422 Ausser es besteht ein Grund für die Herabsetzung der Entschädigung, insbesondere weil der Geschädigte zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat (Art. 44 Abs. 1 OR durch Verweis von Art. 99 Abs. 3 OR), oder wenn das Geschäft keinen Vorteil für den Schuldner bezweckt (Art. 99 Abs. 2 OR). Vgl. CR CO I-THÉVENOZ, Art. 97 N 33.

423 CR CO I-THÉVENOZ, Art. 97 N 34.

V. Schlussbemerkungen: Definitionsvorschläge

Um die verschiedenen Definitionen (rechtliche und wirtschaftliche) kohärenter zu machen und Missbräuche oder Missverständnisse am Kunstmarkt zu vermeiden, empfehlen wir, folgende Definitionen zu verwenden: Als «*Original*» wird das einmalige Originalwerk bezeichnet, das vom Künstler selbst oder unter seiner Aufsicht geschaffen wurde,⁴²⁴ als «*Kopie*» jegliche Reproduktion des Originals (unabhängig vom Format), als «*authentische Abzüge*» Kopien, die vom Künstler selbst zu Lebzeiten gemacht wurden, und als «*posthume Abzüge*» von einem Dritten nach dem Tod des Künstlers hergestellte Kopien. Mit «*Fälschung*» schliesslich sind Erzeugnisse Dritter gemeint, die den Namen des Künstlers tragen.⁴²⁵ 201

424 Zu beachten ist der Sonderfall der fotografischen Wiedergaben ohne individuellen Charakter, die jetzt neu vom URG im Sinne von Art. 2 Abs. 3^{bis} URG geschützt werden und bei denen die Dichotomie zwischen Original und Kopie offenbar nicht mehr besteht. Siehe vorne Rz 173 ff.

425 Vgl. BENHAMOU, *Replications*, 164, wo der Autor diese Vorschläge bereits machte.