

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LK100007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Urteil vom 26. Februar 2013

in Sachen

1. **Erbengemeinschaft A.**_____, bestehend aus:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) ...

2. **B.**_____,
Kläger

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ und / oder
Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

Gemeinde C._____,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **Urheberrecht**

Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 2 f.):

"Es sei die Beklagte unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB gegen sie und die Mitglieder ihrer Organschaft bei Unterlassung zu verpflichten, der Klägerin 1 und/oder dem Kläger 2 zum Zwecke der Inventarisierung Zutritt zu sämtlichen sich im Besitz der Beklagten befindlichen, von B2._____ geschaffenen Fotografien, Zeichnungen, Ölbilder und Diapositiven zu gewähren;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Präzisiertes Rechtsbegehren (Urk. 20 S. 2 f.):

"Es sei die Beklagte unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB gegen sie und die Mitglieder ihrer Organschaft bei Unterlassung zu verpflichten, der Klägerin 1 und/oder dem Kläger 2 Zutritt zu sämtlichen sich im Besitz der Beklagten befindlichen Exemplaren von B2._____s Werken zu gewähren und die Erstellung eines schriftliches Verzeichnisses dieser Werkexemplare durch die Klägerin 1 und/oder den Kläger 2 zu dulden;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. B2._____ (1877-1965) gilt als einer der bekanntesten Schweizer Fotografen des 20. Jahrhunderts, der sich vor allem mit seinen Porträt- und Landschaftsfotografien einen Namen schuf (Urk. 2 S. 6 f., Urk. 6/3, Urk. 6/4, Urk. 6/6). Im Jahre 1950 (gemäss klägerischer Darstellung im Jahre 1960; Urk. 20 S. 17, S. 11) übergab er sein Geschäft, ein Porträtatelier und ein Postkartenverlag, seinem Sohn D._____ (Urk. 6/3, Urk. 13/11, Urk. 13/16, Urk. 13/17, Urk. 13/19, Prot. S. 6). Am 30. Dezember 1960 verkaufte B2._____ auch sein Haus in C._____ samt Mobiliar seinem Sohn D._____ (Urk. 21). Am 11. Januar 1977 schlossen D._____ und E._____ den folgenden Kaufvertrag (Urk. 13/13):

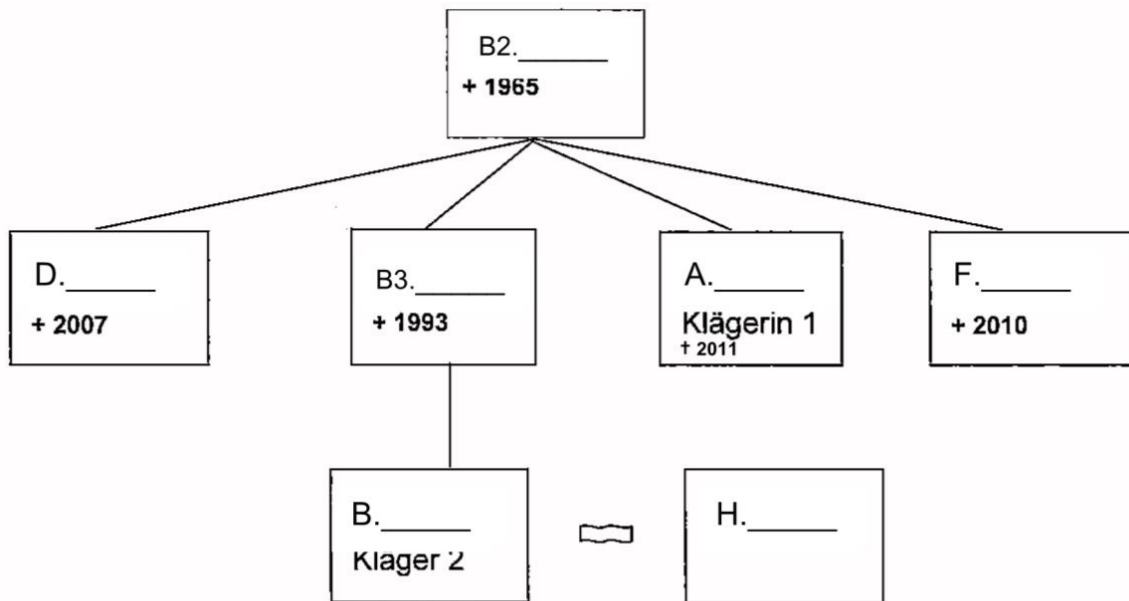
"Herr D._____, C._____ verkauft an E._____, ... [Adresse] (z.Z. ...) den photographischen Nachlass seines Vaters B2._____ sowie z. Teil eigene Photographien oder Negative, d.h.

1. Ca. 5000 Glasnegative samt Gestellen
ca. 90% davon von B._____
2. ca. 3000 Papierphotos 128 x 24 cm, zum Teil von D._____ + z. Teil von B2._____
3. Herr E._____ erhält das Copyright für das gesamte Material (im Preis wurde einberechnet einen Preis für ca. 5 Jahre, in welchem Herr D._____ noch Copyrights oder Abzüge aus dem Negativnachlass verkauft hätte).

Der Gesamtpreis beträgt 25'000 Sfr. (Fr. fünfundzwanzigtausend) und Herr D._____ bestätigt diese Summe heute von E._____ in bar erhalten zu haben."

In einer als "Entwurf" bzw. "Schriftliche Bestätigung einer mündlichen Einigung" bezeichneten Erklärung vom 17. April 1997 bekräftigten D._____ und E._____ den im Jahre 1977 geschlossenen Kaufvertrag über "sämtliche Photographien des Photogeschäftes B2._____" resp. über dessen gesamtes photographisches Werk. Sie präzisierten, dass neben sämtlichen Reproduktionsrechten (Copyright) und den gesamten wirtschaftlich verwertbaren Rechten auch die Urheberpersönlichkeitsrechte auf E._____ übergegangen sind (Urk. 13/14).

D._____ verstarb im Jahre 2007, seine Schwestern F._____ und A._____ (die ehemalige Klägerin 1) in den Jahren 2010 bzw. 2011. Der Kläger 2 (fortan Kläger) ist der Sohn des im Jahre 1993 verstorbenen zweiten Sohnes von B2._____, der ebenfalls B._____ hiess. Der Stammbaum lässt sich damit wie folgt darstellen (Urk. 12 S. 10, Urk. 2 S. 9):



2. Nach Darstellung des Klägers übergaben A._____ und F._____ in den Jahren 1998 und 2002 diverse Werke ihres Vaters – überwiegend Fotografien, aber auch Zeichnungen, Ölbilder und Diapositive – der Dokumentationsbibliothek C._____, deren Trägerin die Beklagte ist (Urk. 12 S. 8), zur Aufbewahrung (Prot. S. 5, Urk. 2 S. 10, Urk. 20 S. 7, S. 12). Nach Auffassung der Beklagten kam es lediglich zu einer einzigen Übergabe (und zwar schenkungshalber) im Jahre 1998 (Urk. 26 S. 4). Die (gemäss Beklagter) 1998 bzw. (gemäss Kläger) 2002 übergebenen Aufnahmen sollen aus der Sammlung der ... G._____ stammen, die mit B2._____ befreundet gewesen war und sich zeitweilen in C._____ aufgehalten hatte (Urk. 20 S. 8, Urk. 26 S. 4, Urk. 13/6, Urk. 13/12, Prot. S. 5). Für die Darstellung des Klägers spricht, dass die Beklagte von insgesamt 127 übergebenen Aufnahmen ausgeht (Urk. 12 S. 4 mit Verweis auf Urk. 13/3), der Nachlass G._____ indes nur 60 Fotografien umfasste (Urk. 12 S. 9, Urk. 13/12).

3. Im Jahre 2003 erwarb die Ehefrau des Klägers, H._____, die Liegenschaft von D._____ in C._____ samt Inventar (Urk. 13/9, Urk. 13/15). Mit Schreiben an die Dokumentationsbibliothek vom 16. Januar 2009 erklärten A._____ und F._____, sie würden ihre im Jahre 2002 gemachte Schenkung widerrufen bzw. für nichtig erklären. Zur Begründung führten sie an, ihr Bruder D._____ sei der Eigen-

tümer der übergebenen Bilder gewesen, weshalb die Übergabe der Bilder an die Dokumentationsbibliothek nicht rechtens gewesen sei. Durch den im Spätsommer 2003 erfolgten Haus- und Inventarverkauf seien sämtliche Eigentumsrechte an den Bildern von D._____ an H._____ übergegangen (Urk. 13/9, vgl. auch Urk. 13/8). Mit Schreiben vom 22. Juli, 12. August und 4. Dezember 2009 behaupteten die "Erben des Fotografen B2._____ und von dessen Sohn D._____" nunmehr, die Fotografien stünden im Gesamteigentum der Erben und seien an die Nachlass von B2._____ und D._____ zurückzugeben (Urk. 13/15, Urk. 28/29, Urk. 13/18). Die Beklagte beharrte auf dem Standpunkt, dass sie die ihr übergebenen Bilder schenkungsweise erhalten habe und eine Rückgabe nicht in Frage komme (Urk. 28/25-28, Urk. 28/30). Mit Schreiben vom 20. April 2010 ersuchte der Kläger als "Vertreter der Erbengemeinschaft von B2._____" unter Berufung auf Art. 14 URG um Besichtigung und Inventarisierung der von A._____ und F._____ der Dokumentationsbibliothek übergebenen Fotos, Zeichnungen, Ölbilder und Diapositiven (Urk. 6/8). Auch über die Frage des Zutrittsrechts entspann sich in der Folge ein Briefwechsel zwischen dem Kläger und der Dokumentationsbibliothek, die das klägerische Ansinnen ablehnte (Urk. 6/9-16).

4. Am 29. November 2010 reichten der Kläger und A._____ die Klageschrift mit erstgenanntem Rechtsbegehren ein (Urk. 2). Am 14. Februar 2011 beantwortete die Beklagte die Klage (Urk. 12). Am 14. März 2011 wurden die Parteien auf den 26. Mai 2011 zur Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vorgeladen (Urk. 14), die zu keiner Einigung führte (Prot. S. 44 ff.). In der Replik vom 23. August 2011 erfolgte eine Präzisierung des Rechtsbegehrens (Urk. 20). Die Duplik datiert vom 21. November 2011 (Urk. 26). Bereits am 24. September 2011 war A._____ verstorben (Urk. 30), weshalb das Verfahren bis 1. Oktober 2012 ruhte (Urk. 31, Urk. 41). Die vier eingesetzten Erben von A._____ verzichteten in der Folge auf das eingeklagte Recht und schieden aus dem Prozess aus (Urk. 41, Urk. 47). Der Kläger äusserte sich am 5. September 2012 zu den Folgen dieser Verzichte (Urk. 34). Die Beklagte reichte am 9. Oktober 2012 unaufgefordert eine kurze Stellungnahme ein (Urk. 42). Beide Eingaben wurden der Gegenpartei zugestellt (Urk. 39, Urk. 45).

5. Der Prozess erweist sich als spruchreif. Die Parteien haben auf öffentliche Urteilsberatung und auf mündliche Urteilsöffnung verzichtet (Urk. 32B, Prot. S. 20).

II.

1. Der Kläger führte zur Begründung der Klage aus, B2._____ habe die ihm zustehenden Urheberrechte an seinen Werken nie an Dritte übertragen, so dass sie in seinen Nachlass gefallen seien (Urk. 20 S. 21). Die Übergabe des Geschäfts an seinen Sohn D._____ habe höchstens eine Lizenzierung, aber keine Übertragung von Urheberrechten in sich geschlossen (Urk. 21 S. 11). Da mit Bezug auf die Urheberrechte nie Erbteilungen stattgefunden hätten, seien sie immer weitervererbt worden (Urk. 20 S. 9 f., Urk. 2 S. 8 f.). Habe D._____ keine Urheberrechte erworben, habe er mangels Verfügungsberechtigung auch keine Urheberrechte an E._____ übertragen können (Urk. 20 S. 11). Auch die Nachkommen von B2._____ hätten nie Urheberrechte an Dritte übertragen (Urk. 20 S. 10). Da der Kläger und A._____ die Erben des Urhebers B2._____ seien, verfügten sie über die Urheberrechte an seinem Werk (Urk. 20 S. 21, Urk. 2 S. 8 f.). Die Urheberpersönlichkeitsrechte, die vererblich, aber nicht übertragbar seien, wären aber selbst dann bei den Erben verblieben, wenn B2._____ oder D._____ Urheberrechte übertragen hätten (Urk. 20 S. 21, Urk.- 2 S. 15). Nachdem die eingesetzten Erben von A._____ im hier interessierenden Zusammenhang auf ihre Erbenstellung verzichtet hätten, sei der Kläger an den Urheberpersönlichkeitsrechten von B2._____ nunmehr alleine berechtigt (Urk. 34 S. 6). Zu den Urheberpersönlichkeitsrechten gehöre insbesondere das Zutrittsrecht im Sinne von Art. 14 Abs. 1 URG und das Ausstellungsrecht gemäss Art. 14 Abs. 2 URG. Da die Beklagte Werkexemplare von B3._____ besitze, sei sie passivlegitimiert. Der Kläger beabsichtige, die im Besitze der Beklagten befindenden Werke zu inventarisieren, insbesondere im Hinblick auf zukünftige Ausstellungen und Publikationen. Die Voraussetzungen von Art. 14 URG seien damit erfüllt und die Klage sei gutzuheissen (Urk. 20 S. 21 f.).

2. Die Beklagte hält auf Abweisung der Klage und stellt sich auf den Standpunkt, die Urheberrechte seien gar nicht Teil der Nachlässe gewesen. Erstens habe die Geschäftsübergabe an den Sohn D._____ im Jahre 1950 auch den Übergang der Rechte an den Werken B2._____s umfasst, da andernfalls das Geschäft gar nicht hätte weitergeführt werden können (Urk. 12 S. 11). Beim Tod B2._____s seien somit weder Fotografien noch allfällige Rechte daran in den Nachlass gefallen. Zweitens habe D._____ im Rahmen des im Jahre 1977 getätigten Verkaufs sämtliche Urheberrechte (Vermögens- und Urheberpersönlichkeitsrechte) an den Werken B2._____s an E._____ übertragen (Urk. 12 S. 11 f.; Urk. 26 S. 7). Das Zutrittsrecht gehöre nicht zum Kernbereich des Urheberpersönlichkeitsrechts, sei rechtsgeschäftlich übertragbar und werde daher von der Abtretung an E._____ erfasst, weshalb der Kläger nicht aktivlegitimiert sei (Urk. 12 S. 17 f., S. 19 f.; Urk. 26 S. 10). Auch wären die zwei Voraussetzungen des Zutrittsrechts in casu nicht erfüllt: Der Kläger verfüge infolge der Abtretung über keine Verwendungs- und Vermögensrechte, weshalb ein Zutritt seinerseits zur Ausübung dieser (ihm nicht zustehenden) Rechte gar nicht erforderlich sein könne (Urk. 12 S. 16, S. 19; Urk. 26 S. 10). An der Erforderlichkeit fehle es aber auch deshalb, weil weitere Werkexemplare anderswo – nämlich bei E._____, der über das gesamte Archiv verfüge – zugänglich seien (Urk. 12 S. 14, S. 15 f.). Letztlich gehe es dem Kläger nur darum, Beweismittel für die von ihm und seiner Ehefrau verlangte Rückgabe der mittlerweile sehr wertvollen Fotografien zu sammeln und einen Eingriff in die Rechte der Beklagten an den fraglichen Objekten vorzubereiten; dafür stehe das Zutrittsrecht aber gerade nicht zur Verfügung (Urk. 12 S. 14, S. 15 f., S. 19). Es komme hinzu, dass die Dokumentationsbibliothek in nächster Zeit selbst eine Inventarisierung der ihr übergebenen Fotografien vornehmen wolle. Eine zusätzliche Inventarisierung durch den Kläger würde dabei stören und die Objekte einer zusätzlichen, aus konservatorischen Gründen nicht vertretbaren Belastung aussetzen (Urk. 12 S. 14).

In der Duplik stellte die Beklagte den Werkcharakter und die Schutzfähigkeit der Arbeiten von B2._____ in Frage, indem sie vorbrachte, die Landschaftsfotografien entsprächen solidem Handwerk, stellten aber keine Kunst dar. Es

sprächen gute Gründe dafür, dass die vom Kläger beanspruchten Arbeiten B2._____s urheberrechtlich gar nicht geschützt seien (Urk. 26 S. 8).

III.

1. a) Der Prozess war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Auf das Verfahren kommt daher – nebst den bundesrechtlichen Bestimmungen (Art. 61 ff. URG) – das bisherige kantonale Verfahrensrecht zu Anwendung (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dabei bleibt eine gestützt auf das Gerichtsstandsgesetz vom 24. März 2000 (GestG) einmal begründete Zuständigkeit erhalten (Art. 404 Abs. 2 ZPO).

b) Die beklagte Partei ist eine Gemeinde eines schweizerischen Kantons und damit eine öffentlich-rechtliche juristische Person (Art. 52 Abs. 2 ZGB). Zivilprozessordnung und Gerichtsstandsgesetz finden auf streitige *Zivilsachen* Anwendung (Art. 1 GestG, Art. 1 ZPO). Die Beklagte hat nicht vorgebracht, die vorliegende Streitigkeit sei öffentlich-rechtlicher Natur und hätte ihrerseits mit Verfügung geregelt werden müssen (vgl. zum Benützungsverhältnis: Künzle, Schweizerisches Bibliotheks- und Dokumentationsrecht, Zürich 1992, S. 24 f., S. 183 ff., S. 361). Damit ist von einer Zivilsache auszugehen.

2. Der Kläger beruft sich auf den Klägergerichtsstand gemäss Art. 25 GestG (neu: Art. 36 ZPO) zufolge unerlaubter Handlung in Form einer Verletzung des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Anspruchs auf Zutritt zu Werkexemplaren (Urk. 2 S. 4). Die Beklagte stellt die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht in Frage (Urk. 12 S. 4) und hat sich vorbehaltlos zur Sache geäußert (Urk. 12 S. 5 ff.), so dass auch ein Gerichtsstand am Ort der Einlassung besteht (Art. 18 ZPO, Art. 10 GestG). Die sachliche Zuständigkeit stützt sich auf § 43 Abs. 2 GVG/ZH. Das Obergericht des Kantons Zürich ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache sachlich und örtlich zuständig.

3.1 Fotografien und ähnliche visuelle Werke geniessen Urheberrechtsschutz, wenn sie geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter sind (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g). Der individuelle Charakter kann in verschiedenen Aspek-

ten zum Ausdruck kommen, so in der Bildkomposition, in der Lichtgestaltung, in der Bearbeitung des Negativs bei der Entwicklung oder in der Auswahl des fotografierten Objekts (BGE 130 III 168, 173). Die menschliche Einflussnahme kann in einem speziellen Bildausschnitt, einer ungewöhnlichen Perspektive, in der Auswahl eines Farb- oder Schwarzweissfilms, eines hoch oder wenig licht empfindlichen Films, im Einsatz einer bestimmte Linse oder Blende oder eines Filters liegen (von Büren/Meer, SIWR II/1, S. 119). Die Werke der bildenden Kunst (wie Gemälde und Zeichnungen) besitzen an sich individuellen Charakter, sind also – unter Vorbehalt gewisser Einzelfälle der Gegenwartskunst – schutzfähig (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG; Cherpillod, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., N 49 zu Art. 2 URG).

3.2 Die Fotografien, Zeichnungen und Bilder, für welche der Kläger das Zutrittsrecht beansprucht, sind im Einzelnen nicht bekannt. Sie werden auch in dem von F._____ erstellten Inventar (Urk. 15/3) nicht näher bezeichnet. Lediglich auf einer von der Beklagten eingereichten Foto sind zwei Landschaftsbilder zu erkennen (Urk. 13/22). Bei dieser Sachlage kann sich die Beklagte, welche die Fotografien in ihrem Gewahrsam hat, nicht einfach darauf berufen, die vom Kläger beanspruchten Arbeiten von B2._____ seien urheberrechtlich nicht geschützt. Sie hat es unterlassen, die Werkqualität substantiiert zu bestreiten, obwohl sie dazu als Inhaberin der einzelnen Fotografien und Bilder in der Lage gewesen wäre. Infolgedessen ist für die Gewährung des Zutrittsrechts davon auszugehen, dass die Fotografien B2._____s die erforderliche Schutzhöhe erreichen, zumal der Kläger belegt hat, dass sich das fotografische Werk von B2._____ vom Durchschnittsschaffen deutlich abhebt, wie aus einem Beitrag der Fotostiftung Schweiz (zur Ausstellung 2005/2006) hervorgeht (Urk. 6/6):

"B2._____ (1877-1965) gehört zu den herausragenden Schweizer Fotografen des 20. Jahrhunderts. Seine Landschaftsfotografien aus dem ..., wo er während 46 Jahren lebte und arbeitete, sind auch im internationalen Vergleich einzigartig. Sie haben die Wahrnehmung der Schweiz als unverdorbenes Alpenland von paradiesischer Schönheit wesentlich mitgeprägt. Inspiriert von Malern wie Giovanni Segantini und Ferdinand Holder schuf B2._____ Bilder, die Ausdruck einer tiefen Naturverehrung, einer unermüdlichen Suche nach zeitloser Schönheit und metaphysischer Wahrheit sind. Seine sorgfältig aufgebauten, lichtdurchfluteten Kompositionen bringen eindrucksvoll die Erfah-

nung menschlicher Nichtigkeit angesichts der Grösse und Erhabenheit der Bergwelt zum Ausdruck. Erstaunlicherweise hat B2.____s Werk aber bis heute nicht die Wertschätzung erfahren, die es verdient."

Diese Beschreibung spricht für sich. In der Ausstellung der Fotostiftung Schweiz wurden rund 150 Arbeiten aus verschiedenen öffentlichen und privaten Sammlungen gezeigt (Urk. 6/6), darunter auch "Abbildungen von den Werkexemplaren der Beklagten" (Urk. 12 S. 9). Die Beklagte weist sodann selbst darauf hin, dass ab 2007 für gewisse Abzüge im Kunst- und Auktionshandel Preise zwischen Fr. 40'000.– und Fr. 70'000.– erzielt wurden (Urk. 12 S. 4). Auch vertritt sie in der Klageantwort die Ansicht, B2.____ gehöre zu den herausragendsten Fotografen seiner Zeit (Urk. 12 S. 8). In der von ihr erwähnten Monographie (Peter Pfrunder und Beat Stutzer [Hrsg.], B2.____: Das fotografische Werk, Bern 2005) wird B2.____ mit dem weltberühmten amerikanischen Fotografen Ansel Adams verglichen (Urk. 13/11). Wenn die Beklagte in der Duplik die Qualität der Werke B2.____s auf das Niveau des Durchschnittsschaffens und gefälliger Abbildungen herabmindert, kann ihr nicht gefolgt werden. Der Fachwelt zufolge handelt sich bei den Fotografien B2.____s um eigentliche "Bildkompositionen" bzw. "Gemälde" (Urk. 13/12) und nicht um blosse "Reproduktionsfotografien", so dass ohne weiteres von geistigen Schöpfungen mit individuellem Charakter gesprochen werden kann.

4.1 Der Kläger stellt eine rechtsgeschäftliche Übernahme der Urheberrechte anlässlich der Geschäftsübernahme durch D.____ in Abrede. Nach Auffassung des Klägers wurde mit Bezug auf die Urheberrechte B2.____s auch nie eine Erbteilung durchgeführt, so dass diese seinen Nachkommen bzw. Erben zur gesamten Hand und nach dem Ableben bzw. Verzicht aller weiteren Erben dem Kläger zustünden.

4.2 Für die Übertragung des Urheberrechts sieht Art. 16 URG Formfreiheit vor. Ein Rechtsübergang kann somit auch im Rahmen einer Geschäftsübernahme stillschweigend erfolgen (De Werra, Stämpfli's Handkommentar, 2. Aufl., N 33 zu Art. 16 URG). Die Übertragung des Urheberrechts und die Übertragung des Eigentums am Werkexemplar sind unabhängig voneinander vorzunehmen und zu

beurteilen (Art. 16 Abs. 3 URG). Die Trennung von Sacheigentum und Werknutzung muss freilich nicht bedeuten, dass das gleiche rechtliche Schicksal von Eigentum und urheberrechtlichen Befugnissen nicht möglich wäre.

4.3 Die rechtsgeschäftliche Erbteilung ist auf dem Wege der Realteilung oder mittels schriftlichem Erbteilungsvertrag möglich. Die Realteilung ist eine Teilung von Hand zu Hand und besteht in der (physischen) Entgegennahme der zu einem Erbteil gehörenden Sachen durch den einzelnen Erben. Erforderlich für die Bindung ist, dass die Nachlassgegenstände aus der gesamten Hand in die Individualrechtsphäre (d.h. das Alleineigentum) der einzelnen Erben übertragen werden (Prax Komm Erbrecht-Mabillard, N 4 und N 11 zu Art. 634 ZGB; BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, N 4 f., zu Art. 634 ZGB). Bei Fahrnis ist der Besitz zu übertragen, bei Grundstücken ist betreffende Erbe im Grundbuch einzutragen, Forderungen sind zu zedieren, Ordrepapiere zu indossieren, andere Rechte wie z.B. Immaterialgüterrechte sind nach den darauf anwendbaren Bestimmungen zu übertragen (BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, N 6 ff., zu Art. 634 ZGB). Auch im Rahmen einer Realteilung ist die Übertragung des Urheberrechts somit formfrei möglich.

4.4.1 D._____ war offensichtlich der Auffassung, er könne allein über die Urheberrechte am fotografischen Nachlass seines Vaters verfügen und sei zu deren Übertragung allein befugt. Andernfalls hätte er im Jahre 1977 das "Copyright für das gesamte Material" nicht auf E._____ übertragen können (Urk. 13/13). Demzufolge ging er entweder davon aus, er habe das "Copyright" von seinem Vater durch die Geschäftsübernahme erworben, oder er nahm an, eine Teilung des Nachlasses sei hinsichtlich der Urheberrechte zu seinen Gunsten erfolgt. Unbestrittenermassen hatte D._____ denn auch das Geschäft seines Vaters vor dessen Tod (1950 oder 1960) übernommen (Urk. 12 S. 11, Urk. 20 S. 17, Urk. 13/16, Urk. 13/19). Die Übernahme des gesamten väterlichen Geschäfts, eines Postkartenverlags mit eigener Postkartenproduktion (Urk. 13/11, Urk. 13/16), spricht für die Übernahme mit Aktiven und Passiven, d.h. für eine Vermögensübertragung unter Einschluss der Urheberrechte, und gegen die Einräumung blosser Nut-

zungsbefugnisse (Lizenz). Die Ausübung des Urheberrechts ist häufig an den Gebrauch gegenständlicher Werkexemplare gebunden (Ausstellung des Kunstwerks; Vorführung der Filmkopie; vgl. Rehbindler/Viganò, Urheberrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 15 zu Art 16 URG). Dies war auch hier insofern der Fall, als der Sohn D._____ "manches Bild seines Vaters farbig wiederholte und zu neuen, von der Farbstimmung getragenen Resultaten kam" (Urk. 12 S. 11 mit Verweis auf Urk. 13/16). Im Jahre 1997 bestätigte D._____ gegenüber E._____, dass die Führung des Fotogeschäfts sowie die sich daraus ergebenden Einkünfte gemäss Abmachung mit den andern Mitglieder der Erbengemeinschaft B2._____ ihm allein zustehen würden; die inskünftig erzielten Einkünfte aus Urheber- bzw. Reproduktionsrechten würden bis zum Tod von D._____ zwischen den Vertragsparteien geteilt (Urk. 13/14).

4.4.2 Die inzwischen verstorbenen A._____ und F._____ teilten der Dokumentationsbibliothek in ihrem Schreiben vom 16. Januar 2009 mit, persönliche, aber insbesondere rechtliche Gründe würden sie dazu bewegen, die Schenkungen zu widerrufen bzw. als nichtig zu erklären. Durch eine vom bisherigen Inhalt dieses Schreibens unabhängige Gegebenheit hätten sie festgestellt, dass ihr Bruder D._____ das alleinige Verfügungsrecht über den Nachlass von B2._____ bzw. das Eigentum an sämtlichen der Dokumentationsbibliothek übergebenen Bildern besessen habe (Urk. 13/9). Nach Auffassung der beiden Schwestern war D._____ somit befugt, die im Kaufvertrag vom 1977 enthaltene Abtretung der Urheberrechte am fotografischen Nachlass ihres Vaters vorzunehmen, was ein Rechtserwerb von einer nichtberechtigten Person ausschliesst.

4.4.3 Mit Schreiben vom 22. Juli 2009 teilte Rechtsanwalt Dr. X3._____ namens der Erben von A._____ und D._____ (also namens des Klägers und von A._____ und F._____) dem Rechtsvertreter der Beklagten "zum tatsächlichen Hintergrund" mit, B2._____ habe im Jahre 1960 sein Haus samt Mobiliar an D._____ verkauft. Als B2._____ gestorben sei, seien praktisch keine Vermögenswerte vorhanden gewesen. Die vorhandenen seien unter den Erben geteilt worden. Über weitere unbekannte Gegenstände sei keine Teilung vereinbart wor-

den. Im Jahre 2003 habe D._____ das Haus samt Mobiliar und Inventar an H._____ verkauft. Gemäss Erbbescheinigung habe D._____ als Erben den Kläger, A._____ und F._____ hinterlassen. Die noch vorhandenen Vermögenswerte seien unter diesen Erben aufgeteilt worden, wobei über unbekannte Vermögenswerte keine Teilung vereinbart worden sei. D._____ habe zu Lebenszeiten einen regelrechten Ausverkauf der Fotografien seines Vaters vollzogen. F._____ und A._____ hätten diverse Fotografien aus dem Haus von D._____ ohne dessen Einwilligung entfernt. Die Dokumentationsbibliothek habe illegal erworbene Objektive erhalten. Die Fotografien hätten nämlich im Eigentum von D._____ gestanden (Urk. 13/15). In diesem Schreiben gehen sämtliche dazumal lebenden Erben davon aus, der Nachlass von B2._____ sei aufgeteilt und das Eigentum an den Werkexemplaren D._____ überlassen worden. Von der Zuweisung der *Urheberrechte* ist in diesem Schreiben zwar nicht die Rede; doch können diese auch nicht als "weitere unbekannte Gegenstände" bezeichnet werden, deren Teilung vorbehalten wurde. Wenn der Kläger im vorliegenden Verfahren nunmehr die Meinung vertritt, es seien keine Erbteilungen erfolgt (Urk. 2 S. 8 f.), muss er sich sagen lassen, dass er nicht je nach Interessenlage seinen Standpunkt ändern kann. Andererseits steht fest, dass die Urheberrechte zu keinem Zeitpunkt vom Kläger oder von F._____ und A._____ zu Alleininhaberschaft beansprucht wurden.

4.4.4 Der Kläger hat nie geltend gemacht, die übrigen Erben (sein 1993 verstorbener Vater B3._____ und seine beiden Tanten) hätten vom Kaufvertrag vom 11. Januar 1977 und damit von der Übertragung der Urheberrechte an E._____ keine Kenntnis erlangt. Ihnen war vielmehr bewusst, dass D._____ einen regelrechten Ausverkauf der Fotografien seines Vaters betrieb. Dieser Ausverkauf vollzog sich in erster Linie mit dem Kauf durch E._____, der allein rund 4'500 Glasnegative und 3'000 (zum Teil auch von D._____ geschossene) Papierfotos umfasste, was im Kaufvertrag als "Verkauf des photographischen Nachlasses B2._____s" bezeichnet wurde (Urk. 13/13; vgl. auch Urk. 12 S. 9 und Urk. 13/12 "für das persönliche Archiv"). Nicht entscheidend ist, ob *alle* Aufnahmen bei E._____ zu finden sind, was der Kläger bestreitet (Urk. 20 S. 9), zumal die Parteien darin übereinstimmen, dass einige Aufnahmen in die Sammlung von G._____

gelangten (Urk. 20 S. 8, Urk. 26 S. 4). Dass E._____ in den siebziger Jahren nicht nur einen grossen Teil an Werkexemplaren sondern überhaupt die Rechte am fotografischen Nachlass von B2._____ erworben hatte, wird auch im Vorwort des bereits erwähnten, im Jahre 2005 erschienen Werks "B2._____ – Das fotografische Werk" erwähnt und war somit den interessierten Kreisen allgemein bekannt (Urk. 13/12). Die Fotostiftung Schweiz war für die Realisierung der Ausstellung (2005/2006) denn auch auf die Unterstützung E._____s angewiesen (Urk. 6/6). Der Kläger, F._____ und A._____ haben den 1977 begründeten Rechtszustand über längere Zeit stillschweigend geduldet und bis zu diesem Prozess den aus dem Jahre 1977 stammenden Kaufvertrag, der 1997 bestätigt wurde, nie in Frage gestellt oder dagegen interveniert. Auch vom 1993 verstorbenen Vater des Klägers sind keine Einwendungen bekannt. Erst in der Replik wurde ausgeführt, die Kläger hätten "deshalb" mit E._____ Kontakt aufgenommen, ohne zu sagen, was mit dieser Kontaktaufnahme genau beabsichtigt wird (Urk. 20 S. 11).

4.4.5 Die Übernahme und Weiterführung des Fotogeschäfts durch D._____, sein unbestrittenes Verfügungsrecht über die Fotografien, die Bestätigung der Erbteilung des Nachlasses von B2._____ durch die Erben und deren jahrelange Duldung einer Rechtswirklichkeit sprechen vorliegend für einen stillschweigenden Rechtsübergang in dem Sinne, dass die Übernahme des photographischen Nachlasses durch D._____ (sei es vor oder nach dem Tod B2._____s) umfassend verstanden wurde und auch die Immaterialgüterrechte in sich schloss. Demzufolge war D._____ berechtigt, im Jahre 1977 bzw. 1997 über die Urheberrechte am fotografischen Nachlass seines Vaters zu verfügen.

5.1 Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass E._____ das Urheberrecht am photographischen Nachlass B2._____s einschliesslich der (übertragbaren) Urheberpersönlichkeitsrechte erworben hat. Die Erben von B2._____ haben demgegenüber nur die unübertragbaren Persönlichkeitsrechte erworben. Der Kläger macht geltend, das Zutrittsrecht im Sinne von Art. 14 URG sei als Teil des Urheberpersönlichkeitsrechts rechtsgeschäftlich nicht übertragbar und daher bei

B2._____ resp. bei der Erbengemeinschaft und nun bei ihm als einzig verbliebenen Erben verblieben.

5.2 Ob das Zutrittsrecht rechtsgeschäftlich übertragen werden kann, ist in der Lehre umstritten (befürwortend: von Büren/Meer, SIWR II/1, S. 239; Hilty, Urheberrecht, Bern 2011, N 205; Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, S. 25 f.; Dessemontet, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, N 1036 [zum Ausstellungsrecht]; ablehnend: Dessemontet, SIWR II/1 S. 211; Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N 2 zu Art. 14 und N 6 zu Art. 16 URG; Rehbinde/Viganò, a.a.O., N 2 zu Art. 14 URG; De Werra, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., N 26 zu Art. 16 URG; Seemann, Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Zürich 2008, S. 325, der aber einen Verzicht für möglich hält). Der Lehrstreit in dieser Frage erscheint als ein Aspekt der Uneinigkeit darüber, ob und inwieweit Urheberpersönlichkeitsrechte abgetreten werden können (vgl. De Werra, a.a.O., N 15a ff. zu Art. 16 URG; von Büren/Meer, SIWR II/1 S. 236 ff.; Hilty, Urheberrecht, N 275 ff.). Beizupflichten ist der Auffassung, dass die Frage der Übertragbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts nicht abstrakt, sondern je nach dem in Frage stehenden "droit moral" beantwortet werden muss (De Werra, a.a.O., N 20 zu Art. 16 URG).

5.3 Art. 14 Abs. 1 URG lautet wie folgt:

"Wer ein Werkexemplar zu Eigentum hat oder besitzt, muss es dem Urheber oder der Urheberin so weit zugänglich machen, als dies zur Ausübung des Urheberrechts erforderlich ist und kein berechtigtes eigenes Interesse entgegensteht."

Mit dem Zutrittsrecht (sowie dem Ausstellungsrecht und dem Schutz vor Zerstörung) wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Veräusserung des Werkexemplars faktisch doch einer Veräusserung des Rechts gleichkommt. Ohne das Zutrittsrecht wäre ein Künstler mit dem Problem konfrontiert, zu seinem Werk, das nur in einem einzigen Exemplar existiert und das sich im Eigentum einer Drittperson befindet, keinen Zugang mehr zu haben. Ohne Zugang können aber die dem Künstler verbliebenen Verwendungsrechte (Vervielfältigung – also insbesondere Fotografien – von Gemälden, Abdruck bei Plastiken etc.) nicht ausgeübt werden

(Barrelet/Egloff, a.a.O., N 1 und N 4 zu Art. 14 URG; Hilty, Urheberrecht, N 204). Gemäss Botschaft soll das Zutrittsrecht dem Urheber, der das einzige Werkexemplar einem Dritten zu Eigentum vermacht hat, etwa erlauben, sein Werk zum Zweck der Vervielfältigung zu fotografieren, oder eine Nachbildung oder Bearbeitung davon herzustellen (BBI 1984 III 212). Die Sicherung der Verwendungsrechte – und nicht so sehr die Aufrechterhaltung der ideellen Bande zwischen dem Schöpfer und seinem Werk – steht also im Zentrum der gesetzlichen Regelung (vgl. auch Alois Troller, Immaterialgüterrecht, 3. Aufl., Basel 1985, S. 695). Wenn in der Botschaft weiter ausgeführt wird, das Zutrittsrecht könne nur vom Urheber selbst oder (gemäss Art. 20 Abs. 2 E-1984) von seinem Rechtsnachfolger *von Todes wegen* geltend gemacht werden, kann daraus nicht abgeleitet werden, das Zutrittsrecht sei nicht übertragbar. Der Entwurf des Bundesrates von 1984 basierte noch auf dem Grundsatz der Unübertragbarkeit des Urheberrechts unter Lebenden (BBI 1984 III 214, 270).

Zwar kann die Verpflichtung des Eigentümers, dem Urheber Zugang zu seinen Werkstücken zu gewähren, auch als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Urhebers begriffen werden. Doch soll dies eben nur unter der Bedingung gelten, dass der Urheber mit dem Werkexemplar nicht auch das Urheberrecht veräussert hat (Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Basel 1996, S. 529). Für Hilty zählt das Zutrittsrecht denn auch "nur" zu den "persönlichkeitsrechtsnahen Rechten" und jedenfalls nicht zum persönlichkeitsrechtlichen Kern (Hilty, Urheberrecht, N 203 f.; vgl. auch Rehbinder/Viganò, a.a.O., N 1 der Vorbem. zu Art. 9 URG, und das deutsche UrhG, die das Zutritts- bzw. Zugangsrecht bei den "sonstigen Rechten des Urhebers" aufführen). Nach von Büren/Meer handelt es sich gar um ein Vermögensrecht mit urheberpersönlichkeitsrechtlichen Elementen (SIWR II/1 S. 239). Aus BGer 4A_638/2009 Erw. 3.3 vermag der Kläger nichts zu seinen Gunsten abzuleiten (vgl. Urk. 20 S. 18), da es in jenem Entscheid um das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG) ging.

5.4 Der beschriebene Zweck des Zutrittsrechts lässt sich am besten verwirklichen, wenn der Auffassung von Hilty gefolgt wird, der dafürhält, das Zutrittsrecht sei nicht an die Person des Urhebers gebunden, sondern müsse zwecks "Ausübung des Urheberrechts" letztlich jenem zustehen, welcher über das Urheberrecht verfüge, also auch einem derivativ Berechtigten (Hilty, Lizenzvertragsrecht, S. 25 Fn 95). Insofern ist der Auffassung Seemanns, die teleologische Sicht könne nichts zur Frage beitragen, ob der Annahme der Übertragbarkeit oder der Unübertragbarkeit des Zutrittsrechts gefolgt werden soll (Seemann, a.a.O., S. 324), zu widersprechen. Dass auch der Rechtsnachfolger des Urhebers ein legitimes (mittelbares) finanzielles Interesse am Zutrittsrecht hat, weil er ohne dasselbe seine Vermögensrechte am betreffenden Werk nicht wahrnehmen kann, führen auch von Büren/Meer als Begründung für die Übertragbarkeit an (SIWR II/1, S. 239). Das Recht auf Zutritt als Teilgehalt des Urheberrechts ist damit als übertragbar anzusehen.

Daran ändert nichts, dass der Kläger vorträgt, er beabsichtige lediglich, die Werkexemplare zu inventarisieren bzw. davon ein schriftliches Verzeichnis anzufertigen, um den künstlerischen Nachlass seines Grossvaters zu erforschen, zu pflegen und der Nachwelt vermehrt zugänglich zu machen (Urk. 20 S. 2, S. 12). Daraus ist zwar zu schliessen, dass der Kläger für die Ausübung des Zutrittsrechts keine Verwendungsrechte (zwecks Vervielfältigung oder Bearbeitung des Werkexemplars) benötigt. Auch trifft es zu, dass der Urheber den Zutritt lediglich zur Erstellung eines Werkverzeichnisses verlangen kann (Barrelet/Egloff, a.a.O., N 4 zu Art. 14; Vogel, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., München 2010, N 12 zu § 25 UrhG). Dies vermag aber nichts daran zu ändern, dass derjenige, der das Urheberrecht abgetreten hat, das Werk nicht mehr verwenden kann (Art. 10 URG). Die Herstellung eines Werkverzeichnisses kann nicht als Ausübung einer urheberrechtlichen Verwendungsbefugnis aufgefasst werden, die einen Verbleib des Zutrittsrechts beim abtretenden Urheber rechtfertigen könnte. Der Wunsch des Klägers nach Inventarisierung reicht nicht aus, das Zutrittsrecht als unübertragbar zu erklären und dem derivativ Berechtigten, der zur Ausübung

seines Urheberrechts allenfalls auf das Zutrittsrecht angewiesen ist, dieses zu verwehren.

5.5 Ist das Zutrittsrecht übertragbarer Bestandteil des Urheberrechts, hat zunächst D. _____ im Rahmen der Geschäftsübernahme/Realteilung und sodann E. _____ mit der vertraglichen Übertragung des "Copyrights" samt Urheberpersönlichkeitsrechten das Zutrittsrecht als Teilgehalt des Urheberrechts am fotografischen Nachlass von B2. _____ erworben. Dies hat zur Folge, dass dem Kläger dieses Recht nicht mehr zustehen kann.

5.6 Persönlichkeitsrechte im Sinne von Art. 28 ZGB sind wegen ihrer Bindung an eine bestimmte Person unvererblich und unübertragbar (CHK-Aebi-Müller, N 8 zu Art. 28 ZGB). Dass dem Kläger als Enkel B2. _____s ein "Inventarisierungsrecht" gestützt auf sein eigenes allgemeines Persönlichkeitsrecht zusteht, ist weder geltend gemacht worden noch ersichtlich. Auch ist nicht darüber zu befinden, ob der Kläger, etwa als Forscher, gestützt auf eine - nicht näher bekannte - Benützungordnung Zugang zu den Werken B2. _____s verlangen könnte.

6. Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, ob beim Kläger die Voraussetzungen des Zutrittsrechts im engeren Sinn (Erforderlichkeit, kein berechtigtes Eigeninteresse der Beklagten) erfüllt sind. Insbesondere braucht nicht entschieden zu werden, ob sich der Kläger auf das Zutrittsrecht "zur Ausübung des Urheberrechts" berufen könnte, obwohl ihm die Verwendungsrechte (insbesondere das Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrecht) nicht mehr zustehen und er bloss Inventarisierungswünsche angemeldet hat. Ebenso ist nicht darüber zu befinden, ob die Inventarisierung nur vorgeschoben ist bzw. einen Eingriff in die Rechte der Beklagten vorbereiten soll. Fehlt dem Kläger das Zutrittsrecht, ist die Klage abzuweisen.

IV.

Ausgangsgemäss wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO/ZH). Mit der Klage werden überwiegend nicht wirtschaftliche Inte-

ressen verfolgt. Bei nicht vermögensrechtlichen Prozessen richten sich Entscheidunggebühren und Prozessentschädigung nach den in § 4 Abs. 3 GerGebV und § 3 Abs. 5 AnwGebV festgesetzten Rahmen. Für Referentenaudienz und zweite Rechtsschrift sind zwei Zuschläge zur Grundgebühr (§ 6 AnwGebV) zu erheben.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidunggebühren werden auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'750.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und nach Eintritt der Rechtskraft an das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diese Entscheidung an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist eine Endentscheidung im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 26. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
mc