

Arnold F. Rusch

nota bene

Wie prozessiert eigentlich Banksy?

Wie kann sich Banksy wehren, wenn jemand seine Werke kopiert oder deren Echtheit in Frage steht? Kann er am Prozess teilnehmen, ohne seine Identität bekanntzugeben? Der anonyme Prozess, es gibt ihn wirklich!

Comment Banksy peut-il se défendre lorsqu'une personne copie ses œuvres ou en conteste l'authenticité ? Peut-il prendre part à un procès sans divulguer son identité ? Le procès anonyme existe vraiment !



Banksys bürgerliche Identität ist nicht bekannt. Seine Werke hingegen sind sehr bekannt und erzielen Rekordpreise. Seine künstlerischen Aktivitäten sorgen immer wieder für rechtliche Auseinandersetzungen, die eine Gefahr für seine Anonymität darstellen. So wollen die beiden Sammler Nicky Katz und Ray Howse auf gerichtlichem Weg eine Erklärung über die Authentizität des von ihnen gekauften Bildes erlangen.¹ Eine Unternehmung, die Postkarten mit Sujets der Werke Banksys verkaufte, ging gegen Banksy vor, als er seine Werke zum Markenschutz anmeldete: Banksy habe die Werke zuvor selbst als gemeinfrei erklärt.² Dass Banksy es vorzieht, seine Identität geheim zu halten, ist Teil seines Erfolgs.³ Kann er dies auch vor Gericht so halten?

Schweizer Gerichte haben es schon einige Male zugelassen, dass Parteien ihre Identität dem Gericht oder der Gegenpartei nicht offenlegen mussten.⁴ Besonders ausge-

prägt ist dies im Verfahren *Global Tracking System* geschehen. Ein Stellenbewerber erhielt eine Stelle in einer Bank, doch «annulierte» diese die Anstellung noch vor Stellenantritt. Die Bank tat dies aufgrund eines Eintrags über den Stellenbewerber im Global Tracking System. Dabei handelt

Schweizer Gerichte haben es schon einige Male zugelassen, dass Parteien ihre Identität dem Gericht oder der Gegenpartei nicht offenlegen mussten.

es sich um eine Datenbank, in der die Bank sicherheitsrelevante Informationen über Personen festhält. Er klagte gegen die Bank auf Einsicht in sein Dossier samt Bekanntgabe der Informanten. Die Gerichte hiessen seine Klage gut.⁵ Die Informanten jedoch wehrten sich und liessen der Bank die Herausgabe des Dossiers superprovisorisch verbieten. Gegen den prosequierten Verbotsentscheid durfte der Stellenbewerber schliesslich noch Beschwerde ergreifen, doch richtete sich diese erfolglos gegen ein teilweise geschwärztes Urteil und Parteien, die nur der Bank und dem Gericht bekannt waren.⁶ In diesem Verfahren war die Anonymität der Informanten gerade Prozessgegenstand. Hätten diese offen prozessieren müssen, wäre ein Prozess sinnlos. Einzuräumen ist, dass eine Beschwerdemöglichkeit gegen teilweise unbekannte Urteilsgründe keinen wirklichen Rechtsschutz verspricht.

- 1 DALYA ALBERGE, Legal row could finally force mystery artist Banksy to reveal his real name, *The Guardian* vom 9.3.2024, Internet: <https://www.theguardian.com/artanddesign/2024/mar/09/legal-row-banksy-reveal-real-name-art-images-authenticity> (Abruf 1.8.2024).
- 2 Full Colour Black Limited v. Pest Control Office Limited, EUIPO Cancellation Division, Cancellation No 39 873 C, 18.5.2021.
- 3 Full Colour Black Limited v. Pest Control Office Limited (FN 2), 9: «It is also noted that as Banksy has chosen to be anonymous and cannot be identified this would hinder him from being able to protect this piece of art under copyright laws without identifying himself, while identifying himself would take away from the secretive persona which propels his fame and success.»
- 4 Vgl. die Hinweise bei CHRISTOPH HEINIMANN, Parteianonymität im Schweizer Zivilprozess, AJP 2024, 304 ff. und ARNOLD F. RUSCH, BGer 4A_83/2020: Klage auf Herausgabe eines Datenbankeintrages und Berücksichtigung der Interessen betroffener Drittpersonen, AJP 2020, 1634 ff., 1637 f.

- 5 Vgl. OGer ZH, LA180010, 19.12.2018; siehe dazu RUSCH (FN 4), AJP 2020, 1634 ff.
- 6 Bezirksgericht Zürich, CG190057-L, 19.2.2021; OGer ZH, RB210008-O/U, 13.12.2022, E. I.6; BGer, 4A_76/2023.

Ein weiteres, viel bekannteres Präjudiz dreht sich um die Teilnahme der *nondum concepti* an einer Testamentsanfechtung. Ein Erbe focht die ihm auferlegte Nacherben-einsetzung zu Gunsten seiner noch nicht gezeugten Kinder an: Er sei *Vollerbe*, nicht *Vorerbe*. Das Bundesgericht ordnete an, es sei den *nondum concepti* für diesen Prozess ein Beistand zu ernennen.⁷ In dieser Konstellation ergab sich die Anonymität der Partei aufgrund ihrer noch fehlenden Existenz. Dennoch galt es, die Fristen der Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklagen einzuhalten (Art. 521 Abs. 1, 533 Abs. 1 ZGB). Damit hatte der Schweizer Prozess auch eine ähnliche Wirkung wie die amerikanische *relation back doctrine*. Um Verjährungs- oder Verwirkungsfristen einzuhalten, richtet sich die Klage zunächst gegen Unbekannt. Sobald dessen Identität bekannt ist, führt der Kläger den nach wie vor hängigen, aber vielleicht sistierten Prozess nicht mehr gegen *John Doe*, sondern gegen den konkret benannten Beklagten weiter.⁸

Gibt es aber auch eine *materiellrechtlich begründete Anonymität*? Falls ja, muss eine Rechtsdurchsetzung in einem anonymen Verfahren möglich sein. Andernfalls würde das Prozessrecht die Durchsetzung materiellrechtlicher Rechtspositionen vereiteln und könnte seine *dienende Funktion*⁹ nicht wahrnehmen. Gerade im Bereich des Urheberrechts sind verschiedene Spielarten der Autorenschaft denkbar. Spontan kommt mir Drafi Deutscher in den Sinn, der den Song *Guardian Angel* unter dem Duo *Masquerade* erscheinen liess, obwohl er alleine die tiefe und die hohe Stimme beisteuerte. Die Werkdatenbank nennt als Co-Autor einen gewissen Kurt Gebegern – so nannte sich Deutscher, weil seine Reputation aufgrund diverser Skandale etwas gelitten hatte. Nun, unter diesem Pseudonym hätte er auch Prozesse führen können, denn diese Figur ist im Urheberrecht explizit vorgesehen. Die Berner Übereinkunft¹⁰ als Grundlage der Urheberrechte regelt bei der Dauer der Urheberrechte auch den Fall der anonymen oder pseudonymen Urheberschaft (Art. 7 Abs. 3 Berner Übereinkunft). Ebenso regelt sie die Wahrnehmung der Rechte durch den Herausgeber (Art. 15 Abs. 3 Berner Übereinkunft, Art. 8 Abs. 2 URG) in Prozessstandschaft.¹¹ Das Urheberrechtsgesetz hält



Banksy sagt es selbst: Graffiti is a Crime.
(Bild: GualdimG, CC 4.0)

in diesem Sinne fest, dass der Autor das Recht habe, zu bestimmen, «ob, wann, wie und unter welcher Urheberbezeichnung das eigene Werk erstmals veröffentlicht werden soll» (Art. 9 Abs. 2 URG).¹² Im Falle von Banksy hat ein englisches Gericht die Anonymität geschützt, unter direktem Hinweis auf die Berner Übereinkunft.¹³

In der Vergangenheit haben Autoren einen Test im Sinne einer Güterabwägung zur Klärung der Frage vorge schlagen, ob die Anonymität im Prozess gerechtfertigt sein

7 BGE 140 III 145 E. 3.5.

8 Vgl. US FRCP 15 (c) 1; vgl. Solivan v. Dart, 897 F. Supp. 2d 694, 700–702.

9 Zu diesem Konzept siehe ARNOLD F. RUSCH/MARC WOHLGEMUTH, Prozessrecht als dienendes Recht, ZZZ 2017/2018, 107 ff.

10 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24.7.1971 (SR 0.231.15).

11 Vgl. Zivilgericht BS, 20.1.2004, E. 2b (sic! 2004, 490 ff., 491); WILLI EGLOFF, in: Denis Barrelet/Willi Egloff (Hrsg.), Das neue Urheberrecht, 4. A., Bern 2020, Art. 8 N 5: «Abs. 2 regelt entgegen der Artikelüberschrift

nicht die Vermutung der Urheberschaft, sondern die Begründung einer Prozessstandschaft. Wer das Werk herausgegeben oder, beim Fehlen eines Herausgebers oder einer Herausgeberin, dieses veröffentlicht hat, kann in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Urhebers oder der Urheberin handeln [...]. Er oder sie ist befugt, sämtliche Rechte am Werk wahrzunehmen.»

12 DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, 4. A., Zürich 2021, Art. 9 N 10: «Premier élément du droit moral : le droit de paternité. Droit de choisir le nom sous lequel on souhaite apparaître comme auteur : nom véritable, pseudonyme, initiales. Mais droit aussi de ne pas choisir de nom et donc d'opter pour l'anonymat. Le choix n'est jamais définitif. L'auteur peut décider de sortir de l'anonymat. Il peut abandonner son pseudonyme. Cet aspect-là du droit de paternité est mentionné à l'al. 2.»

13 High Court of Justice, King's Bench Division, KB-2023-003469, 12.3.2024.

könnte.¹⁴ Nun, wenn das materielle Urheberrecht eine anonyme oder pseudonyme Urheberschaft vorsieht, gibt es nichts abzuwägen. Dennoch muss man sich fragen, ob die anonyme oder pseudonyme Partei überhaupt einen ernsthaften Grund für die Wahrung ihrer Anonymität hat, der über einen positiven Werbeeffect hinausgeht. Tatsächlich lassen die künstlerischen Ursprünge bei Banksy den Schluss zu, dass seine *street art* strafrechtlich – ich gebe zu, es ist

klagekammer des Kantonsgerichts liess es zu, dass sich die Person auf dem Bild, von einem Anwalt vertreten, ohne Aufdeckung ihrer Identität gegen die Entpixelung wehren durfte.¹⁸

Für die anonyme und pseudonyme Urheberschaft gilt also: *Wo ein materielles Recht ist, ist auch ein prozessualer Weg!*

Gibt es eine materiellrechtlich begründete Anonymität? Falls ja, muss eine Rechtsdurchsetzung in einem anonymen Verfahren möglich sein.

die totale Härte – zum *Vandalismus* zählt.¹⁵ Man darf nicht einfach Häuserwände und Mauern mit Graffiti bemalen, weil es als Sachbeschädigung verboten ist (Art. 144 StGB). Sofort wird man entgegnen, dass die Künstler die Mauern mit ihren Graffiti nicht zerstören, sondern sogar aufwerten. Das Bundesgericht hielt im Fall von Harald Naegeli dazu fest, dies sei *«so absurd, dass es sich nicht lohnt, darauf näher einzutreten»*.¹⁶ Banksy müsste sich daher vielleicht sein Urheberrecht auf Kosten einer Bestrafung sichern, was unzumutbar scheint.

Einen ganz ähnlichen Gedankengang hat die St.Galler Justiz vor wenigen Jahren durchexerziert: Die Strafverfolger fahndeten öffentlich nach einem Hooligan, vorerst mit einem verpixelten Bild. Die spätere Entpixelung des Bildes ist ein rechtsmittelfähiger Akt.¹⁷ Doch wie geht man dagegen vor, wenn man die Person auf dem Bild ist? Die An-

¹⁴ EMMA BYRD, Anonymity Is Not for Losers: Examining the United Kingdom's Adherence to Intellectual Property Conventions, *George Washington International Law Review*, 2022, 579 ff., 599.

¹⁵ Vgl. BYRD (FN 14), 585 f.

¹⁶ Zitiert nach: Beschwerde des «Sprayers von Zürich» abgewiesen, NZZ vom 4.12.1981, 49; vgl. die Erwähnung in BGE 120 IV 319 E. 2a; kritisch bei wertvollen Graffiti BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 144 N 68, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar StGB*, 4. A., Basel 2019: *«Im erwähnten Beispiel des Sprayers von Zürich (...) ist Jahre später eines seiner Graffiti vom gleichen Gemeinwesen unter Schutz gestellt worden, das ihn zuvor noch wegen Sachbeschädigung verurteilt hatte. Das gilt in noch grösserem Mass für die Arbeiten des Künstlers Banksy, die teilweise wertvoller sind als die Baute, auf der sie gesprayed wurden. Das sollte dazu anregen, eine Erheblichkeit des Eingriffs und ein schützenswertes Interesse im erwähnten Sinne nicht leichtthin anzunehmen oder in gewissen Fällen zumindest das strafprozessuale Opportunitätsprinzip grosszügig anzuwenden [...]»*

¹⁷ Vgl. dazu BSK StPO-MOOR/HENAUER, Art. 211 N 18, 32, in: Marcel A. Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar StPO*, 3. A., Basel 2023.

¹⁸ KGer SG, AK.2015.275, 3.11.2015, E. 1.2: *«Fraglich erscheint demgegenüber, ob auf ein anonym erhobenes Rechtsmittel eingetreten werden kann. Dies ist grundsätzlich zu verneinen, da die Namensnennung der beschwerdehebenden Person keinen Selbstzweck darstellt, sondern insbesondere auch der Klärung der Rechts- und Prozessfähigkeit dieser Person sowie der zur Erhebung des Rechtsmittels legitimierenden Beschwer dient. In der vorliegenden zu beurteilenden Beschwerdesache liegen die Verhältnisse aber insofern speziell, als die Nennung des Namens des Beschwerdeführers (die mit der Beschwerde ja gerade verhindert werden soll) sogleich zur Gegenstandslosigkeit des Rechtsmittels führen könnte.»*