

Kapitel 13: Schranke für nichtkommerzielle Verwendung

Im vorliegenden Kapitel wird die Einführung einer Schranke für nichtkommerzielle Verwendung als weiterer möglicher Lösungsansatz untersucht, um das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* als Entschädigungsrecht und damit in wirtschaftlich effizienter Weise auszugestalten. Während eine entsprechende Schranke in der Literatur und in aktuellen Revisionsbestrebungen – meist unter dem Stichwort *Kulturflatrate* oder *Content Flatrate* – bereits diskutiert wird, beschränkt sich ebendieser Diskurs regelmässig auf die Weitergabe und die Vervielfältigung von Werken im digitalen Umfeld.⁷⁹⁶ Nur einzelne Autoren wie etwa SPINDLER⁷⁹⁷ prüfen, ob eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung, die auch das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen betrifft, eingeführt werden soll;⁷⁹⁸ das vorliegende Kapitel widmet sich dieser Frage und der dazu erschienenen Literatur. Dazu wird zunächst dargelegt, in welcher Form die Schranke für nichtkommerzielle Verwendung gemäss dem derzeitigen Diskurs auszugestalten wäre. Anschliessend wird erläutert, inwiefern gemäss SPINDLER diese Ausgestaltung anzupassen ist, um auch das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen zu erfassen und ob eine entsprechende Ausdehnung mit dem staatsvertraglich verankerten Dreistufentest vereinbar ist. Zum Abschluss wird untersucht, welche Vor- und Nachteile damit einhergehen.

796 Siehe Bericht Rev. URG, 10; Botschaft, BBl 2018 591, 679; WULLSCHLEGER, Rz. 371 ff.; Suisseculture (Hrsg.), passim; siehe für Deutschland ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 4, 11, 28; HANDKE, 42 ff.; AMINI, passim; ZWENGEL, passim; BENGESER, 184 ff.; RUNGE, GRUR Int. 2007, 130 ff.; siehe allerdings für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 116, 126, 132 f., 150; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 54, 56, 62 ff., für die USA FISHER, 30 f., 199 ff., und allgemein dazu AIGRAIN, passim, insbesondere 84 f., die auch das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen über die Kulturflatrate oder ein vergleichbares Kompensationsmodell erfassen wollen.

797 Siehe für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 116, 126, 132 f., 150; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 54, 56, 62 ff.

798 Siehe zudem für Deutschland ZWENGEL, 105 f.; siehe für die USA FISHER, 30 f., 199 ff., 234 ff.; siehe allgemein dazu auch AIGRAIN, passim, insbesondere 84 f.

I. Diskurs zur Kulturfltrate

Mit dem Begriff der Kulturfltrate wird Bezug genommen auf eine urheberrechtliche Schranke in der Form einer gesetzlichen Lizenz oder einer kollektiven Verwertungspflicht,⁷⁹⁹ die es erlauben soll, gegen Bezahlung einer Gebühr digitale Werke wie etwa Musik, Filme oder E-Books über das Internet weiterzugeben und zu vervielfältigen.⁸⁰⁰ Eine entsprechende Schranke führt den Grundgedanken, welcher der Privatgebrauchsschranke zugrunde liegt, weiter.⁸⁰¹ Der Grundgedanke der Privatgebrauchsschranke ist es schliesslich, natürlichen Personen in begrenztem Rahmen die Verwendung von fremden Werken zu erlauben. Während die Privatgebrauchsschranke diesen Grundgedanken personell begrenzt,⁸⁰² zieht eine Kulturfltrate eine funktionale Grenze (zu nichtkommerziellen Zwecken); die Schranke ist zudem auf das digitale Umfeld beschränkt.⁸⁰³ Im Unterschied zur Privatgebrauchsschranke, die jegliche Verwendungshandlungen erfasst, betrifft die Kulturfltrate ausserdem lediglich das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a und b URG) sowie das Recht, Werke öffentlich zugänglich zu machen (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG).⁸⁰⁴ Aufgrund der Nähe zur Privatgebrauchsschranke bietet sich eine entsprechende syste-

799 Siehe zu den Unterschieden zwischen gesetzlichen Lizenzen und kollektiven Verwertungspflichten bereits Kapitel 5: II.2. sowie Kapitel 11: II.; siehe zudem Bericht Rev. URG, 10 f.

800 Bericht Rev. URG, 9; für Deutschland ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 4. Zur Frage, ob die Kulturfltrate alle Werkkategorien und somit insbesondere auch Computerprogramme erfassen soll siehe wohl zustimmend Bericht Rev. URG, 9 f.; ablehnend WULLSCHLEGER, Rz. 376; siehe für Deutschland ablehnend SPINDLER, Gutachten, 31 f.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 72 ff.; ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 5 (Fn. 14).

801 Vgl. Bericht Rev. URG, 18; WULLSCHLEGER, Rz. 382; für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 25 ff.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 55 ff.

802 Die schweizerische Privatgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG spricht vom „*persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind*“.

803 Siehe WULLSCHLEGER, Rz. 383 f. Die Privatgebrauchsschranke findet dahingegen sowohl im analogen als auch im digitalen Umfeld Anwendung, siehe SHK-URG/GASSER, Art. 19 URG N 8; a.A. WULLSCHLEGER, Rz. 385 f., der wohl davon ausgeht, dass die Privatgebrauchsschranke nur im analogen Bereich anwendbar ist.

804 WULLSCHLEGER, Rz. 384. Da die Privatgebrauchsschranke nicht nur im analogen, sondern auch im digitalen Umfeld Anwendung findet, würde sie sich zwar teilweise mit der Kulturfltrate überschneiden, wie insbesondere dann, wenn ein Werk per E-Mail unter Familienangehörigen weitergeleitet wird. Sie hätte aber weiterhin nebst dem analogen auch im digitalen Bereich ihren eigenständi-

matische Einordnung im URG an. WULLSCHLEGER schlägt etwa vor, die Kulturflatrate in Art. 19 Abs. 1 URG als neuen lit. a^{bis} wie folgt einzuführen:

a^{bis} *das Vervielfältigen, Verbreiten, Wahrnehmbarmachen oder Zugänglichmachen von Werkexemplaren bzw. Werken mittels fernmeldetechnischer Übertragung [...], soweit damit kein kommerzieller Zweck verfolgt wird;*⁸⁰⁵

Die im Rahmen der Schranke geschuldete Gebühr soll dabei nicht davon abhängen, wie oft und wie viele Werke weitergegeben und vervielfältigt werden; sie soll vielmehr in der Form eines Pauschaltarifs – eben einer *Flat-rate* – für alle Werknutzer gleich hoch sein. Es wird dabei vorgeschlagen, dass diese Gebühr den Telekommunikationsdienstleistern auferlegt wird, welche die anfallenden Kosten auf ihre Kunden überwälzen, denen sie Zugang zum Breitbandinternet verschaffen.⁸⁰⁶ Dabei könnte je nach Breitbandanschluss – das heisst je nach Datenvolumen und je nach Geschwindigkeit, mit welcher Inhalte getauscht und hoch-/heruntergeladen werden können – eine grössere Überwälzung der Kosten erfolgen.⁸⁰⁷

Mit der Kulturflatrate werden primär zwei Ziele verfolgt: Erstens sollen auf *Digital Rights Management*⁸⁰⁸ basierende Lizenzmodelle beseitigt werden – also Lizenzmodelle, die sich technische Schutzmassnahmen zu Nutzen machen und damit nebst unzulässigen Werknutzungen auch solche

gen Anwendungsbereich, wie insbesondere dann, wenn eine Bearbeitung per E-Mail mit Familienangehörigen geteilt wird. Siehe zur Anwendung der Privatgebrauchsschranke im digitalen Bereiche SHK-URG/GASSER, Art. 19 URG N 8; a.A. WULLSCHLEGER, Rz. 385 f., gemäss welchem sich die Privatgebrauchsschranke und die Kulturflatrate gar nicht erst überschneiden, da er wohl wie erläutert davon ausgeht, dass die Privatgebrauchsschranke nur im analogen Bereich anwendbar ist.

805 WULLSCHLEGER, Rz. 385.

806 Siehe Bericht Rev. URG, 10; für Deutschland RUNGE, GRUR Int. 2007, 130; SPINDLER, Gutachten, 112 ff.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 377 ff.; für die USA FISHER, 221.

807 Siehe dazu SPINDLER, Gutachten, 113; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 381, der die Annahmen beschreibt, dass erstens digitale Inhalte wie Filme oder Musik ein grösseres Datenvolumen beanspruchen als reine Textdateien und dass zweitens Internetnutzer, die Werke austauschen und hoch-/herunterladen, keine langsamen Internetanschlüsse benutzen.

808 Siehe allgemein zum *Digital Rights Management* BECHTOLD, 19 ff.; FITZNER, 51 ff.; TRAYER, passim; MAY, passim.

kontrollieren, die von Gesetzes wegen zulässig sind.⁸⁰⁹ Zweitens soll mit der Kulturfltrate verhindert werden, dass ein Grossteil der Bevölkerung rechtlich verfolgt wird, weil sich viele Menschen – darunter insbesondere *Teenager* –⁸¹⁰ neue Technologien zu Nutze machen, die es ihnen erlauben, digitale Werke ohne Qualitätsverlust, mit wenig technischer Kenntnis und geringem Zeitaufwand weiterzugeben und zu vervielfältigen.⁸¹¹

II. Ausdehnung auf Verwendung von Bearbeitungen

Um einen effizienten Umgang mit Bearbeitungen im digitalen Umfeld zu erreichen, könnte die Kulturfltrate auf das Recht zur digitalen Verwendung von Bearbeitungen ausgedehnt werden. SPINDLER⁸¹² stellt zunächst einleitend fest, dass diese Ausdehnung der Kulturfltrate durchaus naheliegend ist in Anbetracht der Möglichkeiten, die durch das *Web 2.0*⁸¹³ den Werknutzern zur Verfügung stehen.⁸¹⁴ Eine Kulturfltrate – also eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung –, die das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen erfasst, könnte dabei gleich ausgestaltet werden wie die derzeitig diskutierte Kulturfltrate: Sie könnte als gesetzliche Lizenz oder als kollektive Verwertungspflicht ausgestaltet werden und eine Art erweiterte Privatgebrauchsschranke⁸¹⁵ mit Internetanschlussabgabe

809 Siehe für Deutschland ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 3; SPINDLER, Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 11; RUNGE, GRUR Int. 2007, 130; vgl. auch BENGESER, 189 f. m.w.H.

810 Siehe Bericht Rev. URG, 10; Bericht Werknutzung im Internet, 12; siehe für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 12.

811 Siehe für Deutschland ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 3; GOLDMANN/LIEPE, ZUM 2002, 362; vgl. auch SPINDLER, Gutachten, 12 ff.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 25 ff.; BRAUN, 102 ff.; RUNGE, GRUR Int. 2007, 130.

812 Siehe SPINDLER, Gutachten, 27 ff.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 62 ff.

813 Mit dem Begriff *Web 2.0* wird Bezug genommen auf eine neue Generation des Webs, in welcher Konsumenten nicht mehr bloss Inhalte konsumieren, sondern diese auch selbst produzieren; man spricht in diesem Zusammenhang vom *Prosumenten*, siehe dazu etwa WALSH/KILIAN/HASS, 3 ff.; LESSIG, 51 ff., spricht hierbei von der wiederbelebten *Read/Write-Kultur*.

814 SPINDLER, Gutachten, 27; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 62; vgl. auch AIGRAIN, 85.

815 Entsprechend der deutschen Gesetzgebung spricht SPINDLER von der erweiterten Privatkopieschranke, siehe SPINDLER, Gutachten, 24 ff.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 50 ff.

darstellen.⁸¹⁶ Die durch die digitale Verwendung von Bearbeitungen anfallenden Gebühren könnten also auch bei der erweiterten Form der Kulturflatrate von den Telekommunikationsdienstleistern entrichtet werden, wobei diese die zusätzlichen Kosten auf ihre Kunden überwälzen könnten.⁸¹⁷

SPINDLER fügt allerdings an, dass ebendiese Ausdehnung auf das Bearbeitungsrecht zweierlei Probleme mit sich bringt: Ersteres Problem hängt mit der Vergütung zusammen, das zweite mit den Urheberpersönlichkeitsrechten. Das Problem der Vergütung wurzelt in der Tatsache, dass Werknutzer, die eine Bearbeitung erstellen, ebenfalls als Urheber zu verstehen sind.⁸¹⁸ Werden ihre Bearbeitungen im Rahmen der Schranke verwendet, so steht auch ihnen ein Anspruch auf Vergütung zu.⁸¹⁹ Da die Werknutzer allerdings oftmals unbekannt oder schwer auffindbar sind, dürfte es schwierig sein, die ihnen zustehenden Gelder auszuzahlen.⁸²⁰ SPINDLER erkennt dabei allerdings, dass dieses Problem ganz unabhängig davon besteht, ob die Kulturflatrate auf das Bearbeitungsrecht ausgedehnt wird, da Bearbeitungen auch ohne diese Ausdehnung im Internet kursieren. Sie können damit weitergegeben und vervielfältigt werden, womit Gebühren generiert werden, die auf die Rechtsinhaber – inklusive die Urheber der Bearbeitung – zu verteilen sind.⁸²¹ Das Problem ist somit zwar ein ernstzunehmendes, es gründet allerdings nicht darin, dass die digitale Verwendung von Bearbeitungen legitimiert wird.⁸²²

Als zweites Problem weist SPINDLER auf die Urheberpersönlichkeitsrechte hin. Er nennt dabei explizit das Recht auf Urhebernennung sowie das

816 Vgl. Bericht Rev. URG, 18; WULLSCHLEGER, Rz. 382; für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 24 ff.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 50 ff. Die schweizerische Privatgebrauchsschranke würde somit im digitalen Umfeld ihren eigentlichen Anwendungsbereich verlieren; im analogen Bereich würde sie aber weiterhin uneingeschränkt anwendbar sein, vgl. dazu bereits Kapitel 13: I. (Fn. 804).

817 SPINDLER, Gutachten, 113; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 381.

818 SPINDLER, Gutachten, 29; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 65.

819 Siehe BARRELET/EGLOFF, Art. 3 URG N 9.

820 SPINDLER, Gutachten, 29; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 65.

821 Vgl. dazu WEGENER, Musik und Recht, 361; siehe allerdings zu den möglichen Konsequenzen einer unzulässigen Bearbeitung DERS., Musik und Recht, 361 f.

822 Der Ursprung des Problems liegt vielmehr zum einen darin, dass die Bearbeitung als Werk im urheberrechtlichen Sinne geschützt ist gemäss Art. 3 Abs. 3 URG und dem Bearbeiter damit die Rechte eines Urhebers (inklusive der Vergütungsansprüche) zustehen, siehe dazu BARRELET/EGLOFF, Art. 3 URG N 9; zum anderen liegt der Ursprung des Problems darin, dass der Schutz der verwendeten Werke vorbehalten bleibt gemäss Art. 3 Abs. 4 URG und die Urheber der vorbestehenden Werke somit ebenfalls einen Vergütungsanspruch haben.

Recht auf Schutz vor Entstellung.⁸²³ Zum Recht auf Urhebernennung führt SPINDLER aus, dass dieses auch unter einer Schranke für nichtkommerzielle Verwendung unverändert zu achten ist;⁸²⁴ schliesslich steht dieses Recht auf Urhebernennung der Verwendung einer Bearbeitung nicht entgegen.⁸²⁵ Zum Recht auf Schutz vor Entstellung führt er aus, dass dies eine reine Frage der Verfolgung von entstellenden Bearbeitungen ist. Bereits unter geltendem Recht kann der Schutz vor Entstellung selbst dann geltend gemacht werden, wenn der Werknutzer gesetzlich oder vertraglich zur Bearbeitung befugt ist. Gilt dasselbe unter einer Schranke für nichtkommerzielle Verwendung, so können die Bedenken im Zusammenhang mit dem Recht auf Schutz vor Entstellung vernachlässigt werden.

Selbst wenn allerdings das vorbestehende Werk nicht entstellt wird, wird das Bearbeitungsrecht des Urhebers – das gleichsam urheberpersönlichkeitsrechtliche als auch verwertungsrechtliche Elemente aufweist –⁸²⁶ durch jede Bearbeitungshandlung berührt. Da diese Berührung des Bearbeitungsrechts im Rahmen der Schranke einen Entschädigungsanspruch auslöst, kommt dem Bearbeitungsrecht nur noch einen verwertungsrechtlichen Charakter zu; die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Elemente des Rechts werden damit eingeschränkt. Diese Einschränkung bleibt in der Analyse SPINDLERS verborgen, da sich die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Elemente des Bearbeitungsrechts seines Erachtens wohl auf den Entstellungsschutz beschränken.⁸²⁷ Selbst wenn allerdings richtigerweise von

823 SPINDLER, Gutachten, 29 f.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 65 ff.

824 SPINDLER, Gutachten, 30; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 67.

825 Vgl. dazu auch Kapitel 11: IV.7.

826 So die h.L. und Rechtsprechung in der Schweiz, siehe etwa BGE 114 II 368, E. 2.a; BGer, 26. September 2011, 4A_423/2011, E. 5.1; BGer, 24. März 2003, 2A_288/2002, E. 3.3; SHK-URG/PFORTMÜLLER, Art. 11 URG N 1; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 11 URG N 1; BARRELET/EGLOFF, Art. 11 URG N 1; HILTY, Rz. 197 ff.; a.A. RIGAMONTI, 279 f., 292 f., der das Recht auf Schutz der Werkintegrität nicht gesamthaft als Urheberpersönlichkeitsrecht betrachtet, sondern nur dessen Entstellungsschutz von Art. 11 Abs. 2 URG. Das Bearbeitungsrecht von Art. 11 Abs. 1 lit. b URG ist, so RIGAMONTI, allerdings ein Verwendungsrecht. Siehe zudem auch Botschaft, BBl 1989 III 477, 530.; vgl. dazu bereits Kapitel 1: II.3.4.; so aber auch die h.L. in Deutschland Möhring/Nicolini/AHLBERG, § 23 UrhG N 2; Schricker/Loewenheim/LOEWENHEIM, § 23 UrhG N 1; vgl. Dreier/Schulze/SCHULZE, § 23 UrhG N 1; a.A. wohl SPINDLER, Gutachten, 29 f., 145; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 66, 499.

827 Vgl. SPINDLER, Gutachten, 29 f., 145; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 66, 499; a.A. in Deutschland allerdings Möhring/Nicolini/AHLBERG, § 23 UrhG N 2; Schricker/Loewenheim/LOEWENHEIM, § 23 UrhG N 1; vgl. Dreier/Schulze/SCHULZE, § 23 UrhG N 1.

einem Zwitterwesen des Bearbeitungsrechts ausgegangen wird und damit urheberpersönlichkeitsrechtliche Elemente eingeschränkt werden, so wäre diese Einschränkung m.E. hinzunehmen zugunsten einer wirtschaftlich effizienten Durchsetzung des Rechts auf digitale Verwendung von Bearbeitungen.⁸²⁸

III. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest

Möchte der schweizerische Gesetzgeber eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung in der Form einer erweiterten Kulturflatrate in das URG einführen, so müsste die Schranke mit dem staatsvertraglich verankerten Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT) vereinbar sein. Der Dreistufentest fordert – wie bereits dargelegt –,⁸²⁹ dass sich eine Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle bezieht (erste Stufe), dass die normale Auswertung des Werkes dadurch nicht beeinträchtigt wird (zweite Stufe) und dass die Beschränkung keine berechtigten Interessen der Rechtsinhaber in unzumutbarer Weise verletzt (dritte Stufe).⁸³⁰

Prüft man die Schranke der nichtkommerziellen Verwendung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest, so verfolgt sie wohl – nach einem qualitativen Massstab betrachtet – ein plausibles öffentliches Interesse, da sie den Zugang zu geistigem Schaffen und die Auseinandersetzung damit erleichtert.⁸³¹ Zudem ist die Schranke auf private Verwendungen beschränkt und die betroffenen Verwendungsrechte können klar benannt werden.⁸³² Die Schranke ist damit auf bestimmte Sonderfälle zugeschnitten, womit sie die erste Stufe des Dreistufentests erfüllt.⁸³³

828 Vgl. dazu auch Kapitel 11: IV.7.

829 Siehe zum Dreistufentest im Rahmen der Schranke für kreative Bearbeitungen sowie im Rahmen der Schrankengeneralklausel Kapitel 11: V. sowie Kapitel 12: IV.

830 Art. 9 Abs. 2 RBÜ; Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT.

831 ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 26 f.; RUNGE, GRUR Int. 2007, 130, 134; BENGESER, 232 f.

832 SPINDLER, Gutachten, 70; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 215.

833 So etwa ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 26 f.; SPINDLER, Gutachten, 70; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 215; RUNGE, GRUR Int. 2007, 130, 134; BENGESER, 232 f.; ZWENGEL, 231 f.; a.A. WULLSCHLEGER, Rz. 399 ff.; zudem Bericht Werknutzung im Internet, 12, sowie Bericht Rev. URG, 11, gemäss welchen eine generelle Erlaubnis des nichtgewerblichen Gebrauchs nicht ohne Weiteres als Sonderfall qualifiziert werden kann; diese An-

Auf der zweiten Stufe scheitert die Schranke für nichtkommerzielle Verwendung allerdings, da sie die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt.⁸³⁴ Eine strenge ökonomische Betrachtung ergibt nämlich, dass die durch die Schranke legitimierten Verwendungen das Angebot an öffentlich zugänglichen Vervielfältigungen und Bearbeitungen erhöht, womit die aktuelle oder potenzielle Nachfrage nach den angebotenen Vervielfältigungen und Bearbeitungen sinkt; es würde somit wirtschaftliche Konkurrenz vorliegen. Dies würde für die Rechtsinhaber zu einem eklatanten Verlust an aktuellen oder potenziellen Einnahmequellen führen; dies insbesondere deshalb, weil die konkurrierenden Vervielfältigungen oder Bearbeitungen über private Tauschbörsen erworben werden könnten.⁸³⁵

Selbst wenn die Schranke für nichtkommerzielle Verwendung die normale Auswertung nicht beeinträchtigt, so würde sie doch immerhin die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber in unzumutbarer Weise verletzen und damit auf der dritten Stufe des Dreistufentests scheitern.⁸³⁶ Hinsichtlich des Rechts an der Verwendung von Bearbeitungen wurde bereits ausführlich dargelegt, dass die Interessen des Urhebers schwerer wiegen als diejenigen der Werknutzer.⁸³⁷ Für das Recht an der öffentlichen Zugäng-

sicht wird in den Berichten allerdings nicht weiter begründet. Siehe zur ersten Stufe des Dreistufentests ausführlich Kapitel 11: V.

834 So etwa BENGESER, 233 ff.; WULLSCHLEGER, Rz. 403 ff.; a.A. ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 27; SPINDLER, Gutachten, 70 ff.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 216 ff.; RUNGE, GRUR Int. 2007, 130, 134, der die Meinung vertritt, dass die von der Kulturfltrate erfassten Rechte nicht in wirtschaftliche Konkurrenz treten mit einer individuellen Rechtsvergabe, da eben diese wirtschaftliche Konkurrenz durch den Einsatz von DRM-Systemen verhindert werden kann. Dieses Argument ist allerdings wenig überzeugend; zum einen sind DRM-Systeme problembehaftet, da diese umgangen werden können und sich DRM-geschützte Werke aufgrund von Kompatibilitätsproblemen nicht durchsetzen konnten; zum anderen darf von den Rechtsinhabern nicht verlangt werden, DRM-Systeme einzusetzen, um eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung zu verhindern, vgl. dazu auch ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 18.

835 BENGESER, 234 f.; vgl. auch SENFTLEBEN, Schranken des Urheberrechts, 159, 179 f., der darauf hinweist, dass die Zahlung einer angemessenen Vergütung im Rahmen der Schranke auf der zweiten Teststufe nicht beachtet wird.

836 So etwa BENGESER, 236 ff.; WULLSCHLEGER, Rz. 407 ff.; RUNGE, GRUR Int. 2007, 130, 134 ff., insbesondere 136 f.; a.A. ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 27 f.; SPINDLER, Gutachten, 72 f.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 221.

837 Gleiches gilt für den Verwerter; siehe zur ausführlichen Interessenabwägung Kapitel 2: IV.1.4.

lichmachung von Vervielfältigungen kann nichts anderes gelten.⁸³⁸ Würde sich der schweizerische Gesetzgeber also dafür entscheiden, eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung in das URG einzuführen, so würde er mit staatsvertraglichen Bestimmungen in Konflikt geraten.

IV. Vor- und Nachteile

Eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung in der von SPINDLER⁸³⁹ vorgeschlagenen, erweiterten Form würde diverse Vorteile mit sich bringen. Zum einen könnte die rechtliche Verfolgung eines Grossteils der Bevölkerung für die unzulässige digitale Weitergabe von Werken und deren Bearbeitungen gestoppt werden. Zum anderen könnte die Schranke dazu beitragen, auf *Digital Rights Management* basierende Lizenzmodelle zu beseitigen, da die Rechtsinhaber nicht mehr darauf angewiesen wären, um eine Entschädigung zu erlangen.⁸⁴⁰ Der Vorteil einer Schranke für nichtkommerzielle Verwendung wäre es zudem, dass sich Werknutzer erst dann wieder um die Einholung von Lizenzen kümmern müssten, wenn sie Werke oder deren Bearbeitungen zu kommerziellen Zwecken verwenden.⁸⁴¹ In allen anderen Fällen würde die Werknutzung von der Schranke für nichtkommerzielle Verwendung erfasst werden und somit die Ausschliesslichkeits- und Kontrollrechte der Rechtsinhaber nicht verletzen. Dies gilt dank der Erweiterung SPINDLERS selbst dann, wenn die Werknutzer Bearbeitungen verwenden. Die derzeit mit dem Urheberrecht verbundene Rechtsunsicherheit könnte dadurch weitgehend beseitigt werden. Was die Urheber anbelangt, so würden diese für die nichtkommerzielle Verwendung ihrer Werke vergütet werden. Der Anspruch auf Vergütung besteht zwar bereits

838 Siehe dazu ausführlich RUNGE, GRUR Int. 2007, 130, 134 ff., insbesondere 136 f.

839 Siehe für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 116, 126, 132 f., 150; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 54, 56, 62 ff.

840 Dürften *Digital Rights Management*-Systeme allerdings weiterhin aufrechterhalten bleiben – was der derzeitigen Rechtslage im Zusammenhang mit der Privatgebrauchsschranke entspricht –, so würde dieser Vorteil nicht zutage treten. Internetnutzer würden dann zwar der Vergütungspflicht unterliegen, gleichzeitig würden sie allerdings unter Umständen aus technischen Gründen an der nichtkommerziellen Verwendung fremder Werke gehindert werden. ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 29, sprechen sich dafür aus, dass die Bestimmungen zu den technischen Schutzmassnahmen im Zuge der Einführung einer Kulturflatrate angepasst werden müssten.

841 Bericht Rev. URG, 10.

unter der derzeitigen Rechtslage,⁸⁴² können doch die Urheber die Nutzungsrechte an ihren Werken gegen Entgelt lizenzieren. Ebendieser Anspruch kann allerdings praktisch kaum realisiert werden.⁸⁴³ Was das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen anbelangt, so würde durch diesen Entschädigungsanspruch des Urhebers ebendieses Recht effizient durchgesetzt werden.

Trotz dieser mannigfaltigen Vorteile sind die Nachteile einer Schranke für nichtkommerzielle Verwendung erdrückend. Ein erster Nachteil ist darin zu erachten, dass die Schranke nur auf das digitale Umfeld Anwendung finden würde. Hinsichtlich der Vervielfältigung wäre dies auch sinnvoll, da diese im analogen Bereich bereits durch Leerträgervergütungen geregelt ist.⁸⁴⁴ Hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung würde die Beschränkung der Schranke auf den digitalen Bereich allerdings zu der ungünstigen Situation führen, dass eine entsprechende Handlung im analogen Bereich nicht zulässig wäre.⁸⁴⁵ Würde die Schranke auf die Verwendung von Bearbeitungen ausgedehnt werden, so würde sich diese ungünstige Situation manifestieren, wäre doch auch hier die entsprechende Handlung im analogen Bereich unzulässig.⁸⁴⁶

Ein weiterer Nachteil liegt in der Vergütung verborgen. Das Flatrate-Modell würde indirekt – über die Telekommunikationsdienstleister – eine Gebühr von allen Internetnutzern einziehen, unabhängig davon, ob diese urheberrechtlich geschützte Werke oder Bearbeitungen im Internet vervielfältigen oder weitergeben. Die Vergütungspflicht wäre somit nicht verursacherabhängig ausgestaltet, sondern sie würde, wie bei den Leerträgerabgaben, jedermann in der Form einer pauschalisierten Abgabepflicht aufgebürdet. Solche pauschalisierten Abgabepflichten erscheinen im Einzelfall oftmals ungerecht und stehen unter Kritik.⁸⁴⁷ Von den Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Einnahme der Vergütung abgesehen, würden sich

842 ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 18.

843 ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 10, 18.

844 Zu beachten ist, dass das deutsche Recht im Unterschied zum schweizerischen Recht neben der Leerträger- auch eine Gerätevergütung kennt; siehe für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 112, 115 f.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 377, 391; vgl. auch ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 23; vgl. für die Schweiz SHK-URG/GASSER, Art. 20 URG N 1 ff., insbesondere 7.

845 WULLSCHLEGER, Rz. 386.

846 Vgl. für Deutschland SPINDLER, Gutachten, 115 f.; DERS., Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 391.

847 Bericht Werknutzung im Internet, 12; vgl. auch STUTZ, NZZ vom 24. November 2006, 17.

weitere Probleme bei der Verteilung der eingezogenen Gelder ergeben. Diese müssten auf die verschiedenen Rechtsinhaber gerecht verteilt werden. Die Festlegung eines gerechten Gebühren-Verteilungsschlüssels dürfte aber datenschutzrechtliche Schwierigkeiten bereiten, ist doch nur durch Überwachung des Internets feststellbar, welche Werke wie oft verwendet werden.⁸⁴⁸

Ein letzter Nachteil würde sich wie dargelegt im Zusammenhang mit dem Dreistufentest ergeben, würde doch eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung den Test nicht bestehen. Insbesondere würde die normale Auswertung des Werks beeinträchtigt werden, wäre doch eine individuelle Verwertung im digitalen Umfeld fortan nicht mehr möglich. Würde der schweizerische Gesetzgeber die Schranke dennoch einführen, würde sie gegen staatsvertragliche Bestimmungen verstossen; eine Kündigung der betroffenen Staatsverträge wäre somit unumgänglich.⁸⁴⁹

Aktuelle Revisionsbestrebungen haben die Idee einer Kulturfltrate zwar aufgegriffen; nicht zuletzt aufgrund der genannten Nachteile, der mangelnden Erfahrung zu den Auswirkungen und der radikalen Abkehr von der aktuellen Urheberrechtspraxis, die eine entsprechende Schranke mit sich bringt, wurde die Idee allerdings bereits wieder aufgegeben.⁸⁵⁰

V. Zwischenergebnis

Das vorliegende Kapitel widmet sich der Frage, ob das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* durch eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung wirtschaftlich effizient ausgestaltet werden könnte. Eine entsprechende Schranke wird in der Literatur und in aktuellen Revisionsbestrebungen unter dem Stichwort *Kulturfltrate* oder *Content Fltrate* bereits diskutiert; der Diskurs beschränkt sich dabei allerdings regelmässig auf die Weitergabe und die Vervielfältigung von Werken im digitalen Umfeld. Insbesondere SPINDLER prüft allerdings, ob eine Kulturfltrate auf das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen ausgedehnt werden könnte.

SPINDLER hält dabei fest, dass eine um die Verwendung von Bearbeitungen erweiterte Kulturfltrate gleich gehandhabt werden könnte wie ihr um das Bearbeitungsrecht verkürztes Pendant. Sie wäre demnach auch als gesetzliche Lizenz oder als kollektive Verwertungspflicht auszugestalten und

848 Bericht Rev. URG, 10; a.A. ROSSNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, 19.

849 Siehe Botschaft, BBl 2018 591, 679.

850 Siehe Botschaft, BBl 2018 591, 679.

würde eine Art erweiterte Privatgebrauchsschranke mit Internetanschluss-abgabe darstellen. Die Gebühren könnten – wie bei der ursprünglichen Form der Kulturflatrate – ebenfalls von den Telekommunikationsdienstleistern entrichtet werden, welche ihre zusätzlichen Kosten auf ihre Kunden überwälzen könnten.

Würde eine Kulturflatrate in das schweizerische Urheberrecht eingeführt werden, so hätte dies diverse Vorteile. Insbesondere könnte dadurch die rechtliche Verfolgung grosser Bevölkerungsgruppen verhindert werden und auf *Digital Rights Management* basierende Lizenzmodelle könnten unter Umständen beseitigt werden. Zudem würden klare Rechtsverhältnisse geschaffen und dafür gesorgt werden, dass Urheber für die Vervielfältigung und Weitergabe ihrer Werke und derer Bearbeitungen vergütet würden.

Mit der Schranke für nichtkommerzielle Verwendung würden allerdings auch erhebliche Nachteile einhergehen. Insbesondere würde dadurch eine Diskrepanz zwischen dem digitalen und dem analogen Umfeld hinsichtlich der jeweils zulässigen Verwendungshandlungen entstehen. Zudem würde die Flatrate zu einer pauschalisierten Abgabepflicht für alle Internetnutzer führen, die im Einzelfall oftmals ungerecht sind. Zu guter Letzt würde eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung staatsvertragliche Bestimmungen verletzen, da sie die Bedingungen des Dreistufentests nicht zu erfüllen vermag. Eine Kündigung der betroffenen Staatsverträge wäre somit unumgänglich.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung zwar das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* durchaus in wirtschaftlich effizienter Weise durchsetzen könnte. Nichtsdestotrotz wiegen die damit einhergehenden Nachteile zu schwer, sodass die Schranke keine gangbare Lösung darstellt. Dies wurde schliesslich auch in aktuellen Revisionsbestrebungen erkannt, in welchen die Kulturflatrate als mögliche Lösung zur Modernisierung des Urheberrechts verworfen wurde.