
Der Bestellungsvertrag im Verlagsrecht.

(Die Tragweite des § 47 V.G.)

Von

Dr. jur. Alexander Elster (Jena).

I.

Die Kontroverse.

In den Heften 7, 8 und 11 Jg. 1910 dieser Zeitschrift ist eine Frage zur Sprache gekommen, die schon lange der Klärung harret. Ein durch zwei Instanzen durchgefochtener Rechtsstreit und ein Urteil des OLG. Dresden haben sich damit beschäftigt. STREISSLER, der die Frage aufwirft und zunächst bespricht, hat in seinem eigenen Rechtsfall einen Spruch des OLG. Dresden erwirkt, nach welchem bei Enzyklopädien und Sammelwerken „den Urhebern der

einzelnen Beiträge das Vervielfältigungsrecht nur unter denselben Voraussetzungen zu versagen ist, unter denen dies der erste Absatz des § 47 bei anderen Werken tut, nämlich unter der Voraussetzung, daß ihnen nicht durch einen Plan für den Inhalt des ganzen Unternehmens, sondern auch die Art und Weise der Behandlung vorgeschrieben wird“. STREISSLER sucht dieses Urteil auch weiter theoretisch und praktisch zu begründen, was freilich um so schwieriger ist, als sich dies mit so gut wie allen bisherigen Kommentatoren und Beurteilern des Verlagsgesetzes in Widerspruch setzt. Und da STREISSLER namentlich MITTELSTAEDT-HILLIGS Kommentar zitierte, der eine entgegengesetzte Ansicht vertritt — er hätte ebensogut Allfeld, Voigtländer, Kuhlenbeck, Müller, Henneberg u. a., s. unten, nennen können —, so antwortete ihm MITTELSTAEDT in Heft 8 zur Verteidigung der herrschenden Meinung, daß man es in allen Mitarbeiterverträgen für Sammelwerke mit Werkverträgen zu tun habe, da § 47 V.G. dies deutlich bestimme. In Heft 11 erwiderten beide Teile noch einmal, ohne ein Haar breit von ihrer Ansicht abzugehen, und so schloß diese Aussprache ohne jegliche Verständigung mit Behauptung gegen Behauptung.

Dieser gelegentliche Meinungs-austausch ist nur ein Anlaß; die Frage mußte über kurz oder lang zu einer Polemik führen. Und nicht dieser Fall allein, sondern die Tatsache, daß hier an einer fast uneingeschränkt herrschenden Meinung beachtenswerte Kritik geübt wird, ist das Wichtige daran; und weiter, daß es in der bisherigen Literatur, soweit ich sie übersehe, noch an der Beibringung zureichender Gründe für *jede* der beiden einander bekämpfenden Ansichten durchaus mangelt.

Der juristische Hauptgrund, den STREISSLER für seine Ansicht anführt, daß die herrschende Gegenmeinung „den Verlegern von Enzyklopädiën und Sammelwerken großen Schaden bringen kann“, ist selbstverständlich ganz ungenügend, ja m. E. sogar falsch; seine gesetztechnische Auslegung aber, auf die wir sogleich zu sprechen kommen, hat viel Einleuchtendes und gewann daher die Meinung des Dresdner Oberlandesgerichts für sich. Das ist um so bemerkenswerter, als das Oberlandesgericht fast in jedem Kommentar die überzeugte Aeußerung der Gegenmeinung lesen konnte und sich, wie gesagt, durchaus nicht auf gute Gründe, die STREISSLER beigebracht hätte, stützen konnte, vielmehr lediglich aus einer spontanen Rechtsüberzeugung geurteilt zu haben scheint. Die gewichtigen Stimmen der herrschenden Meinung müssen denn auch zunächst hier kurz zusammengestellt werden.

ALLFELD: Kommentar S. 553: „Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen, Hilfs- und Nebenarbeiten für das Werk eines andern. Handelt es sich um derartige Leistungen, so erscheint das Werk als literarisches Unternehmen des Verlegers in dem Sinne dieses Paragraphen auch dann, wenn der Verleger keinen so genauen Plan, wie zu A (Abs. 1) erforder-

lich, vorgeschrieben, sondern dem Verfasser freiere Hand gelassen hat es muß dem Besteller hier freistehen, ob er den auf Bestellung gelieferten Beitrag aufnehmen will oder nicht im Zweifel die Grundsätze über den Werkvertrag und den Kauf maßgebend.“

DAUDE, Kommentar S. 197: Auch in diesen Fällen ist, selbst wenn der Besteller den Inhalt der Beiträge sowie die Art und Weise der Behandlung nicht genau vorgeschrieben hat, ein Verlagsvertrag nicht anzunehmen, der Verleger also zur Vervielfältigung und Verbreitung nicht verpflichtet. — Und S. 131 ähnlich, wo auch ausdrücklich betont wird, daß kein Verlagsvertrag vorliegt, wenn der Verleger nur das Recht, nicht auch die Pflicht der Vervielfältigung und Verbreitung hat.

EBNER¹⁾ Urheber- und Verlagsrecht S. 226: „In den beiden Fällen des § 47 handelt es sich nicht um einen Verlagsvertrag, sondern um einen Werk- oder einen Dienstvertrag.“

KUHLENBECK, Kommentar S. 296: Kein Verlagsvertrag, sondern Werk- oder Dienstvertrag.

MÜLLER, Kommentar S. 412—414, nennt die Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen als gesetzliches Beispiel der „untergeordneten Hilfsarbeit“, wendet die Sätze vom Werkvertrag darauf an und sieht, obschon er „die innere Natur der Arbeit“ für die Bestimmung der vorliegenden Vertragskategorie ausschlaggebend sein läßt, doch im Zweifel jede Mitarbeit an Sammelwerken als Werkvertrag an.

MITTELSTAEDT-HILLIG, Kommentar, S. 153: „Weiterhin findet der § 47 Anwendung, auch ohne daß der Verleger einen Plan in dem besprochenen Sinne gegeben hat, wenn sich die Tätigkeit des Schriftstellers oder Zeichners a) auf die Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen und b) auf Hilfs- und Nebenarbeiten für das Werk eines anderen oder für ein Sammelwerk beschränkt. Diese Verträge scheiden ohne weiteres, auch wenn keine Bestellung nach einem Plane vorliegt, aus dem Rahmen der Verlagsverträge aus.“

VOIGTLÄNDER, Kommentar S. 236, findet die Lösung der Dinge durch § 47, indem dieser alle solche Verträge zu Werkverträgen macht, sehr glücklich.

HENNEBERG, Rechtsstellung des Verlegers S. 9. „Weiterhin findet der § 47 Anwendung, auch ohne daß der Verleger einen Plan — in dem oben entwickelten Sinne — geliefert hat, wenn sich die Tätigkeit auf die Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen oder auf Hilfs- oder Nebenarbeiten für das Werk eines anderen oder für ein Sammelwerk beschränkt Werkvertrag.“

¹⁾ Bei einem praktischen Fachmann wie Ebner (Syndikus des Verbandes Deutscher Zeitungsverleger), der Praxis und Theorie des literarischen Rechts in gleichem Maße beherrscht, nimmt mich diese Stellungnahme wunder. Namentlich fällt in seinem Aufsatz über die Rechtsverhältnisse an Sammelwerken (Buchh. Börsen-Bl. 1911 Nr. 229/30), der die schwierigen Verhältnisse in mustergültiger Weise erörtert und der Klärung näher führt, gerade diese Beurteilung des § 47, 2 aus dem logischen Aufbau des Ganzen heraus.

NEUKAMP, Art. Verlagsrecht im Wörterb. d. Volkswirtschaft, 2. Aufl. Bd. II, S. 1181: „Es liegt deshalb ein Verlagsvertrag dann nicht vor, wenn der Verfasser die Herstellung eines Werkes nach einem ihm vom Besteller genau vorgeschriebenen, den Inhalt des Werkes und die Art und Weise der Behandlung bezeichnenden Plan übernimmt, oder wenn die Tätigkeit des Verfassers sich auf die Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen oder auf Hilfs- oder Nebenarbeiten für das Werk eines anderen oder für ein Sammelwerk beschränkt, weil in allen diesen Fällen der Besteller, sofern nicht das Gegenteil vereinbart worden ist oder klar erhellt, zur Vervielfältigung und zur Verbreitung der Arbeit des Verfassers nicht verpflichtet ist (§ 47 d. G.). Auf einen derartigen Vertrag (sog. „Bestellervertrag“) finden in der Regel die Vorschriften des BGB. über den Werkvertrag und Kaut (§ 651 BGB.) Anwendung.“

Alle diese Beurteiler sind¹⁾ durch die Aeußerung der *Motive* beeinflusst, die u. a. sagen, die nach einem Plane des Verlegers bearbeiteten Werke stellten sich „nicht nur in gewerblicher, sondern auch in literarischer Hinsicht als ein von dem Verleger ausgehendes Unternehmen dar“, und die die Sätze des Werkvertrages im Zweifel als hierfür geltend bezeichnen und dann weiter fortfahren: „Die gleichen Erwägungen treffen zu für die Fälle, in denen ein Schriftsteller nur zur Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen oder zu Hilfs- oder Nebenarbeiten für das Werk eines anderen oder für ein Sammelwerk herangezogen wird. Auch hier ist, wie der § 47, 2 vorsieht, im Zweifel ein Verlagsvertrag nicht anzunehmen.“

Aber diese Auffassung ist, wie ich aus guten Gründen anzunehmen gezwungen bin, falsch — trotz der anerkannten Gewährsmänner und trotz der *Motive*. Außer STREISSLER und dem OLG. Dresden ist, soviel ich sehe, nur *einer* nicht den Weg der anderen Erläuterer gegangen, KOHLER, der aber die Sache (Urheber- und Verlagsrecht S. 344/45) nicht gründlich erörtert, die Gegenmeinung nicht bewußt bekämpft, sondern lediglich in einem Ausdruck rechtlicher Ueberzeugung den § 47 *nur* auf die Hilfsarbeiten anwendet, bei denen der Mithelfer seine literarische Selbständigkeit verliert, während KOHLER auf die Beurteilung des Verhältnisses von Abs. 2 zu Abs. 1 des § 47 nicht näher eingeht.

II.

Die gesetzestechnische Auslegung des § 47 V.G.

1. *Die Ausführungen der Motive* sind nach allgemeiner juristischer Lehre (vgl. z. B. COSACK, Lehrb. d. BR. 5 Bd. I, S. 39) für die Auslegung des Gesetzes nicht maßgebend, ebensowenig die Aeußerungen in den Kommissionen, Kammerverhandlungen, Petitionen u. dgl., die zu dem Gesetz geführt haben oder bei seinem Zustandekommen tätig gewesen sind. Demgemäß ist es

ganz gleichgültig, welche Tragweite die Motive dem § 47 beimessen und welche Rechtskonstruktionen sie aus ihm herauslesen, falls das Gesetz in seiner Totalität selbst dieser Meinung der Motive widerspricht. Desgleichen hat die Tatsache, daß der § 47 im wesentlichen auf Betreiben des Buchhandels, zu seinem Schutz, in das Gesetz gekommen ist, keinerlei Bedeutung für die Auslegung. Drückt sich darin wirklich ein Erfordernis der Verkehrssitte oder einer juristisch relevanten Erwägung aus, so werden diese, wie wir noch sehen werden, in anderem theoretischen Zusammenhang ihre Berücksichtigung finden. Ebenso ist es natürlich gleichgültig, daß das Preuß. Allg. Landrecht, T. 1, Tit. 11, § 1021, die gleiche Meinung hat, — oder was die Verlagsordnung als Vorläuferin des Verlagsgesetzes darüber anordnete (vgl. z. B. §§ 36, 37). Diese Konstruktionen sind, auch wenn sie in einer Reihe ausländischer Kodifikationen wiederkehren, durch die Rechtsentwicklung, wie wir noch sehen werden, überwunden; das neue deutsche Recht ist darüber hinweggegangen.

2. Wollen wir den § 47 VG. richtig verstehen, so ist er lediglich aus dem *Wortlaut des ganzen Gesetzes*, welches als Einheit, als abgeschlossenes Kunstwerk vor uns liegt (auch mit seinen Kunstfehlern!) zu begreifen, und wir müssen die *Sprache dieses Gesetzes* dabei berücksichtigen.

Nun läßt sich nicht leugnen, daß das Verlagsgesetz hie und da an solchen Kunstfehlern leidet. Dieser § 47 ist recht unklar, der § 42 ist auch für eine *Probatio diabolica* wie geschaffen, der § 3 ist auch nicht so deutlich gefaßt, wie er es seiner Tragweite nach hätte sein müssen u. a. m. — und dennoch ist auch die Sprache dieses Gesetzes einheitlich durchgeführt. Es spricht von „*Werken*“ nur da, wo es selbständige Werke meint, und nennt „*Beiträge*“ die Arbeiten, die für Sammelwerke, Zeitschriften und Zeitungen geliefert werden (vgl. die §§ 3, 18, 25, 41—46). Lesen wir daraufhin den § 47, welcher lautet:

„Uebernimmt jemand die Herstellung eines Werkes nach einem Plane, in welchem ihm der Besteller den Inhalt des Werkes sowie die Art und Weise der Behandlung genau vorschreibt, so ist der Besteller im Zweifel zur Vervielfältigung und Verbreitung nicht verpflichtet.“

Das gleiche gilt, wenn sich die Tätigkeit auf die Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen oder auf Hilfs- oder Nebenarbeiten für das Werk eines andern oder für ein Sammelwerk beschränkt.“

Es fragt sich nun hier, was die Worte „das gleiche gilt“ bedeuten. Die oben sub I genannten Erläuterer verstehen es (wie die *Motive*) alle so, daß es sich lediglich auf die in Abs. 1 festgesetzte *Rechtsfolge* bezieht, so daß also in Abs. 2 gesagt wäre: „Zur Vervielfältigung und Verbreitung ist der Besteller auch dann nicht verpflichtet, wenn sich die Tätigkeit auf die Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen beschränkt.“

¹⁾ Bei RIEZLER, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, München 1907, habe ich eine Stellungnahme zu unserer Frage nicht finden können.

STREISSLER ist m. W. der erste, der die Worte anders liest und interpretiert und (siehe seinen erwähnten Aufsatz in Heft 7, 1910 dieser Zeitschr.) die Worte „das Gleiche gilt“ auf den ganzen Abs. 1, mit Vordersatz, bezieht, sodaß also die Rechtsfolge bei den in Abs. 2 genannten Arbeiten auch dann eintritt, wenn diese Arbeiten nach einem *genauen Plane des Bestellers hergestellt werden*, und das OLG. Dresden schloß sich für die Mitarbeit an Sammelwerken dieser Auffassung STREISSLERS an. Beide aber, sowohl STREISSLER wie das OLG., fanden keine hinreichende Begründung ihrer Ansicht.

So hob MITTELSTAEDT diesen gegenüber u. a. hervor, daß — abgesehen von der seiner Ansicht nach sprachlichen Unzulässigkeit solcher Auslegung des § 47 Abs. 2 — dieser ganze Absatz „bei solcher Beurteilung überhaupt überflüssig wäre“ „Wollte man die Worte des Abs. 2 auf den ganzen Abs. 1 beziehen, so würde das Gesetz im Abs. 2 dasselbe wiederholen, was schon im Abs. 1 gesagt ist.“

Dies ist *gesetzestechisch* der Haupteinwand MITTELSTAEDTS gegen STREISSLERS Ansicht, ja es ist der *einzig* wirklich greifbare Einwand, und gerade dieser Einwand ist falsch. Denn der § 47 redet im Abs. 1 von *Werken* und erklärt nun im Abs. 2, daß das gleiche für *Beiträge* gelten soll. Ist dem aber so, dann bezieht sich „das gleiche gilt“ auf den ganzen Abs. 1 (Bearbeitung nach *genauem Plane*), und die Folgerungen werden andere. Daß dem aber so ist, sei durch folgende Erwägungen erhärtet:

In §§ 1 und 2 redet das Verlagsgesetz von *Werken*. Im § 3 wird eine Ausnahme für *Beiträge* gemacht. Implizite (wenn auch, wie schon hervorgehoben, wenig sorgfältig) liegt darin, daß die Grundbestimmungen des Gesetzes auch für *Beiträge* gelten, weil hier eben nur eine Ausnahme für diese statuiert ist. Daraus ergibt sich, daß in der Regel auch für *Beiträge* Verlagsverträge abgeschlossen werden. Des weiteren wird dann wieder nur von *Werken* geredet und nicht für erforderlich gehalten, immer zu betonen, daß die Bestimmungen des Gesetzes auch für *Beiträge* gelten. Nur der § 18 sah eine solche Notwendigkeit gegeben. Es ist noch niemandem eingefallen, aus der Tatsache, daß § 18 das im Abs. 1 Gesagte auch als für *Beiträge* geltend hervorhebt, zu schließen, daß alles andere im Verlagsgesetz *nicht* für *Beiträge* gelte. Hier ist es nur besonders hervorgehoben, weil dem Wegfall des Zweckes bei einem selbständigen Werk (s. § 18, Abs. 1) das Unterbleiben eines Sammelwerks bei einem Beitrag (s. § 18, Abs. 2) nicht ohne weiteres als gleichgestellt betrachtet worden wäre!). Die §§ 25, 41–46 bringen dann ausdrücklich Ausnahmebestimmungen für *Beiträge*. Und endlich der § 47 nennt *Beiträge*, wieder wie § 18, neben den *Werken*.

Im § 47 nun ist diese Hervorhebung fast noch plausibler als im § 18. Denn wenn in den sechs vorbergehenden Paragraphen Bestim-

mungen über *Beiträge* gegeben werden und in § 47 Abs. 1 von *Werken* die Rede ist, so lag nahe, hervorzuheben, daß diese letzte Bestimmung auch (und wie weit sie) für *Beiträge* gelte.

Man mag — wie auch ich es tue — finden, daß die Ausdruckstechnik in diesem Gesetz noch sauberer sein könnte, aber das ändert nichts an der Tatsache, daß sie in dem Hauptpunkt klar und sauber ist: in dem Auseinanderhalten von selbständigen Werken und Beiträgen, die es beide zum Teil, aber nur zum Teil und in den ausdrücklich hervorgehobenen Fällen verschieden behandelt, beide aber dem Verlagsrecht unterwirft.

Demgemäß ist die Ansicht MITTELSTAEDTS, daß Abs. 2 des § 47 bei dieser Auffassung dasselbe sage wie Abs. 1 und demnach überflüssig sei, abwegig, und ferner wäre es gegenüber dem ganzen übrigen Inhalt des Gesetzes ein Unding, wenn § 47 Abs. 2 auf einmal alle Beiträge an Sammelwerken aus dem Verlagsrecht, dem Verlagsvertrag „im Zweifel“ herauswürfe!

Vielmehr wirft dieser § 47 Abs. 2 nur die unselbständige, im allgemeinen kein oder ein vermindertes Urheberrecht verdienende, nebensächliche Hilfsarbeit heraus. Dies allein ist der Sinn des § 47; er stellt in dieser einen Hinsicht eine Ausnahme als Prinzip fest.

3. *Ausnahmen sind streng auszulegen.*
An den Satz, daß Ausnahmenvorschriften eng und streng auszulegen sind, braucht hier nur erinnert zu werden, um die richtige Einschätzung der Bedeutung des § 47 zu bekräftigen. Die meisten Beurteiler — selbst solche, die hinsichtlich des Abs. 2 der hier bekämpften Ansicht sind — betonen dennoch für Abs. 1, daß diese Bestimmung des Arbeitens „nach einem *genau vorgeschriebenen Plane*“ eng auszulegen ist, daß es sich dabei um Werke handeln muß, bei denen der Verfasser sogar hinsichtlich der Formgebung, der Meinungsäußerung, der Ergebnisse in besonderem Maße abhängig wird — vgl. z. B. MÜLLER auf S. 413 seines Kommentars --. Wie wäre es da denkbar, daß im gleichen Paragraphen *alle* Mitarbeit an enzyklopädischen Unternehmungen — die bekanntlich auch Arbeiten höherer Art einschließt — mit solchen Hilfs- und Nebenarbeiten für das Werk eines andern auf eine Stufe gestellt werden! Selbsteine nicht ganz einwandfreie Gesetzestechnik hätte, wenn sie eine so große Bresche in die Grundlage eines Gesetzes schlagen und eine große Gruppe organisch dazugehöriger Geschäfte aus dem Gesetz herausnehmen wollte, dies in anderer, deutlicherer Weise zum Ausdruck gebracht. „Das Gesetz denkt und will“, sagt BINDING, Handbuch § 96, S. 456, „was der vernünftig auslegende Volksgeist aus ihm entnimmt“; und es seien in diesem Zusammenhange die treffenden Worte von DANZ angeführt, die er in der neuen (dritten) Auflage seiner „Auslegung der Rechtsgeschäfte“ S. 173 f. spricht: „Ganz selbstverständlich ist, daß § 133 BGB., der die Buchstabeninterpretation verbietet, wie

¹⁾ Uebrigens redet dieser § 18 Abs. 2 ausdrücklich davon, daß Beiträge Gegenstand von Verlagsverträgen sind.

bei allen Willenserklärungen der Menschen, auch bei der Auslegung der gesetzlichen Vorschriften in Anwendung zu kommen hat; denn der wirkliche Sinn einer jeden Willenserklärung ergibt sich eben stets nur, wenn man sie in ihrer Totalität ins Auge faßt. Bei den Willenserklärungen des Gesetzgebers bedeutet die Anwendung des § 133 noch speziell, daß bei einem Gesetz, da sich ein solches als ein Ganzes, als *eine* zusammenhängende Willenserklärung gibt, stets die *einzelne* Vorschrift unter Berücksichtigung der übrigen Vorschriften auszulegen ist, wie ja dies beim BGB. schon daraus hervorgeht, daß es von einem *allgemeinen* Teil spricht, der schon nach der Ausdrucksweise bei den anderen Vorschriften stets im Auge behalten werden muß.

Weiter ist bei der Auslegung der Willenserklärung des Gesetzgebers aus demselben Grunde wie bei der Auslegung solcher der Privatpersonen der *Zweck, den das Gesetz verfolgt*, zu berücksichtigen und dabei vor allem im Auge zu behalten, daß der Gesetzgeber, d. i. diejenigen unserer Mitbürger, denen gerade zur Aufstellung solcher Vorschriften die Befugnis zusteht, nichts anderes damit bezwecken, als die *Lebensverhältnisse der Rechtsgenossen in einer möglichst den Bedürfnissen des einzelnen und der Auffassung der Allgemeinheit entsprechenden Weise zu ordnen.*“

Damit kommen wir zu der *juristischen* Auslegung des § 47 VG.

III.

Die juristische Beurteilung und Auslegung des § 47 VG.

Haben wir mit der einen Waffe juristischer Arbeit, der gesetzestechnischen, die hier vertretene Meinung zu stützen versucht, so bleibt noch übrig, sie auch aus den Bedürfnissen des Verkehrs, aus den Rechtsanschauungen der Interessenten, aus dem inneren Geist des Verlagsrechts, kurz aus der zweiten Sphäre juristischer Tätigkeit ergänzend zu betrachten.

1. Die Motive und nach ihnen die meisten Beurteiler betonen als wichtigen Unterschied in der uns hier beschäftigenden Frage, *von wem die Idee für das Werk ausgegangen ist*. Diesem Gedanken wird ein viel größeres Gewicht beigelegt, als es das juristische Problem hier verträgt. Daß der Besteller (Verleger) in solchen Fällen „nicht nur gewerbsmäßiger, sondern auch literarischer Unternehmer“ ist, kann wohl Einfluß auf seine Stellung gegenüber dem zu schaffenden Werk haben, insofern es für ihn ein Urheberrecht an diesem Gesamtwerk begründet oder indem sein Verlagsrecht Sonderheiten bekommt, — *auf die juristische Einordnung der für die Mitarbeit abschließenden Verträge hat es aber keinerlei Einfluß*. Von wem die Idee *ausging*, d. h. wer die Offerte gemacht hat, dieser Unterschied liegt *vor* der Schwelle der rechtlichen Gestaltung des Vertrags. Ein Kaufvertrag wird nicht zu einem andern Vertrag, wenn vom Käufer oder wenn vom Verkäufer die Offerte gemacht wird. Es wäre ein Widerspruch, anzunehmen, daß aus einem Verlagsvertrag

ein Werkvertrag werde, wenn der Verleger zum Verfasser kommt, oder wenn die Idee zu dem Werke von dem Verleger ausgeht. Lediglich der tatsächliche Aufbau, der wirtschaftliche Zweck, die zu diesem Zweck gewählte Form des Vertrages gibt diesem seine juristische Gestalt; es kann dies natürlich ein Werkvertrag werden, und zwar selbst wenn die Idee dazu von dem Verfasser ausgegangen ist, aber niemals allein um deswillen, weil die Idee vom Besteller *ausging*.

Es kommt vielmehr nur darauf an, wer die Idee *formte*, und dies bleibt richtig auch bei dem gerade auf ideale Werte gestellten Vertrag des Urheberrechts. Denn das „Ideale“ gibt hier nur den Sinn für die Form ab, *geschützt* aber wird nur die Form selbst, die in eine Form gegossene Idee und die weitere Verarbeitung der Idee. So hat der Verfasser auch dann das Urheberrecht an seiner Arbeit, wenn die Idee vom Verleger stammte. Das Urheber- oder das besondere Verlagsrecht des Verlegers an einem Sammelwerk gründet sich auf die Art dieses Sammelwerks, gleichgültig ob die Verfasser an ihren Einzelbeiträgen Urheberrechte haben oder nicht. Ebenso gleichgültig ist es für das Gesamtwerk und das an diesem bestehende Verlags- und Urheberrecht, ob die Mitarbeiter ihre Beiträge im Verlagsvertragsverhältnis, im Werkvertragsverhältnis, im Dienstvertragsverhältnis oder wie sonst geschrieben haben. Es hängt vielmehr für die Anwendbarkeit des § 47 lediglich davon ab, wie hoch oder wie tief die Mitarbeit an dem Sammelwerk steht. Der § 47 kann und will nur die tiefstehende Verfasserarbeit zu Werkvertragsstatt Verlagsvertragsarbeit machen; die Hineintragung des Unterscheidungsmerkmals des Ursprungs der Idee muß als eine Verlegenheitsbemerkung der Motive angesehen werden, die mit den Grundlagen des Vertragsrechts im allgemeinen wie des Urheber- und Verlagsrechts im besonderen im Widerspruch steht.

2. *Eine große Gruppe der Verlagsverträge im Zweifel aus dem Verlagsrecht auszuscheiden, liegt a) nicht in der Ratio des Gesetzes; b) nicht im Begriff des Verlagsvertrages; c) nicht in der Verkehrssitte noch in den wirtschaftlichen Grundsätzen des Verlagsrechts begründet,*

a) *nicht in der Ratio des Gesetzes*, wie schon oben bei II. dargelegt,

b) *nicht im Begriff des Verlagsvertrages*. Ich möchte meine Begriffsbestimmung des Verlagsvertrages hierher setzen, die ich an andrer Stelle (Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Art. Verlagsrecht, 3. Aufl., Bd. VIII) näher entwickelt habe:

„Der Verlagsvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag, in welchem die sachlich und zeitlich begrenzte kapitalistische Benutzung von Rechten an geformten geistigen Werten in bestimmter dinglicher Form einem andern übertragen wird, dieser aber sich zur Veröffentlichung und Verbreitung in bestimmtem Milieu verpflichtet.“ Essentiell in diesem eigenartigen Vertrag ist

erstens die Möglichkeit der Verschaffung eines besonderen Rechts an geistigem Gut und zwar an einem in eine Form gebrachten geistigen Gut, zweitens die Benutzung dieses Rechts in dinglicher Form auf Grund des Vertrages und drittens die Veröffentlichungs- und Verbreitungspflicht in bestimmtem Milieu. In diesen drei Angelpunkten hängt das Wesen des Verlagsvertrags. Sie geben sowohl seinen wirtschaftlichen Zweck fest umschrieben an wie seine theoretisch zu fassende Grenze gegenüber andern Verträgen. Sie umfassen aber sowohl den Verlagsvertrag über selbständige Werke wie über Beiträge, sofern diese eben geistiges Gut sind, das des Urheberschutzes fähig ist. Die Mitarbeit an Sammelwerken, sofern die eben gekennzeichneten Essentialia negotii darauf passen, von dem Begriff des Verlagsvertrags auszuschließen, nur weil es sich um derartige Beiträge handelt, geht gegenüber dem Begriff nicht an. Wenn in bestimmten Fällen eine Veröffentlichungs- und Verbreitungspflicht des Verlegers (Bestellers) entfällt, so ist dies eine als Ausnahme gesetzte Rechtsfolge, die auf einer Stufe steht mit den Befreiungen des Verlegers z. B. durch §§ 30 und 31, die ebenfalls ihrerseits um deswillen noch nicht den Verlagsvertrag zum Werkvertrag machen. Denn der wirtschaftliche Zweck gibt am letzten Ende den Ausschlag für die Entscheidung, mit was für einem Vertrag man es zu tun hat. Weil hier ein werkvertragsähnliches Verhältnis zum Verlagsvertrag *führt*, wird der *endgültige* Vertrag dadurch ebenso wenig in seinem Charakter abgewandelt, wie wenn ein Kaufvertrag, der ein Lotterielos betrifft, zum Spielvertrag führt. Deshalb ist es m. E. auch irrig, in dem Fall des Verlagsvertrags mit Teilung von Gewinn und Verlust von einem Gesellschaftsvertrag schlechthin zu sprechen. Ein gesellschaftsvertragsähnliches Verhältnis führt hier zum Verlagsvertrag; denn diesem, nicht jenem ist eigentümlich die Uebertragung von Urheberrechten, von dinglichen Nutzungsrechten und die Pflicht der Veröffentlichung und Verbreitung des Werkes¹⁾.

Die hier zur Erörterung stehende Frage erfordert aber auch einen Hinblick auf den § 45, bei dem in ganz ähnlicher Weise das Essentialia negotii (Veröffentlichungs- und Verbreitungspflicht des Verlegers) ins Wanken gerät. Hat der Redakteur bei der Annahme eines Beitrages für eine Zeitschrift etwa geantwortet: ich akzeptiere Ihren Beitrag und werde ihn bringen, sobald ich Platz habe, — oder hat er hingegen geantwortet: ich akzeptiere Ihren Beitrag und werde ihn in zwei Monaten bringen —, so soll nach der herrschenden Meinung in dem ersten Fall ein Werkvertrag, in dem zweiten ein Verlagsvertrag abgeschlossen sein, weil ja zum Verlagsvertrag essentiell die Verbreitungspflicht gehört, die hier durch positive Vorschrift des

§ 45 im zweiten Falle ausgeschlossen wird. Ein solches formaljuristisches Ergebnis bei sonst völlig gleichbleibendem Vertrag erscheint mir als ein Widersinn. Es kann eben selbst ein „Essentiale negotii“ (namentlich in einem so vieldeutigen Gesetz wie dem Verlagsgesetz) nicht immer einzeln so wichtig genommen werden, sondern es muß die *ganze*, namentlich die wirtschaftliche Gestalt des Rechtsgeschäfts ins Auge gefaßt werden. Es kommt noch ferner hinzu, daß der Vertrag des § 45 (wenn er ohne Zeitangabe, also ohne Veröffentlichungsanspruch geschlossen wird) durch die Erfüllung zu einem regulären Verlagsvertrag wird. Denn niemand wird sagen, daß z. B. der *veröffentlichte* Beitrag nicht auch *verbreitet* werden müsse. Auch müßte, wenn jenes „Essentiale“ wirklich so wichtig wäre, die Beurteilung eines Verlagsvertrags, der sich auflöst, weil sein Zweck wegfällt, noch größere Schwierigkeiten machen, denn in diesem Fall bleibt als einzige Erfüllungspflicht die Zahlung der Vergütung, ein Akzidentale des Verlagsvertrags, übrig! Ich darf hierzu wohl auf eine bemerkenswerte Äußerung von RÖTHLISBERGER (s. diese Zeitschrift IX, S. 279) verweisen, der zu § 45 sagt: „Ist das Erscheinen auf bestimmte Zeit nicht zugesagt worden, so kann der Verfasser nach Kündigung des Vertrags — *es muß also ein Verlagsvertrag bestanden haben*¹⁾ — Honorar fordern, aber seine Arbeit gleichwohl weiter zu verwerten suchen. Hat sich der Verleger zur Veröffentlichung innerhalb eines auf den Tag oder an nähernd bestimmten Termins verpflichtet, so hat der Autor Anspruch auf Schadenersatz im Falle der Nichtveröffentlichung.“

Der Begriff des Verlagsvertrags also spricht seinerseits gegen die Ausscheidung der Bestellungenverträge aus den Verlagsverträgen, wie man dies irrümllicherweise bei der Auslegung des § 47 versucht.

c) *nicht in der Verkehrssitte noch in den wirtschaftlichen Grundsätzen des Verlagsrechts*. Die große Anzahl der alljährlich abgeschlossenen Verlagsverträge zur Mitarbeit an Sammelwerken sollte bereits zur Genüge die Ueberzeugung festgelegt haben, daß es sich hier um ganz vollkommene Verlagsverträge im Sinne des Gesetzes handelt. Ihre Festlegung durch die Verkehrssitte wie durch den wirtschaftlichen Zweck lassen es geradezu absurd erscheinen, daß in solchen Fällen „im Zweifel“ Werk- statt Verlagsverträge vorliegen sollen. Diese Vermutung, die das Gesetz mit der Bestimmung „im Zweifel“ aufstellt, würde also, wenn die herrschende Meinung der Auslegung des § 47 richtig wäre, der Verkehrssitte wie dem wirtschaftlichen Zweck dieser Vertragskategorie zuwiderlaufen. Bei untergeordneter bestellter Arbeit (etwa „ohne höheres Interesse der Kunst und der Wissenschaft“) trifft das zu, nicht aber für die überwiegende Mehrzahl ernster Mitarbeit an Enzyklopädien, Sammelwerken u. dgl. Die Verfasser, die solche Beiträge zusagen — und

¹⁾ Das ist beim „Kommissionsverlag“ freilich etwas anderes. Hier ist der wirtschaftliche Zweck des Vertrages ein anders gearteter: die kapitalistische Ausnutzung, die Uebertragung von Urheberrechten, die dingliche Form sind ganz andere, und nur das Moment der Veröffentlichung und Verbreitung eines Geisteserzeugnisses führt diese Geschäfte zur Verlagstätigkeit.

²⁾ Von mir gesperrt.

die Herausgabe von Sammelunternehmungen wertvoller Geistesarbeit nimmt immer mehr zu! — rechnen durchaus — als *Essentiale negotii* — damit, daß ihre Arbeit an der ihnen bezeichneten Stelle veröffentlicht und in der ihnen in Aussicht gestellten Weise verbreitet wird; sie sind ferner durchaus nicht gesonnen, sich aller ihrer Urheberrechte für immer zu begeben und die Arbeit „mit allen Rechten“ dem Verleger zu übergeben. Das gilt für die Mitarbeit an Werken wie dem Handwörterbuch der Staatswissenschaften so gut wie den Konversationslexika, den aus Beiträgen mehrerer bestehenden medizinischen Lehrbüchern so gut wie den Sammlungen von Vorträgen, Fortbildungskursen, Monographien in einheitlicher Fassung (z. B. „Aus Natur und Geisteswelt“), Kalendern usw. Wenn der Besteller eine Arbeit ohne genaue Angabe des Zweckes bestellt und der Bearbeiter sich darauf einläßt, sie ihm zur beliebigen Verwendung zu schreiben, dann kommt der § 47 hierfür in Geltung, aber Schriftsteller von Namen und Ruf lassen sich in der Regel auf dergleichen nicht ein. Der Kreis der Anwendung des § 47 zeigt sich also auch hiernach als ein sehr eng begrenzter. Sehr richtig sagt W. HOFMANN¹⁾: „Um für alle Fälle der Bestellung nach gegebenem Plane zu gelten, wären die Befugnisse des Verlegers auch viel zu weit gehend.“

Es wäre nach Lage der wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse geradezu ein Unding, die Mitarbeiter an einem Sammelwerk „im Zweifel“ nur auf Vergütung zu stellen und ihnen das Recht auf Veröffentlichung und Verbreitung abzuschneiden. Der Verfasser wird regelmäßig, wenn er eine solche „bestellte“ Arbeit übernimmt, andre ähnliche Verwendungen seiner Arbeitskraft ausschlagen müssen, z. B. für Brockhaus muß er ausschlagen, wenn er für Meyer zu schreiben hat. Es ist auch zumal dem Gelehrten, ebenso aber auch andern Schriftstellern von irgend welchem Rang durchaus nicht gleichgültig, für welche Publikation sie etwas schreiben und wo ihre Arbeit erscheinen soll; sie geben regelmäßig auch hier ihre Arbeit zu zeitlich begrenzter Ausnutzung, so daß sie also auf alle Rechtsfolgen des Verlagsvertrags rechnen.

Als Korrelat hierzu muß betont werden, daß einige wichtige Rechtsfolgen des *Werkvertrags* auf diese Verhältnisse gar nicht angewendet werden können. Beim Werkvertrag bedarf der Besteller zur Uebertragung seiner Rechte auf einen andern nicht der Zustimmung des Verfassers (im Gegensatz zu § 28 VG.) — dies wäre für die hier in Rede stehenden Verträge zumindest sehr zu bestreiten, denn es ist dem Verfasser, der für das Unternehmen einer angesehenen Firma den Beitrag zusagte, nicht zuzumuten, seine Zusage aufrecht zu erhalten, wenn ein Neuling das Werk in seinen Verlag übernimmt. Auch die Bestimmung des § 649 BGB. (im Gegensatz zu § 18 VG.), daß der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit und ohne weiteres kündigen kann, wäre

hier unanwendbar. Man denke nur, daß der Verfasser, der für Meyers Konversationslexikon den Beitrag ablehnen mußte, weil er ihn für Brockhaus zugesagt hat, auf einmal mitten in der Arbeit von Brockhaus die Kündigung bekäme und ihm nun die Veröffentlichung weder bei dem einen noch bei dem andern möglich wird. Auch die Anwendung der Vorschriften über den Annahmeverzug des Gläubigers (§§ 642, 643 BGB.) ist, wie jeder, der mit der Herstellung von Sammelwerken Bescheid weiß, zugeben wird, für diese Verlagsverträge einfach unmöglich¹⁾.

Also auch (zum Ueberfluß) aus der Diskrepanz wichtiger Sätze des Werkvertrags mit den hier in Rede stehenden Verhältnissen erhellt die Unrichtigkeit der herrschenden Meinung hinsichtlich der Tragweite des § 47 VG.

Es bleibt nun aber noch ein anscheinend besonders starker Stützpunkt dieser herrschenden Meinung zur Besprechung übrig: *Die Behauptung der wirtschaftlichen Notwendigkeit des in ihrem Sinne ausgelegten § 47 für die Verleger.*

Da ist es nun zunächst sehr eigentümlich, daß STREISLER meint, die herrschende Meinung der Auslegung des § 47 könne den Verlegern großen Schaden bringen, während VOIGTLÄNDER, HENNEBERG und andere sie gerade damit begründen, daß eben sie für den Verleger eine Notwendigkeit ist, um sich vor Schaden zu hüten. „Es ist klar,“ sagt HENNEBERG S. 9, „daß hier dem Besteller, um die Einheitlichkeit und den wissenschaftlichen Zusammenhang zu ermöglichen, Freiheit in der Entschließung darüber gelassen werden muß, ob er das ihm nach Bestellung gelieferte Werk verwenden will oder nicht.“ Da ist es schon der erste große Fehler, hier etwas auf *Vertragswillen* zu gründen, was auf *sachliche* Leistungen gegründet werden müßte. Darüber war sich der Gesetzgeber freilich noch nicht klar, aber er hat die hier von der Wissenschaft zu gebende Klarheit glücklicherweise nicht beeinträchtigt.

Denn der von der herrschenden Meinung diesem § 47 vindizierte Sinn geht ja nicht vorzugsweise dahin, daß es gerecht sei, wenn der Besteller seinen *Willen* zur Veröffentlichung sollte ändern dürfen; sie begründen ihre Ansicht

¹⁾ Vgl. auch das RGU. v. 21. Nov. 1910, 564/09 I, JW. 191 Nr. 17 S. 94: § 638 BGB. nicht anwendbar auf den Werkvertrag: „Mit Recht hat der Vorderrichter abgelehnt, die Bestimmung des § 638 BGB. über die kurzen Verjährungsfristen beim Werkvertrag auf den Verlagsvertrag anzuwenden. Der Verlagsvertrag ist nicht Werkvertrag, mag er immerhin viel Ähnlichkeit mit ihm haben. Selbst in dem Falle, daß der Vertrag über ein erst noch herzustellendes Schriftwerk geschlossen wird, ließe sich nicht sagen, welche Partei der Besteller und welche der Unternehmer im Sinne der Bestimmungen des BGB. sein würde. Vielmehr handelt es sich bei diesem Vertrag um einen selbstständig geregelten Vertrag eigener Art. Das ist ganz offenbar auch die Auffassung des Gesetzgebers gewesen, der auch da Vorschriften in selbständiger Formulierung bringt, wo diese inhaltlich mit dem übereinstimmen, was das BGB. für den Werkvertrag bestimmt hat. Es kann daher keine Rede davon sein, daß auf den Verlagsvertrag, was die Verjährung angeht, die singuläre Vorschrift des § 638 BGB. und nicht vielmehr die allgemeinen Bestimmungen im fünften Abschnitt des ersten Buches dasselbe anwendbar wären.“ Obschon sich dies auf den Verlagsvertrag über *Werte* bezieht, so ersieht man auch daraus, wie vorsichtig man in der Erklärung sein muß, eine bestimmte Gruppe von „Verlagsverträgen“ seien Werkverträge. Die Kategorien liegen weiter auseinander, als es für die hier bekämpfte Gegenmeinung erwünscht sein müßte.

¹⁾ Ueber Wesen und Rechtswirkungen der Bestellung eines Schriftwerks durch den Verleger. Gera 1896, S. 41.

vielmehr damit, daß ihm aus sachlichen Gründen (möge dieses „Sachliche“ auch in subjektiver Beleuchtung gesehen werden) die Veröffentlichung nicht unter allen Umständen zugemutet werden kann. Er soll einen Schutz haben, damit er nicht einen Beitrag veröffentlichen müßte, der zu seiner Sammlung nicht paßt, der seine Enzyklopädie entstellt oder dergl. mehr.

Für eine solche Funktion des § 47 liegt nun aber keine Notwendigkeit vor. Denn dies ist schon durch § 31 VG. vorgesehen, der dem Verleger die Möglichkeit des Rücktritts gibt, wenn das gelieferte Werk nicht von „vertragsmäßiger Beschaffenheit“ ist. Dieser Ausdruck der „vertragsmäßigen Beschaffenheit“ ist so weit, daß er *jedes berechnigte Interesse des Verlegers* zu decken vermag.

Und wenn etwa der Fall eintritt, daß die Herausgabe des Sammelwerks unmöglich wird, so ist eben die Erfüllung des Vertrages auf seiten des Bestellers unmöglich geworden und auf diesem Rechtsgrunde eine völlig zureichende Gestaltung der Rechtsfolgen gewährleistet.

Es genügt vollauf, dem Verleger die ohne sachliche Begründung, also lediglich auf seinen veränderten Willen gestellte Befreiung von seiner Pflicht auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Verfasser nach genauem Plane niedere Arbeit verrichtete, die sich ebenso gut auf Bücher wie auf Beiträge beziehen kann. Was dieses sei, sagt der Paragraph beispielsweise durch Nennung der Hilfs- und Nebenarbeit und bedarf im übrigen der Auslegung im konkreten Fall¹⁾.

Der § 47 VG. schafft eben garnicht Sonderrecht für bestimmte *formelle* Kategorien von Arbeiten, sondern er stellt ein für *alle* Kategorien (Werke *und* Beiträge) gültiges Prinzip auf. Der Verfasser gibt ein geistiges Gut in einer Form (A), der Verleger übernimmt es, um es in einer zweiten Form (B) erscheinen zu lassen; an der Form A erhält er Nießbrauch, an der Form B Eigentum; nur wo an der Form A ein geistiges Recht besteht, ist es möglich, ein Verlagsrecht zu geben. Bei niederer bestellter Arbeit fehlt jenes Verlagsrecht an der Form A und das Gesetz überantwortet solche Fälle daher dem Werkvertragsrecht. Dies ist ein berechtigtes Prinzip, welches sogar geeignet ist, die Richtschnur für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen Herausgeber (Redakteur) und Verleger abzugeben, worauf aber hier nicht weiter eingegangen werden soll. In solcher Beschränkung allein fügt sich der § 47 organisch in das Ganze des Verlagsrechts, wenn es weiter bildungsfähig bleiben soll.

¹⁾ Ein solcher Fall ist mir jüngst zu Gesicht gekommen, wo ein Schriftsteller an einen oder mehrere Verleger schrieb: „Erlaube mir die ergebenste Anfrage, ob Sie mich in die Zahl Ihrer Mitarbeiter aufnehmen und mich, falls Bedarf vorhanden ist, mit der Lieferung von zündend überschriebenen und fesselnden Abhandlungen (in Form von Büchern, Broschüren usw.) über die möglichen aktuellen, auch politischen Dinge beauftragen wollen. . . . Auch mache ich Ihnen Vorschläge zwecks gewinnversprechender, literarischer Ausnutzung von Tagesereignissen aller Art“