

Kapitel 2: Wirtschaftliche Analyse

Im vorliegenden Kapitel wird das Bearbeitungsrecht einer wirtschaftlichen Analyse unterzogen. Dazu wird zunächst ein Überblick über die wirtschaftliche Analyse des Rechts geschaffen; zudem werden die Grundlagen kurz dargelegt und das Urheberrecht ganz allgemein wirtschaftlich analysiert. Zur anschliessenden wirtschaftlichen Analyse des Bearbeitungsrechts sind zwei Fragen zu klären: Auf einer ersten Stufe ist zu beantworten, ob das Urheberrecht für die Nutzungshandlung des Bearbeitens aus wirtschaftlicher Sicht ein ausschliessliches Recht verteilen oder aber ob Bearbeitungsfreiheit gelten soll; in anderen Worten wird untersucht, ob das Bearbeitungsrecht dem Urheber oder aber dem Werknutzer und somit jedermann zugewiesen werden soll. Hinsichtlich derjenigen Aspekte des Bearbeitens, die aus wirtschaftlicher Sicht durch ein ausschliessliches Bearbeitungsrecht dem Urheber zuzuweisen sind, ist auf einer zweiten Stufe zu klären, ob dieses als Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht ausgestaltet ist.

I. Im Überblick

Bei der wirtschaftlichen Analyse des Rechts geht es darum, rechtliche Regelungen unter dem Aspekt der Effizienz zu betrachten. Gerechtigkeitsgedanken, auf welchen die Jurisprudenz aufbaut, spielen dabei keine Rolle.¹⁸⁸ Nichtsdestotrotz erfreut sich diese effizienz-basierte Analyse zumindest im angloamerikanischen Urheberrecht grosser Beliebtheit; dies nicht zuletzt deshalb, weil das *Copyright* traditionell utilitaristisch begründet wird.¹⁸⁹

Im kontinentaleuropäischen Raum wird das Urheberrecht herkömmlich als Naturrecht verstanden und soll die besondere Beziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk schützen.¹⁹⁰ Das Urheberrecht wirtschaftlich zu

188 BISGES, ZUM 2014, 930.

189 Siehe dazu etwa MERGES/MENELL/LEMLEY, 430 m.w.H.; siehe zudem allgemein zur wirtschaftlichen Analyse des Urheberrechts LANDES/POSNER, 37 ff.; DIES., 18 J. Legal Studies 325 ff. (1989); siehe auch KOELMAN, IIC 2004, 603 f.

190 HANSEN, 18 ff.; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 1.

analysieren dürfte daher, so sollte man meinen, kaum von Interesse sein. Mit dem Einzug des Technologiezeitalters haben sich allerdings die Umstände, unter denen Werke geschaffen werden, massgeblich verändert und die traditionell enge Urheber/Werk-Beziehung wurde aufgelockert.¹⁹¹ Der daraus resultierenden Legitimationskrise des Urheberrechts wird versucht durch wirtschaftliche Rechtfertigungsansätze zu begegnen.¹⁹² Diese neuen Rechtfertigungsversuche führen dazu, dass die wirtschaftliche Analyse des Urheberrechts nun auch im kontinentaleuropäischen Raum an Bedeutung gewinnt. Auch wenn die daraus gezogenen Erkenntnisse stets mit Vorsicht zu geniessen sind, da Gerechtigkeitsüberlegungen sowie Überlegungen zur Ethik und Moral dabei unberücksichtigt bleiben,¹⁹³ so kann eine wirtschaftliche Analyse wesentlich dazu beitragen, gesellschaftliche Vorgänge zu verstehen.

II. Grundlagen

1. Pareto-Effizienz und Marktversagen

Die Mikroökonomie beschäftigt sich mit gesamtwirtschaftlichen Fragen wie insbesondere der Frage, wie man von individuellen Präferenzen zu einer kollektiven Entscheidung gelangt oder wie eine sozial wünschenswerte Ordnung geschaffen werden kann.¹⁹⁴ Um solche und weitere gesamtwirtschaftliche Fragen zu klären, wurde die Sozialwahltheorie (*public choice theory*) entwickelt, die Grundlage für diverse Rechtsinstitute wie insbesondere das Urheberrecht ist.¹⁹⁵ Ob allerdings ein sozialer Zustand mit oder ohne Urheberrechte gesamtwirtschaftlich besser ist, verlangt nach einem Werturteil. Die Mikroökonomie bedient sich dabei diverser Effizienzkriterien.¹⁹⁶ Diese Effizienzkriterien bezeichnen gemeinhin einen sozialen Zustand als wirtschaftlich effizient, wenn alle Ressourcen so eingesetzt sind, dass sie den grösstmöglichen Nutzen bringen. In der Beurteilung, wann der grösstmögliche Nutzen erreicht ist, unterscheiden sich die Kriterien allerdings.

191 Vgl. zum Wandel des Werkschaffens LESSIG, passim.

192 Siehe dazu bereits Kapitel 1: I.1.

193 Vgl. dazu Kapitel 2: II.4.

194 GOLDHAMMER, 276 f.; SCHÄFER/OTT, 11 f.; STURM/VOGT, 2 f.

195 GOLDHAMMER, 276 f.

196 GOLDHAMMER, 276 f.; vgl. STURM/VOGT, 2.

VILFREDO PARETO¹⁹⁷ hat das Effizienzkonzept wesentlich geprägt.¹⁹⁸ Er beschreibt einen sozialen Zustand dann als effizient, wenn niemand bessergestellt werden kann, ohne dass jemand anders schlechtergestellt wird.¹⁹⁹ Diese nach PARETO benannte Beschreibung des Effizienzkonzepts hat zur Folge, dass ein sozialer Zustand bereits dann ineffizient ist, wenn ein Mitglied der Gesellschaft eine abweichende Präferenz hat. Das Pareto-Kriterium ist aufgrund dieses Einstimmigkeitspostulats nur beschränkt dazu geeignet, praktische Fragen zu lösen; es kann aber dennoch Stossrichtungen aufzeigen, in welche man sich in einer idealen Welt bewegen würde.²⁰⁰

Kommt man basierend auf dem Pareto-Kriterium zum Schluss, dass kein Individuum in der Gesellschaft besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderes Individuum schlechter gestellt wird, liegt also ein effizienter sozialer Zustand vor, so spricht man von Pareto-Effizienz oder Allokationseffizienz.²⁰¹ Kommt man allerdings zum Schluss, dass jemand besser gestellt werden kann, ohne dass jemand anderes schlechter gestellt wird, so liegt ein ineffizienter sozialer Zustand vor; man spricht auch von einem Marktversagen.²⁰² Führt die wirtschaftliche Analyse eines bestimmten Rechtszustandes zum Schluss, dass ein Marktversagen vorliegt, dann ist – aus rein wirtschaftlicher Sicht – der Rechtszustand zu überdenken. Gründe für ein Marktversagen können insbesondere Externalitäten, öffentliche Güter oder Transaktionskosten sein.²⁰³

197 PARETO, *passim*.

198 Siehe allerdings zu weiteren Effizienzkriterien wie etwa das Kaldor/Hicks-Kriterium EIDENMÜLLER, 47 ff., 51 ff.

199 Statt etwa SCHÄFER/OTT, 13 f. m.w.H.; HENS/PAMINI, 5 f.; FRITSCH, 23 ff.

200 SCHÄFER/OTT, 12 f.; REICH, 42 f.; siehe auch ENGELKAMP/SELL, 464 f.

201 SCHÄFER/OTT, 14; DE GRAHL, 42 f. Von Allokationseffizienz ist dann die Rede, wenn der untersuchte soziale Zustand die Verteilung von Ressourcen betrifft.

202 Siehe dazu ausführlich ENGELKAMP/SELL, 509 ff.; siehe auch DE GRAHL, 42 f.

203 DE GRAHL, 43. Ein Marktversagen aufgrund einer negativen Externalität liegt etwa dann vor, wenn eine Stahlfabrik das durch den Stahl-Kühlvorgang verschmutzte Wasser in den anliegenden Fluss ablässt und dadurch die Erträge des Fischzüchters reduziert, der flussabwärts aufgrund des verschmutzten Wassers nur Fische von schlechter Qualität züchten kann, FRITSCH, 84 ff., insbesondere 82; STURM/VOGT, 16 f.; DE GRAHL, 43. Ein Marktversagen aufgrund eines öffentlichen Guts liegt etwa bei geistiger Schöpfungen der Literatur und Kunst vor, siehe dazu ausführlich Kapitel 2: III. Ein Marktversagen aufgrund von Transaktionskosten liegt etwa dann vor, wenn im vorgenannten Beispiel zur Stahlfabrik das Recht an der Ressource des sauberen Flusswassers bei der Fabrik liegt, dieses Recht aber – vereinfacht dargestellt – für den Fischzüchter mehr Wert hat. Auf einem perfekten Wettbewerbsmarkt würde der Fischzüchter das Recht an der

2. Coase-Theorem

Aus mikroökonomischer Sicht ist, wie anhand des Pareto-Kriteriums dargelegt wurde, ein effizienter sozialer Zustand anzustreben. Ausnahmsweise kann allerdings auch ein ineffizienter sozialer Zustand vertretbar sein. RONALD COASE²⁰⁴ hat in einem nach ihm benannten Theorem festgehalten, dass ein durch die Rechtsordnung bzw. den Staat verursachter ineffizienter sozialer Zustand in der Form einer ineffizienten Allokation von Handlungsrechten *in fine* dennoch effizient sein wird, da die Handlungsrechte durch Transaktionen immer beim sog. *effizienten Nutzer*, also bei demjenigen Individuum zu liegen kommen, das den Handlungsrechten am meisten Wert beimisst.²⁰⁵ Das Coase-Theorem baut dabei auf der Annahme auf, dass die Transaktionskosten der Verhandlungen zwischen den Individuen – wie insbesondere Suchkosten, Verhandlungskosten, Kosten eines allfälligen Verhandlungsabbruchs und Durchsetzungskosten – gleich null sind.²⁰⁶ Diese Annahme ist allerdings realitätsfremd, verursachen Transaktionen in Wirklichkeit doch regelmässige Kosten. Aus dem Coase-Theorem können daher für reale Transaktionen bloss beschränkt Erkenntnisse gezogen werden.

Trotz der beschränkten Übertragbarkeit des Coase-Theorems auf reale Transaktionen, lässt sich daraus doch immerhin folgender Schluss ziehen: Je tiefer die Kosten einer bestimmten Transaktion sind, desto weniger spielt die staatliche Allokation von Handlungsrechten eine Rolle. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei hohen Transaktionskosten die staatliche Allokation eine grössere Rolle spielt, die Rechte also durch die Rechtsordnung dem effizienten Nutzer zugewiesen werden sollen, da eine Umverteilung der Rechte durch Transaktion unwahrscheinlich ist.²⁰⁷

Ressource des sauberen Flusswassers der Stahlfabrik abkaufen. Diese Transaktion verursacht allerdings Kosten. Sind diese höher als der Mehrwert, den der Fischzüchter durch das Recht an der Ressource des sauberen Wassers erzielen würde, so bleibt die Transaktion aus, womit ein Marktversagen vorliegt, STURM/VOGT, 38 ff.; vgl. auch POLINSKY, 17 ff., insbesondere 20 ff.

204 COASE, 3 J.L. & Econ. 1 ff. (1960).

205 Wenn also $W_u > W_n$, so ist U der effiziente Nutzer; wenn $W_n > W_u$, so ist N der effiziente Nutzer; U: Urheber, N: Werknutzer, W_u : Wert des Rechts für U, W_n : Wert des Rechts für N.

206 SCHÄFER/OTT, 72 f.; STURM/VOGT, 37 ff.

207 SCHÄFER/OTT, 76.

3. Vergleichender Institutionen-Ansatz

Aus mikroökonomischer Sicht ist – ausser nach der von COASE beschriebenen Ausnahme – stets nach einem effizienten sozialen Zustand zu streben. Es ist dabei möglich, dass *zwei* alternative Institutionen gemäss dem Pareto-Kriterium einen effizienten sozialen Zustand herbeizuführen vermögen, wie etwa ein Verbotsrecht und ein Entschädigungsrecht als zwei alternative Institutionen der Rechtsdurchsetzung.²⁰⁸ Dies bedeutet allerdings nicht, dass die beiden Institutionen auch in der Realität zu einem effizienten Zustand führen.²⁰⁹ Weicht die tatsächliche von der theoretischen Effizienz-Prognose ab, so ist zu ermitteln, welche der Institutionen auch in der Realität effizient ist resp. am ehesten den nach Pareto effizienten Zustand erreicht. Hierzu wurde der vergleichende Institutionen-Ansatz entwickelt.²¹⁰ Der vergleichende Institutionen-Ansatz stellt zwei vergleichbare Institutionen einander gegenüber und vergleicht diese anhand verschiedener Kriterien, wie etwa die unter den jeweiligen Institutionen anfallenden Transaktionskosten oder die durch sie generierten Anreize. Anhand einer abschliessenden Beurteilung aller betrachteten Kriterien kann die tatsächlich effiziente Institution eruiert werden.²¹¹

4. Verteilungsgerechtigkeit, Ethik und Moral

Wie dargestellt, geht es bei der wirtschaftlichen Analyse des Rechts darum, rechtliche Regelungen unter dem Aspekt der Effizienz zu betrachten; es geht also um die Frage wie gross der Kuchen ist, den es auf die Gesellschaft zu verteilen gilt und wie dieser auf die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft aufzuteilen ist.²¹² Gedanken zur Verteilungsgerechtigkeit, also zu der Frage, ob diese Verteilung für die einzelnen Individuen gerecht ist, spielen dabei keine Rolle, wird doch eine gesamtgesellschaftliche Sichtweise ein-

208 Vgl. POLINSKY, 19 f.; COASE, 3 J.L. & Econ. 1 ff. (1960); SCHÄFER/OTT, 72 f.; STURM/VOGT, 37 ff.

209 Vgl. DEMSETZ, 12 J.L. & Econ. 1 (1969); SCHÄFER/OTT, 82 f.; POLINSKY, 20 ff.

210 Siehe DEMSETZ, 12 J.L. & Econ. 1 (1969); SCHÄFER/OTT, 82 f.; siehe auch COASE, 3 J.L. & Econ. 1, 34 (1960).

211 Siehe SCHÄFER/OTT, 82 f.

212 Siehe SCHÄFER/OTT, 14; DE GRAHL, 42 f.; BISGES, ZUM 2014, 930; siehe zudem Kapitel 2: II.1.

genommen.²¹³ Während die Wohlfahrt der Gesellschaft in einem Zustand optimiert wäre, in dem gleichzeitig Pareto-Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit herrscht, so ist dies nicht immer möglich, da die beiden Interessen oft nicht in Einklang zu bringen sind.²¹⁴

Neben den Gedanken zur Verteilungsgerechtigkeit, so werden bei der effizienzbasierten wirtschaftlichen Analyse zudem jegliche Gedanken zu Ethik und Moral ausgeblendet. Während also aus wirtschaftlicher Sicht unter Umständen ein Entschädigungsrecht einem Verbotsrecht vorzuziehen ist, so bedeutet dies nicht, dass eine ethisch-moralische Betrachtung zum selben Ergebnis gelangen würde. Letztere Betrachtung schliesst etwa Gedanken zur Stellung von Kreativen in der Gesellschaft und zum Respekt gegenüber ihrem kreativen Schaffen in die Erwägungen mit ein.²¹⁵

Dieser beschränkte Fokus einer wirtschaftlichen Analyse auf das Effizienzkriterium muss stets bedacht werden, relativiert dieser doch die Bedeutung der Forschungsergebnisse für die Jurisprudenz; diese ist grundsätzlich von Gerechtigkeitsgedanken getrieben und soll die ethisch-moralischen Werte der Gesellschaft widerspiegeln.²¹⁶

III. Analyse des Urheberrechts im Allgemeinen

Das Urheberrecht zielt darauf ab, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst zu schützen.²¹⁷ Der Ursprung dieses Schutzes – und damit der Ursprung des Urheberrechts – liegt in einem mikroökonomischen Problem verborgen, das vorliegend grob dargelegt wird.

Schöpfungen der Literatur und Kunst sind aufgrund ihres geistigen Charakters für jedermann zugänglich und können wiederum von jedermann konsumiert werden, ohne damit den Konsum eines anderen zu hindern. Es besteht also bei geistigen Schöpfungen keine Ausschliessbarkeit im Zugang und keine Rivalität im Konsum, womit sie öffentliche Güter darstellen.²¹⁸ Öffentliche Güter erzeugen positive externe Effekte, da nicht nur

213 Siehe SCHÄFER/OTT, 18 f.; DARLING, 10 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 485, 506 (2012).

214 SCHÄFER/OTT, 18 f.

215 Vgl. SPINDLER, Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 50.

216 Vgl. BISGES, ZUM 2014, 930; SPINDLER, Überarbeitung des Gutachtens, Rz. 50.

217 Siehe dazu ausführlich Kapitel 1: I.2.

218 DE GRAHL, 42, 44 f.; vgl. auch KOELMAN, IIC 2004, 603, 607 f.; HENS/PAMINI, 231 ff.; siehe zu öffentlichen Gütern ausführlich ENGELKAMP/SELL, 509 ff. Güter werden basierend auf den Kriterien der Ausschliessbarkeit im Zugang und der

der Schöpfer, sondern – mangels Ausschliessbarkeit im Zugang – jedermann das Werk nutzen kann, sobald es veröffentlicht ist (sog. Trittbrettfahrerproblem).²¹⁹ Öffentliche Güter können daher als ein spezieller positiver externer Effekt in der Nutzung betrachtet werden.²²⁰ Der Schöpfer wird basierend auf seinem einzelwirtschaftlichen Nutzen das öffentliche Gut produzieren; der gesamtwirtschaftliche Nutzen – also der Nutzen, der jedermann durch das öffentliche Gut davonträgt – ist allerdings höher, so dass die produzierte Menge nicht der wirtschaftlich effizienten Menge entspricht.²²¹ Bei öffentlichen Gütern liegt somit regelmässig ein Marktversagen, also ein ineffizienter sozialer Zustand vor.²²²

An dieser Stelle setzt das Urheberrecht an: Das Urheberrecht zielt darauf ab, den geistigen Schöpfungen inhärenten, zusätzlichen gesamtgesellschaftlichen Nutzen zu internalisieren, indem ausschliessliche Rechte für gewisse Nutzungshandlungen erteilt werden.²²³ Durch diese Ausschliesslichkeitsrechte können Urheber den zusätzlichen gesamtgesellschaftlichen Nutzen durch Lizenzgebühren abschöpfen, wodurch sie – bei angemessener Festsetzung der Lizenzgebühren – die wirtschaftlich effiziente Menge an geistigen Schöpfungen produzieren. Das Marktversagen, das dadurch verursacht wird, dass geistige Schöpfungen den Charakter eines öffentlichen Gutes haben, kann somit beseitigt werden.²²⁴

Rivalität im Konsum in vier Kategorien unterteilt. Die Kategorie der öffentlichen Güter ist eine davon. Weitere Kategorien sind die Clubgüter (Ausschliessbarkeit im Zugang, aber keine Rivalität im Konsum), die Allmendgüter (keine Ausschliessbarkeit im Zugang, aber Rivalität im Konsum) und die privaten Güter (sowohl Ausschliessbarkeit im Zugang als auch Rivalität im Konsum), siehe dazu HENS/PAMINI, 233; SIEBE, 98; SCHÄFER/OTT, 595 ff.

219 SCHÄFER/OTT, 79; vgl. BECHTOLD, GRUR Int. 2008, 484 f.; DE GRAHL, 42; HENS/PAMINI, 232 f.

220 Siehe auch KOELMAN, IIC 2004, 603, 607.

221 REICH, 49 f., 51; vgl. dazu auch das Anwendungsbeispiel von POLINSKY, 17 ff., zu Immissionen als (negativer) externer Effekt.

222 Vgl. dazu auch ARROW, 609, 616 ff.

223 Durch diese ausschliesslichen Rechte wirken Werke nicht mehr länger wie öffentliche Güter, sondern wie Clubgüter, also Güter, bei denen zwar keine Rivalität in der Nutzung aber Ausschliessbarkeit im Zugang besteht, siehe HENS/PAMINI, 233.

224 Vgl. dazu auch SCHÄFER/OTT, 671 f.

IV. Analyse des Bearbeitungsrechts im Spezifischen

1. Ausschliessliches Bearbeitungsrecht oder Bearbeitungsfreiheit?

1.1. Vorbemerkung

Um das bei geistigen Schöpfungen drohende Marktversagen zu beseitigen, werden wie dargelegt für gewisse Nutzungshandlungen ausschliessliche Rechte erteilt. Vorliegend wird hinsichtlich der Nutzungshandlung des Bearbeitens (sowohl für das Erstellen als auch für das Verwenden) untersucht, ob es wirtschaftlich effizient ist, jedermann (und damit jedem potenziellen Werknutzer) das Bearbeiten eines vorbestehenden Werkes zu gestatten (Bearbeitungsfreiheit) oder ob der wirtschaftlich effiziente Zustand viel eher dann erreicht ist, wenn das Bearbeiten ausschliesslich dem Urheber erlaubt wird (ausschliessliches Bearbeitungsrecht).²²⁵

Um einen effizienten Zustand zu schaffen, ist das fragliche Recht grundsätzlich dem effizienten Nutzer zuzuweisen.²²⁶ Als effizienter Nutzer wird dabei derjenige Nutzer bezeichnet, der dem Recht am meisten Wert beimisst. Um demnach das Bearbeitungsrecht effizient zuzuweisen, müssen die Interessen der involvierten Nutzergruppen, also der Urheber und der potenziellen Werknutzer, miteinander verglichen werden.

Grundsätzlich stehen sich das Interesse des Urhebers an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte (Eigentumsgarantie, Art. 26 Abs. 1 BV) und das Interesse der potenziellen Werknutzer an der Unversehrtheit ihrer Kommunikationsgrundrechte (Glaubens- und Gewissensfreiheit, Art. 15 BV; Meinungs- und Informationsfreiheit, Art. 16 BV; Medienfreiheit, Art. 17 BV; Anspruch auf Grundschulunterricht, Art. 19 BV; Wissenschaftsfreiheit, Art. 20 BV; Kunstfreiheit, Art. 21 BV; Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV) gegenüber.²²⁷ Die Eigentumsrechte des Urhebers schützen dabei sein

225 Vgl. dazu CALABRESI/MELAMED, 85 Harvard L. Rev. 1089, 1090, 1093 ff. (1972).

226 Ausnahmsweise ist auch eine ineffiziente Allokation vertretbar; siehe dazu Kapitel 2: II.2.

227 Vgl. SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 4. Diese Interessen werden vorliegend für wirtschaftlich abbildbar erachtet, haben sie doch – auf direktem oder indirektem Wege – einen wirtschaftlich messbaren Wert. So kann etwa das Interesse des Werknutzers an künstlerischer Freiheit anhand der potenziellen Verkaufserlöse seiner sequenziellen Innovation oder das Interesse des Urhebers an Eigentumsgarantie anhand der potenziellen Absatzverluste seines Werkes gemessen werden, vgl. dazu SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 7 ff.

vorbestehendes Werk als Produkt seines geistigen Schaffens sowie die Früchte davon;²²⁸ die Kommunikationsgrundrechte gewähren den potenziellen Werknutzern insbesondere die Freiheit, sich zu äussern, Informationen zu empfangen und solche weiterzuverbreiten.²²⁹ Die Interessenlagen können dabei je nach Kategorie sequenzieller Innovation divergieren. Es sind daher für jede Kategorie sequenzieller Innovation separat die Interessen der Urheber und der potenziellen Werknutzer zu vergleichen.

1.2. Freie Benutzungen

Bei der ersten Kategorie der freien Benutzung werden vorbestehende Werke als Inspiration verwendet, um ein neues Werk zu schaffen, wobei das vorbestehende Werk im neu geschaffenen Werk in der Regel nicht erkennbar ist.²³⁰ Das Interesse des Urhebers des vorbestehenden Werkes an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte kann durch das Schaffen und Verwenden freier Benutzungen durch ein Werknutzer – zwar nur marginal aber immerhin – beeinträchtigt sein, bildet sein vorbestehendes Werk doch Grundlage und Inspiration dazu. Er hat somit ein marginales Interesse daran, das Schaffen und Verwenden freier Benutzungen durch ein ausschliessliches Recht zu kontrollieren. Da das blosses Schaffen einer freien Benutzung den persönlichen Bereich des Werknutzers jedoch nicht verlässt und dem Urheber resp. seinem Werk somit nicht schaden kann, ist dieses Interesse des Urhebers an einem ausschliesslichen Recht auf Erstellung einer freien Benutzung allerdings zu vernachlässigen. Auch das Verwenden einer freien Benutzung durch den Werknutzer führt für das vorbestehende Werk zu keinem Schaden. Schliesslich kann die freie Benutzung das vorbestehende Werk weder kritisieren, noch kommentieren, lächerlich darstellen oder in anderer Weise darauf Bezug nehmen, erfordert diese Bezugnahme doch, dass das vorbestehende Werk erkennbar ist. Das Verwenden einer freien Benutzung kann dem vorbestehenden Werk daher lediglich dann schaden, wenn es ein Werk desselben Genres ist und damit ein Substitut darstellt, könnte doch so die freie Benutzung als Konkurrenzprodukt zum vorbestehenden Werk den Absatzmarkt des letzteren schmälern. Dieses Ri-

228 REHBINDER/VIGANÒ, Art. 1 URG N 3 f.; SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 4.

229 SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 4.

230 VON BÜREN/MEER, SIWR II/1, Rz. 396; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 282; siehe dazu Kapitel 1: II.2.1.

siko besteht allerdings auch bei neuen, unabhängigen Werken und kann daher nicht beachtet werden. Da somit auch das Verwenden einer freien Benutzung durch den Werknutzer dem Urheber des vorbestehenden Werks kaum Schaden zufügen kann, ist das Interesse des Urhebers an einem ausschliesslichen Recht auf Verwendung von freien Benutzungen ebenfalls zu vernachlässigen.

Das Interesse des potenziellen Werknutzers an der Unversehrtheit seiner Kommunikationsgrundrechte ist hingegen durch das Schaffen und Verwenden freier Benutzungen tangiert.²³¹ Hätte der Urheber ein ausschliessliches Recht, freie Benutzungen zu schaffen oder zu verwenden, so wären ebendiese Rechte des potenziellen Werknutzers schliesslich erheblich eingeschränkt, da Bestehendes naturgemäss als Inspiration für Zukünftiges dient.²³² Das freie Benutzen ist damit eine wesentliche Form des künstlerischen und literarischen Ausdrucks eines jeden Werknutzers.

In Anbetracht der Interessenlage scheint der potenzielle Werknutzer der effiziente Nutzer zu sein, ist er doch wesentlich darauf angewiesen, freie Benutzungen schaffen und verwenden zu können, um seine Kommunikationsgrundrechte wahrzunehmen. Aus wirtschaftlicher Sicht sollte das Bearbeiten vorbestehender Werke zum Schaffen und Verwenden freier Benutzungen somit für jedermann zulässig und damit frei sein (Bearbeitungsfreiheit).

1.3. Parodien

Bei der zweiten Kategorie der Parodie wird ein vorbestehendes Werk verwendet, um sich zum Inhalt dieses Werkes, zu dessen Urheber, zu einem gesellschaftlichen Problem oder zu einer Drittperson kritisch-belustigend zu äussern.²³³ Das Interesse des Urhebers des vorbestehenden Werkes an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte ist – wie bereits bei den freien Benutzungen – kaum berührt, wenn es darum geht, dass basierend auf seinem vorbestehenden Werk eine Parodie geschaffen wird. Berührt ist sein Interesse zwar insofern, als dass sein Werk wiederum als Grundlage für den Schöpfungsakt dient. Dies ist allerdings zu vernachlässigen, da dieser Schöpfungsakt wiederum ausschliesslich im persönlichen Bereich des

231 Vgl. SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 4.

232 Siehe dazu Kapitel 1: II.2.1.

233 BARRELET/EGLOFF, Art. 11 URG N 16f.; vgl. auch DESSEMENTET, SIWR II/1, Rz. 620.

Werknutzers erfolgt. Der Urheber hat somit bloss ein marginales Interesse daran, ausschliesslich zum Schaffen von Parodien berechtigt zu sein.²³⁴ Was das Verwenden von Parodien anbelangt, so ist das Interesse des Urhebers an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte allerdings ernsthaft gefährdet. Die Gründe für eine potenzielle Verletzung der Eigentumsrechte des Urhebers sind mannigfaltig: Zunächst lässt die Parodie das vorbestehende Werk in seinem individuellen Charakter erkennen, indem es wesentliche Teile davon übernimmt. Des Weiteren wird das vorbestehende Werk oder dessen Autor in der Parodie belustigend resp. lächerlich dargestellt. Diese Darstellung kann sich bei der Verwendung der Parodie in negativer Weise auf den Absatzmarkt des vorbestehenden Werkes oder auf das Ansehen des Künstlers auswirken.²³⁵ Durch ein ausschliessliches Recht zur Verwendung von Parodien könnte der Urheber entsprechende Gefahren bannen, da er so den Werknutzern verbieten könnte, Parodien seines vorbestehenden Werks zu verwenden.

Das Interesse des Werknutzers an der Unversehrtheit seiner Kommunikationsgrundrechte kann im Zusammenhang mit dem Schaffen und Verwenden von Parodien ebenfalls tangiert werden, wobei insbesondere die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) sowie die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) im Vordergrund stehen.²³⁶ Schliesslich stellt das Parodieren, wie bereits das freie Benutzen, eine wesentliche Form des künstlerischen Ausdrucks eines jeden Werknutzers dar. Schafft und verwendet der Werknutzer eine Parodie, so verbreitet er dadurch zudem seine kritische Meinung gegenüber dem vorbestehenden Werk resp. dessen Künstler. Die Parodie wirkt somit auch als ein Medium seiner kritischen Meinung.

Ein Vergleich der involvierten Interessen zeigt, dass das Interesse des Werknutzers am Schaffen von Parodien dasjenige des Urhebers überwiegt, da die Parodie für den Werknutzer eine wesentliche Form des künstlerischen

234 Dies scheint begriffsimmanent, hat doch ein Urheber kaum Interesse daran, sich selbst zu parodieren. Ein ausschliessliches Recht zum Schaffen von Parodien würde allerdings über das eigene Parodieren hinaus dem Rechtsinhaber die Kontrolle darüber geben, wer zum Schaffen von Parodien legitimiert ist.

235 Die Parodie kann durchaus auch einen Werbeeffect für das vorbestehende Werk und damit positive Auswirkungen auf dessen Absatzmarkt haben. Wie genau sich die Parodie auf das vorbestehende Werk auswirkt, ist allerdings kaum absehbar, weshalb der Urheber stets mit einer negativen Auswirkung zu rechnen hat. Aus dieser Gefahr einer negativen Auswirkung ergibt sich, dass der Urheber ein Interesse daran hat, das Verwenden von Parodien seines vorbestehenden Werks zu kontrollieren.

236 Vgl. SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 4.

schen und kritischen Ausdrucks ist, während das Interesse des Urhebers an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte nur dadurch betroffen sein kann, dass sein Werk der Parodie als Grundlage dient.²³⁷ Was das Verwenden von Parodien anbelangt, so hat sowohl der Urheber ein grosses Interesse daran, zu kontrollieren, wer Parodien seines vorbestehenden Werks verwendet, während gleichzeitig auch der Werknutzer ein vergleichbar grosses Interesse hat, seine Parodien frei verwenden zu können. Das Interesse des Urhebers zielt allerdings primär darauf ab, Kritik am Werk oder an der eigenen Person zu vermeiden. Dem Werknutzer geht es hingegen darum, sich künstlerisch zu entfalten und seine kritische Meinung zu äussern. Insbesondere dieser kritische Diskurs, den der Werknutzer anzustossen beabsichtigt, wiegt in der Interessenabwägung besonders stark. Davon abgesehen würde ein ausschliessliches Parodierecht beim Urheber wohl dazu führen, dass Parodien kaum mehr geschaffen würden, da der Urheber des vorbestehenden Werks aufgrund der daran geübten Kritik nur in seltenen Fällen vertraglich zu einer Parodie einwilligen würde. Der Werknutzer ist daher sowohl hinsichtlich der Schaffung als auch der Verwendung von Parodien als effizienter Nutzer zu betrachten. Aus wirtschaftlicher Sicht sollte daher das Schaffen und Verwenden von Parodien für jedermann zulässig und damit frei sein (Bearbeitungsfreiheit).

1.4. Bearbeitungen

Bei der dritten Kategorie der Bearbeitung wird ein vorbestehendes Werk verwendet, um eine neue Schöpfung mit eigenem individuellen Charakter zu schaffen, wobei – wie bei der Parodie – der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks erkennbar bleibt.²³⁸ Das Interesse des Urhebers des vorbestehenden Werks an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte ist,

237 A.A. allerdings HEFTI, 116 ff., der bei der Interessenabwägung zwischen spielerischen, kritisch-medialen und rein-kritischen Parodien unterscheidet und lediglich in letzterem Fall die Interessen des Werknutzers als überwiegend erachtet. Gemäss HEFTI soll es daher auch nur für diese Parodien erlaubt sein, sie ohne die Einwilligung des Urhebers zu verwenden. Diese Differenzierung ist allerdings nicht überzeugend. In Anbetracht dessen, dass mit allen Formen von Parodien begriffsnotwendig Kritik geübt wird (siehe dazu ausführlich Kapitel 5: V.2.1) und dass eine Differenzierung nach dem Grad der Kritik demnach nicht nur unpraktikabel ist, sondern auch Rechtsunsicherheit erzeugt, ist von ebensolcher Differenzierung abzusehen.

238 SHK-URG/CHERPILLOD, Art. 3 URG N 1; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 94.

wie bereits bei der freien Benutzung und der Parodie, kaum gefährdet, wenn es um den blossen Schöpfungsakt geht, da dieser ausschliesslich im persönlichen Bereich des Werknutzers stattfindet. Geht es hingegen um die Verwendung von Bearbeitungen, so ist das Interesse des Urhebers an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte – wiederum wie bei der Parodie – aufgrund der Erkennbarkeit des vorbestehenden Werks in der Bearbeitung gefährdet. Die Gefahr besteht insbesondere dann, wenn die Bearbeitung grosse Ähnlichkeiten mit dem vorbestehenden Werk aufweist und dadurch dessen Absatzmarkt beeinträchtigt. Sodann können die Interessen des Urhebers gefährdet sein, wenn die Bearbeitung das vorbestehende Werk in einen unerwünschten Kontext setzt und dadurch wiederum den Absatzmarkt des Werks oder aber das Ansehen des Urhebers schädigt. Der Urheber hat somit ein Interesse daran, die Verwendung von Bearbeitungen seines Werks zu kontrollieren.

Das Interesse des Werknutzers an der Unversehrtheit seiner Kommunikationsgrundrechte und insbesondere seiner Kunstfreiheit (Art. 21 BV) ist im Zusammenhang mit dem Recht auf Schaffung und Verwendung von Bearbeitungen ebenfalls gefährdet; dies primär darum, weil er sich durch den Schöpfungsakt künstlerisch entfalten und diese künstlerische Entfaltung der Öffentlichkeit kundtun kann. Eine künstlerische Entfaltung ist zwar nicht davon abhängig, vorbestehende Werke verwenden zu können; durch die Verwendung ebensolcher Werke eröffnen sich für den Werknutzer aber neue Kunstformen.²³⁹ Im Unterschied zur Parodie beabsichtigt der Werknutzer mit der Bearbeitung allerdings nicht, sich kritisch mit dem vorbestehenden Werk auseinanderzusetzen; oftmals will er damit lediglich ein neues Werk schaffen, wobei bewusst mit dem Wiedererkennungswert der vorbestehenden Werke gespielt wird.²⁴⁰ Sein Interesse an Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) tritt im Zusammenhang mit Bearbeitungen daher in den Hintergrund.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass hinsichtlich der Schaffung von Bearbeitungen das Interesse des Werknutzers wiederum dasjenige des Urhebers überwiegt, da der Schöpfungsakt ausschliesslich im persönlichen Bereich des Werknutzers stattfindet und damit keine negativen Auswirkungen auf das vorbestehende Werk haben kann. Hinsichtlich der Verwendung von Bearbeitungen haben allerdings sowohl der Urheber als auch der Werknutzer berechnete Interessen: Der Urheber ist interessiert daran, die Verwendung von Bearbeitungen, die sein vorbestehendes Werk enthalten,

239 Vgl. KRUSEMARCK, 182, 348 ff.

240 Siehe dazu Kapitel 1: II.2.3.

zu kontrollieren, um negative Auswirkungen auf den Absatzmarkt seines vorbestehenden Werks zu verhindern. Der Werknutzer ist hingegen daran interessiert, dass Bearbeitungen frei verwendet werden können, da er sich so künstlerisch vielseitiger entfalten kann. Die Interessenlage scheint damit vergleichbar mit derjenigen bei Parodien, allerdings mit dem wesentlichen Unterschied, dass der Werknutzer nicht aus höherwertigen Interessen wie demjenigen des kritischen Diskurses handelt, sondern lediglich aus dem Interesse daran, sich künstlerisch zu entfalten. Ein künstlerisches Entfalten ist allerdings durchaus möglich, ohne dabei vorbestehende Werke in erkennbarer Weise zu nutzen, können doch unabhängige Werke geschaffen werden oder aber Werke, die sich von Vorbestehendem lediglich inspirieren lassen. Das freie Verwenden von Bearbeitungen bietet Kunstschaffenden lediglich zusätzliche Entfaltungsmöglichkeiten. Das Interesse des Urhebers, darüber zu bestimmen, wer Bearbeitungen seines Werks verwendet und damit potenziell den Absatzmarkt seines Werks schädigt, ist daher schwerer zu gewichten. Während der Werknutzer somit zwar hinsichtlich der Schaffung von Bearbeitungen der effiziente Nutzer ist (Freiheit zur Erstellung von Bearbeitungen), so stellt der Urheber hinsichtlich der Verwendung von Bearbeitungen der effiziente Nutzer dar; aus wirtschaftlicher Sicht sollte es ihm daher zustehen, die Verwendung von Bearbeitungen durch Werknutzer zu kontrollieren (ausschliessliches Recht zur Verwendung von Bearbeitungen).

1.5. Zwischenergebnis

Auf den vorstehenden Zeilen wurde das Bearbeitungsrecht wirtschaftlich analysiert. Bei der Analyse war zu klären, ob es wirtschaftlich effizient ist, jedermann (und damit jedem potenziellen Werknutzer) das Bearbeiten eines vorbestehenden Werkes zu gestatten (Bearbeitungsfreiheit) oder aber ob der wirtschaftlich effiziente Zustand viel eher dann erreicht ist, wenn das Bearbeiten eines vorbestehenden Werks ausschliesslich dem Urheber erlaubt ist (ausschliessliches Bearbeitungsrecht). Dabei war zu unterscheiden zwischen der Schaffung von sequenzieller Innovation und deren Verwendung.

Ein Vergleich der Interessen des Urhebers an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte und des Werknutzers an der Unversehrtheit seiner Kommunikationsgrundrechte hat gezeigt, dass es bei der freien Benutzung und bei der Parodie wirtschaftlich effizient ist, wenn Bearbeitungsfreiheit hinsichtlich beider Facetten des Bearbeitungsrechts herrscht, wenn also der

Werknutzer das Recht hat, eine freie Benutzung oder eine Parodie zu schaffen und diese zu verwenden.

Gleiches gilt bei Bearbeitungen hinsichtlich der ersten Facette des Bearbeitungsrechts – aus wirtschaftlicher Sicht sollte also jedermann das Recht haben, eine Bearbeitung zu schaffen. Vergleicht man allerdings die Interessen des Urhebers und des Werknutzers hinsichtlich der Verwendung von Bearbeitungen, so ist festzustellen, dass die Interessen des Urhebers an der Unversehrtheit seiner Eigentumsrechte schwerer wiegen. Bei der Bearbeitung als dritte Kategorie sequenzieller Innovation ist es somit wirtschaftlich effizient, dem Urheber ein ausschliessliches Recht zur Verwendung von Bearbeitungen zuzuweisen.

2. Verwendung von Bearbeitungen: Verbotsrecht oder Entschädigungsrecht?

2.1. Vorbemerkung

Die Frage, wem ein bestimmtes Recht zuzuweisen ist, ist von der Frage zu trennen, wie das zugewiesene Recht durchgesetzt werden soll.²⁴¹ Letzterer Frage wird vorliegend für die Nutzungshandlung der Verwendung von Bearbeitungen, die aus wirtschaftlicher Sicht ausschliesslich dem Urheber zuzuweisen ist, nachgegangen. Der Bereich, in dem gemäss der wirtschaftlichen Analyse Bearbeitungsfreiheit zu gelten hat, ist nicht als Ausschliesslichkeitsrecht ausgestaltet, sondern steht jedem Werknutzer zu. Daraus und aus dem Wesen des Werks als öffentliches Gut ergibt sich, dass ein Recht des Werknutzers auf Bearbeitungsfreiheit keiner Durchsetzung bedarf, ist der Zugang zum Werk und damit die Ausübung des Rechts bei öffentlichen Gütern doch naturgemäss für jedermann gewährleistet.²⁴²

Für die Frage der Durchsetzung eines Ausschliesslichkeitsrechts stehen zwei mögliche Institutionen zur Auswahl: Ein Ausschliesslichkeitsrecht kann entweder als Verbotsrecht ausgestaltet werden, womit es dem Rechts-

241 Vgl. POLINSKY, 17 f.

242 Siehe allerdings SHK-URG/AUF DER MAUR, Vorbem. Art. 39a–c URG N 3, 10 m.w.N., zu technischen Schutzmassnahmen, die die Werknutzung im Rahmen von Schrankenbestimmungen verhindern; siehe zudem SHK-URG/DERS., Art. 39a URG N 14 ff. m.w.N., dazu, dass das Umgehungsverbot technischer Schutzmassnahmen nicht geltend gemacht werden kann, wenn ebendiese technische Schutzmassnahme zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung umgangen wird (Art. 39a Abs. 4 URG).

inhaber zusteht, die vom Recht erfasste Nutzungshandlung zu erlauben oder zu verbieten. Alternativ kann das Recht als Entschädigungsrecht ausgestaltet werden, womit der Rechtsinhaber die entsprechende Nutzungshandlung zwar nicht erlauben oder verbieten kann, dafür allerdings entschädigt wird.²⁴³ In der Theorie führen beide Institutionen zu einem effizienten sozialen Zustand: Wird ein Recht als Verbotsrecht ausgestaltet, so wird ebendieses Recht gemäss dem Coase-Theorem durch Transaktion schlussendlich bei demjenigen Individuum zu liegen kommen, das dem Recht am meisten Wert beimisst.²⁴⁴ Wird ein Recht als Entschädigungsrecht ausgestaltet, so wird bei richtiger Entschädigungshöhe – die Entschädigung muss den Wert des Rechts für den Rechtsinhaber widerspiegeln – nur dasjenige Individuum die Nutzungshandlung vornehmen, für das die Nutzungshandlung einen höheren Wert hat als die zu bezahlende Entschädigung.²⁴⁵

Während beide Institutionen in der Theorie den effizienten sozialen Zustand herbeiführen, so sieht die Realität doch regelmässig anders aus.²⁴⁶ Um zu entscheiden, ob ein Recht als Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht auszugestalten ist, muss somit von zwei in der Theorie effizienten Institutionen diejenige bestimmt werden, die auch in der Realität den Pareto-effizienten Zustand erreicht resp. eher erreicht. Dazu wird nachfolgend der vergleichende Institutionen-Ansatz nutzbar gemacht.²⁴⁷ Die beiden Institutionen werden dabei anhand der folgenden Kriterien miteinander verglichen: die Höhe der Transaktionskosten, die Möglichkeit der Rentenabschöpfung, der Anreiz zu kreativem Schaffen, der Ausgleich der Interessen zwischen Urheber und potenziellem Werknutzer sowie die Rechtsfolgen einer Verletzung des Rechts. Eine Gesamtbetrachtung aller Kriterien vermag schliesslich die effiziente Institution hervorzubringen.²⁴⁸

243 KOELMAN, IIC 2004, 610 ff.; vgl. CALABRESI/MELAMED, 85 Harvard L. Rev. 1089, 1090 ff., 1105 ff. (1972); vgl. dazu auch SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 11.

244 Vgl. POLINSKY, 19 f.; COASE, 3 J.L. & Econ. 1 ff. (1960); SCHÄFER/OTT, 72 f.; STURM/VOGT, 37 ff.

245 Vgl. POLINSKY, 19 f.

246 Vgl. DEMSETZ, 12 J.L. & Econ. 1 (1969); SCHÄFER/OTT, 82 f.; POLINSKY, 20 ff.

247 Vgl. dazu DEMSETZ, 12 J.L. & Econ. 1 (1969); SCHÄFER/OTT, 82 f.; vgl. dazu auch COASE, 3 J.L. & Econ. 1, 34 (1960).

248 Siehe SCHÄFER/OTT, 82 f.

2.2. Transaktionskosten

Treten zwei Parteien miteinander in Vertragsverhandlungen, so entstehen dadurch in der Regel Kosten: Die Parteien müssen zunächst miteinander in Kontakt kommen (Suchkosten) und verhandeln (Verhandlungskosten). Können sich die Parteien nicht einigen, so brechen die Verhandlungen ab (Kosten des Risikos eines Verhandlungsabbruchs); einigen sich die Parteien, so muss der Vertrag durchgesetzt werden (Durchsetzungs-, Kontrollkosten).²⁴⁹ Diese durch die Transaktion zwischen zwei Parteien entstehenden Kosten, auch Transaktionskosten genannt, haben entscheidenden Einfluss darauf, ob die Transaktion überhaupt stattfindet, ob also Rechte vertraglich neu verteilt werden. Sind die Transaktionskosten höher als der Nutzen, den sich eine Partei aus dem Vertrag verspricht, so wird die Partei keine Vertragsverhandlungen anstreben oder diese abbrechen. Sind die Transaktionskosten allerdings geringer als der erwartete Nutzen, so wird die Transaktion stattfinden.²⁵⁰

Ein Verbotsrecht führt dazu, dass Werke nicht mehr länger wie öffentliche Güter wirken, da der Urheber potenzielle Werknutzer von der Nutzung ausschliessen kann.²⁵¹ Wird das Recht auf Verwendung der Bearbeitung also als Verbotsrecht ausgestaltet, so darf nur noch derjenige Werknutzer seine Bearbeitung verwenden, der eine Lizenz vom Urheber des vorbestehenden Werks erhält; dieser wird dafür regelmässig eine Gebühr verlangen. Der zusätzliche gesamtwirtschaftliche Nutzen, der das Werk als öffentliches Gut herbeiführt, wird durch diese Lizenzgebühr internalisiert.²⁵² Dies erfordert nun allerdings, dass der Werknutzer mit dem Urheber einen Lizenzvertrag abschliesst, wobei diese Transaktion wie dargestellt Kosten verursacht. Ein Verbotsrecht kann den gewünschten Effekt demnach nur erzielen, wenn die dem Werknutzer durch die Transaktion entstehenden Kosten geringer sind als der Nutzen, den er sich aus der Verwendung der Bearbeitung verspricht.

249 HENS/PAMINI, 276 f.; vgl. dazu auch SHAVELL, 36 J.L. & Econ. 255, 265 (1993); DE GRAHL, 117 f.; vgl. auch DARLING, 10 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 485, 515 ff. (2012).

250 Siehe Kapitel 2: II.2. zum Coase-Theorem.

251 Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. Club-Gütern, also Gütern, bei denen Ausschliessbarkeit im Zugang aber Nicht-Rivalität in der Nutzung besteht. Siehe dazu HENS/PAMINI, 233; SIEBE, 98.

252 Das Trittbrettfahrerproblem wird dadurch beseitigt, vgl. dazu SCHÄFER/OTT, 79; HENS/PAMINI, 232 f.

Der Nutzen, der sich ein Werknutzer daraus verspricht, eine Bearbeitung verwenden zu können, kann in seiner Höhe erheblich divergieren; er kann vom privaten Unterhaltungswert für die Garagenband bis hin zur Finanzierung des Lebensunterhalts eines Berufsmusikers reichen. Eine zuverlässige Aussage über die Höhe des Nutzens ist damit nicht möglich.

Die Transaktionskosten, die für den Werknutzer durch die Lizenzierung anfallen, sind in der Regel unberechenbar und fallen grundsätzlich hoch aus, wie insbesondere das Beispiel der Rap-Gruppe De La Soul zeigt: Die Rap-Gruppe, die mit ihrer Musik ihren Lebensunterhalt finanziert, hat ein Musikalbum veröffentlicht, das Bearbeitungen von über 50 vorbestehenden Werken enthielt. Die Gruppe hat dafür Lizenzen eingeholt, wobei sich die Kosten auf über USD 100'000 beliefen.²⁵³ DJ Girl Talk,²⁵⁴ *notabene* ebenfalls ein Berufskünstler, der in seinen Alben Bearbeitungen von über 300 vorbestehenden Werken vereint, verzichtet darauf, Lizenzen einzuholen, weil die anfallenden Kosten dafür zu hoch wären.²⁵⁵

Die Höhe der Transaktionskosten kann – zumindest beim *Remix* – neuerdings reduziert werden durch Dubset Media Holdings, Inc., („Dubset“), die damit beauftragt werden kann, die notwendigen Lizenzen einzuholen. Dubset hat zu diesem Zweck eine Software entwickelt, anhand welcher ein *Remix* gescannt und in die verwendeten vorbestehenden Werke zerlegt werden kann. Die Software eruiert im Anschluss die Rechtsinhaber dieser verwendeten vorbestehenden Werke, woraufhin sich Dubset bemüht, mit diesen Rechtsinhabern Lizenzen auszuhandeln.²⁵⁶ Auch wenn durch Dubset die Transaktionskosten beim *Remix* reduziert werden können, so wird diese Dienstleistung dennoch nicht in allen Fällen die Transaktionskosten zu reduzieren vermögen, wird doch die Dienstleistung von Dubset für viele Werknutzer zu teuer sein – wie insbesondere für freie Künstler und wohl auch für Künstler wie De La Soul oder DJ Girl Talk, die eine Vielzahl vor-

253 BARONI, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 92 f. (1993).

254 Gregg Gillis – besser bekannt unter dem Künstlernamen DJ Girl Talk – ist ein *Mashup*-Künstler aus Pittsburgh, der von 2004 bis 2010 fünf Alben unter dem Label *Illegal Art* veröffentlichte. Seine Alben enthalten jeweils rund 12 Lieder, die aus etwa 300 vorbestehenden Werken zusammengemischt werden, siehe MENELL, 61 J. Copyright Soc’y 235, 353 ff. (2014); vgl. dazu auch MONGILLO, 9 Pitt. J. Tech. L. & Pol’y 1, 2 f. (2009); <<http://illegal-art.net/girltalk/>>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019.

255 Dies hat bisher – wohl aus Angst vor einem Präjudiz – noch zu keiner Anklage geführt; vgl. HARPER, 39 Hofstra L. Rev. 405, 438 (2011); LIEBERMAN, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 128 f. (2016).

256 Siehe zu Dubset und dem angebotenen *rights resolution service* <<http://www.dubset.com>>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019.

bestehender Werke enthalten. Zudem ist auch über die Dienstleistung von Dubset nicht garantiert, dass alle notwendigen Lizenzen erlangt werden können, ist doch auch Dubset von der Einwilligung der Rechtsinhaber abhängig.

Während also die Transaktionskosten von Fall zu Fall stark schwanken können und insbesondere von der Menge der verwendeten Werke abhängen,²⁵⁷ so kann nach allem Gesagten zweierlei mit Sicherheit festgehalten werden: Transaktionskosten fallen insbesondere dann hoch aus, wenn ein freier Künstler als Werknutzer an den Verhandlungen beteiligt ist oder aber, wenn der Werknutzer eine neue Kunstform schaffen möchte.²⁵⁸ Bei freien Künstlern, also bei Künstlern, die nicht bei einem Werkmittler wie einer Plattenfirma oder einem Verlag unter Vertrag stehen,²⁵⁹ sind die Transaktionskosten insbesondere darum hoch, weil sie nicht auf bestehende Geschäftsbeziehungen oder auf eine erfahrene Lizenzierungsabteilung zurückgreifen können. Zudem sind die Berechtigungen an einem Werk oftmals auf verschiedene Rechtsinhaber verteilt, sodass der freie Künstler mit mehreren Personen in Vertragsverhandlungen treten müsste, wobei diese häufig schwer auffindbar sind.²⁶⁰ Für den freien Künstler entpuppt sich das Verbotsrecht damit als prohibitives Hindernis.²⁶¹ Bei neuen Kunstformen sind die Transaktionskosten insbesondere darum hoch, weil die Rechtsinhaber der Nutzungsrechte tendenziell wenig Verständnis für unbekannte Kunstformen aufbringen und darum davon absehen, eine Lizenz zu erteilen.²⁶² Schafft ein freier Künstler eine neue Kunstform, so wird es wohl kaum je zum Abschluss eines Lizenzvertrages kommen, fallen in dieser Konstellation die Transaktionskosten doch besonders hoch aus.²⁶³

257 Des Weiteren können die Transaktionskosten auch von der Dauer und dem Bekanntheitsgrad der verwendeten Werkteile abhängen, siehe dazu POTE, 88 N.C. L. Rev. 639, 685 (2010).

258 KRUSEMARCK, 181 f.

259 Dazu gehören Künstler, die bereits ihren Lebensunterhalt mit ihrer Musik verdienen, aber auch Schulbands oder sog. Garagenmusiker, also Künstler, die ihre ersten musikalischen Schritte wagen, siehe dazu KRUSEMARCK, 181.

260 Siehe für die Musikindustrie LIEBERMAN, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 125 ff. (2016).

261 Siehe dazu KRUSEMARCK, 181 f. m.w.H.; siehe für die Musikindustrie POTE, 88 N.C. L. Rev. 639, 684 (2010); LIEBERMAN, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 125 f. (2016).

262 KRUSEMARCK, 182; siehe dazu auch APEL, 237, 249; OSTERBERG, 53 J. Copyright Soc'y 619, 640 (2006).

263 Vgl. dazu für die Musikindustrie BARONI, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 91 f. (1993). Führen die durch Verbotsrechte verursachten hohen Transaktions-

Im Gegensatz zum Verbotsrecht führt ein Entschädigungsrechts dazu, dass der Urheber zwar Inhaber des Rechts zur Verwendung von Bearbeitungen ist, dass er die Verwendung allerdings nicht tatsächlich kontrollieren kann, sondern bloss insofern, als dass er für ebendiese Verwendungen entschädigt wird. Wie der Name bereits sagt, führt das Entschädigungsrecht somit zu einem reinen Anspruch auf Entschädigung für die Verwendung von Bearbeitungen durch Dritte. Da Verhandlungen zwischen dem Urheber und dem Werknutzer damit obsolet werden, verringern sich die Kosten der Transaktion erheblich. Insbesondere Suchkosten, Verhandlungskosten und die Kosten des Risikos eines Verhandlungsabbruchs fallen weg. Die Festsetzung der Gebühr sowie die Durchsetzung und Kontrolle der Gebühreneinzahlung/-ausschüttung können über die bereits bestehenden Strukturen der Verwertungsgesellschaften abgewickelt werden, womit die dadurch entstehenden Transaktionskosten relativ tief bleiben.²⁶⁴

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein Verbotsrechts zu einer Blockade der Innovationstätigkeit führen kann, da es aufgrund der hohen Transaktionskosten den Werknutzern nicht immer zumutbar ist, die notwendigen Lizenzen zur Verwendung ihrer Bearbeitungen einzuholen. Ein Entschädigungsrechts führt damit verglichen zu erheblich weniger Transaktionskosten, womit Werknutzer regelmässig das Nutzungsrecht durch Entrichtung der geforderten Gebühr erwerben und eine Bearbeitung verwenden werden; das Entschädigungsrecht stellt damit den wirtschaftlich effizienten Zustand her.²⁶⁵

2.3. Rentenabschöpfung

Urheber können aus diversen Gründen schöpferisch tätig werden. Während sie oftmals intrinsisch motiviert handeln, spielen regelmässig auch monetäre Motivationsgründe mit, erhoffen sich Urheber doch in der Regel eine Rente, also eine Bezahlung dafür, dass sie Dritten ihre Werke zugänglich machen²⁶⁶ – man spricht hierbei auch von der sog. Produzentenren-

kosten dazu, dass Werke systematisch untergenutzt werden, so wird auch von der sog. *Tragedy of the Anticommons* gesprochen, siehe dazu BECHTOLD, GRUR Int. 2008, 484, 485 f.; SCHÄFER/OTT, 679 f.

264 Vgl. dazu etwa Kapitel 11: IV.5.

265 Vgl. dazu SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 11.

266 Auch wenn die Wirkung monetärer Anreize teilweise bezweifelt wird, so kann ihr nicht jegliche Geltung entzogen werden. Siehe kritisch zur Wirkung monetärer Anreize LANDES/POSNER, 9 f.; HANSEN, 150 f.

te.²⁶⁷ Das Institut des Verbotsrechts führt, wie bereits gesehen, zu hohen Transaktionskosten.²⁶⁸ Dies hat insbesondere bei der Verwendung von Bearbeitungen oftmals zur Konsequenz, dass auf ebendiese Verwendung verzichtet wird oder dass Bearbeitungen zwar verwendet werden, die dafür erforderliche Lizenzierung allerdings ausbleibt.²⁶⁹ In beiden Fällen wird der Urheber um seine Rente gebracht. Um zu vermeiden, dass er leer ausgeht, bleibt ihm nur noch der Ausweg über eine zivilrechtliche Klage.

Über ein Entschädigungsrecht gelingt es hingegen, eine Rente für den Urheber abzuschöpfen. Dem Urheber wird damit zwar die Möglichkeit genommen, die Lizenzgebühr für die Verwendung von Bearbeitungen individuell auszuhandeln und damit unter Umständen in die Höhe zu treiben. Er kann sich dafür aber darauf verlassen, dass ihm für jegliche Verwendung von Bearbeitungen eine Entschädigung zusteht.²⁷⁰ Das Entschädigungsrecht ist damit unter dem Aspekt der Rentenabschöpfung für den Urheber eine sicherere Einnahmequelle und stellt damit die wirtschaftlich effiziente Institution dar.

267 Siehe dazu STURM/VOGT, 10 f.

268 Siehe dazu Kapitel 2: IV.2.2.

269 Siehe etwa HARPER, 39 Hofstra L. Rev. 405, 410, 412, 437 f. (2011); POTE, 88 N.C. L. Rev. 639, 640, 684 f. (2010). Die Liste der Künstler, die von einer vermeintlich notwendigen Lizenzierung abgesehen haben, ist schier endlos. Die nachstehende Aufzählung soll lediglich einige davon erwähnen: in der Schweiz BGE 125 III 328; OGer LU, 5. Februar 2003, sic! 2003, 731 ff.; in Deutschland Moses Pelham, der für den Song „Nur mir“ der Interpretin Sabrina Setlur eine Sequenz aus dem Kraftwerk-Stück „Metall auf Metall“ ohne Erlaubnis verwendet hat; strittig war dabei ausschliesslich die Verletzung von Leistungsschutzrechten, vgl. dazu BGH, 1. Juni 2017, I ZR 115/16 (Metall auf Metall), GRUR 2017, 895 ff.; vgl. dazu statt vieler OHLY, GRUR 2017, 964 ff.; APEL, K&R 2017, 563 ff.; DERS., 237 ff.; siehe zudem für weitere Beispiele BGH, 20. März 2003, I ZR 117/00 (Gies-Adler), GRUR 2003, 956 ff.; OLG Hamburg, 31. Oktober 2012, 5 U 37/10 (Goldrapper), GRUR-RS 2013, 15675; OLG Hamburg, 17. Oktober 2012, 5 U 166/11 (Fotocollage), GRUR-RS 2012, 22451; in den USA DJ Girl Talk (bisher ohne Anklage), siehe dazu HARPER, 39 Hofstra L. Rev. 405, 410, 438 (2011); Robin Thicke und Pharrell Williams (zu USD 7.3 Mio. verurteilt), siehe dazu LIEBERMAN, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 132 (2016); vgl. auch Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 410 F.3d 792, 798 ff. (6d Cir. 2005); vgl. allerdings VMG Salsoul, LLC. v. Ciccone, 824 F.3d 871, 885 ff. (9d Cir. 2016), wobei es bei letzteren beiden Beispielen ausschliesslich um die Recht an den Tonaufnahmen ging.

270 Vgl. dazu BARONI, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 92 f. (1993), der festhält, dass es für den Urheber günstiger ist, eine zwar geringe aber dafür garantierte Entschädigung zu erhalten als die Möglichkeit einer hohen Entschädigung zu haben, aber in Kauf nehmen zu müssen, dass diese ganz ausbleibt.

2.4. Anreiz zu kreativem Schaffen

Das Urheberrecht soll, so zumindest die modernen Rechtfertigungsversuche, für den Urheber Anreize setzen, um kreativ tätig zu werden.²⁷¹ Mit einem Verbotsrecht sollen entsprechende Anreize dadurch erzeugt werden, dass der Urheber ausschliesslich über sein Werk bestimmen kann und Bearbeitungen seines Werkes nur mit seiner Einwilligung – meist gegen Bezahlung einer Gebühr – verwendet werden. Hohe Transaktionskosten, die mit der Einholung einer Einwilligung einhergehen, führen allerdings dazu, dass Werknutzer vielfach von der Verwendung von Bearbeitungen absehen oder aber die Bearbeitung zwar verwenden, aber die erforderliche Einwilligung nicht einholen.²⁷² In beiden Fällen geht der Urheber leer aus; lediglich in letzterem Fall kann er sich über die zivilrechtliche Klage Abhilfe verschaffen.²⁷³ Die Ausgestaltung als Verbotsrecht vermag daher zwar in der Theorie, nicht aber in der Praxis genügend Anreize für den Urheber zu setzen, um kreativ tätig zu werden.

Mit einem Entschädigungsrecht ist es dem Urheber zwar verwehrt, individuell Lizenzgebühren zu vereinbaren und dadurch den Preis in die Höhe zu treiben, da die Verwertungsgesellschaften die Gebühren festlegen würden;²⁷⁴ er erhält dafür allerdings eine garantierte Entschädigung und damit einen Anreiz zu kreativem Schaffen. Ein weiterer Anreiz kann unter Umständen durch den gesteigerten Bekanntheitsgrad des vorbestehenden Werks geschaffen werden, da dieses dank der Erkennbarkeit in der Bearbeitung einen „zweiten Frühling“ durchleben kann.²⁷⁵ Dies gilt zwar auch unter dem Regime des Verbotsrechts, da aber ein Entschädigungsrecht geringere Transaktionskosten verursacht, werden hierunter potenziell mehr Bearbeitungen verwendet, womit der Anreiz aufgrund gesteigerten Bekanntheitsgrades stärker zum Tragen kommt.

271 HILTY, Rz. 53 f.; HANSEN, 106 ff.; siehe dazu ausführlich Kapitel 1: I.1.

272 Siehe dazu ausführlich Kapitel 2: IV.2.2.; siehe dazu auch HARPER, 39 Hofstra L. Rev. 405, 410, 412, 437 f. (2011); POTE, 88 N.C. L. Rev. 639, 640, 684 f. (2010).

273 Ihm stehen dabei die Klage auf Schadenersatz gemäss Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR, die Klage auf Genugtuung gemäss Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 49 Abs. 1 OR sowie die Klage auf Herausgabe des Gewinns gemäss Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 423 Abs. 1 OR offen. Des Weiteren stehen ihm bei widerrechtlicher Verletzung die Beseitigungsklage gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. b URG und bei drohender Verletzung die Unterlassungsklage gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. a URG offen, siehe dazu sogleich Kapitel 2: IV.2.6.

274 Vgl. dazu etwa Kapitel 11: IV.3.2.

275 Vgl. dazu LIEBERMAN, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 135 (2016).

Abschliessend kann festgehalten werden, dass ein Entschädigungsrecht stärkere Anreize zur Verwendung von Bearbeitungen setzt als ein Verbot, da mit jeder Verwendung eine Entschädigung garantiert wird und da jede zusätzlich verwendete Bearbeitung potenziell den Bekanntheitsgrad des vorbestehenden Werks steigert. Ein Entschädigungsrecht vermag damit das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen effizienter durchzusetzen.

2.5. Interessenausgleich

Wie dargelegt, setzt das Urheberrecht Anreize für Urheber zu kreativem Schaffen. Werknutzer, die Bearbeitungen schaffen und diese verwenden, sind ebenfalls Urheber, sind doch Bearbeitungen als Werke im urheberrechtlichen Sinne selbständig geschützt. Während das Urheberrecht somit Anreize für die Urheber von unabhängigen Werken schafft, so muss es ebensolche Anreize auch für die Werknutzer als Urheber von Bearbeitungen setzen. Da die Interessen der Urheber und Werknutzer allerdings negativ korrelieren, ist es nicht ganz einfach, den Interessen der Urheber und denjenigen der Werknutzer gleichzeitig zu entsprechen. Es ist daher die grosse Herausforderung des Urheberrechts, einen Ausgleich der Interessen des Urhebers und des Werknutzers zu erreichen.

Der Urheber hat ein Interesse am Recht zur Verwendung von Bearbeitungen, da Bearbeitungen auf seinem vorbestehenden Werk aufbauen und dieses gar erkennen lassen. Die Bearbeitung ist somit die Frucht seines vorbestehenden Werks und wird mit diesem resp. mit dem Urheber als Person in Verbindung gebracht. Das Interesse des Urhebers liegt also darin, die Früchte des eigenen Schaffens selber zu ernten und die Assoziation mit dem Werk resp. der eigenen Person zu kontrollieren.

Der Werknutzer hat ebenfalls ein Interesse am Recht zur Verwendung von Bearbeitungen, da er sich dadurch künstlerisch entfalten kann. Dies ist ihm zugegebenermassen auch möglich, ohne dabei fremde Werke zu verwenden, seine Möglichkeiten der künstlerischen Entfaltung würden dadurch aber geschmälert werden.

Wird das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen als Verbot, so ist es ausschliesslich dem Urheber des vorbestehenden Werks vorbehalten, über die Schöpfung von Bearbeitungen zu bestimmen. Es kommt daher nicht zu einem Ausgleich der genannten Interessen; viel eher wird den Interessen des Urhebers absolut stattgegeben, während der Werknutzer leer ausgeht. Wird das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen allerdings als Entschädigungsrecht ausgestaltet, so wird den Interessen

des Werknutzers Rechnung getragen, da dieser Bearbeitungen verwenden kann. Die Interessen des Urhebers werden allerdings ebenfalls berücksichtigt, erhält er doch eine Entschädigung für die Bearbeitung eines Werknutzers. Es kommt damit zu einem tatsächlichen Interessenausgleich. Ein Entschädigungsrecht ist daher der Herausforderung des Urheberrechts, die Interessen von Urhebern und Werknutzern auszugleichen, besser gewachsen; es stellt damit die effiziente Institution dar.

2.6. Rechtsfolgen einer Verletzung

Ein Recht ist immer nur so viel wert wie die Folgen dessen Verletzung. Die Verfolgung einer Rechtsverletzung hat insbesondere zum Ziel, die Gesellschaft vor weiteren Rechtsverletzungen abzuschrecken; sie hängt insbesondere von zwei Faktoren ab: von der Wahrscheinlichkeit, bei der Verletzung des Rechts erwischt zu werden und vom Schadenersatz, den der Schädiger dem Geschädigten schuldet.²⁷⁶ Die beiden Faktoren stehen dabei in einer negativen Korrelation zueinander: Wenn die Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden, tief ist, dann muss der Schadenersatz hoch sein, um eine abschreckende Wirkung zu erzeugen. Umgekehrt kann der Schadenersatz tief sein, wenn die Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden, hoch ist.²⁷⁷

Wird ein Urheberrecht verletzt, so steht dem Geschädigten zivilrechtlicher Schutz zu;²⁷⁸ er kann insbesondere auf Schadenersatz und gegebenenfalls auf Genugtuung klagen.²⁷⁹ Die schweizerische Schadenersatzbemes-

276 SHAVELL, 36 J.L. & Econ. 255, 261 ff., 266 (1993); DE GRAHL, 110, 118 f., 120; vgl. auch POLINSKY, 80 f.

277 Vgl. POLINSKY, 80 f.

278 Siehe Art. 61 ff. URG. Dem Geschädigten steht zudem strafrechtlicher Schutz zu, siehe dazu Art. 67 ff. URG; dieser wird vorliegend allerdings nicht weiter untersucht.

279 Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR sowie Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 49 Abs. 1 OR; es gelten dabei die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts nach dem Obligationenrecht; insbesondere der Nachweis des Schadens ist bei Urheberrechtsverletzungen oft nur schwer zu erbringen, DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR I/2, Rz. 393; SHK-URG/MÜLLER, Art. 62 URG N 10; vgl. dazu zudem SCHWENNINGER/INGLIN, FS Fischer, 459 ff. Ein Genugtuungsanspruch ist wohl nur bei Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzungen denkbar; diese muss zudem von einer gewissen Schwere sein, BARRELET/EGLOFF, Art. 62 URG N 14; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR I/2, Rz. 408. Von der Klage auf Schadenersatz und Genugtuung abgesehen, stehen dem Geschädigten des Weiteren die Klage auf Herausgabe des Gewinns nach den Prinzi-

sung gilt allerdings als schädigerfreundlich.²⁸⁰ Dies insbesondere deshalb, weil das Bundesgericht einen sog. Verletzerzuschlag verneint, also einen Zuschlag, der pauschal höher angesetzt ist als eine hypothetische Lizenzgebühr.²⁸¹ Pönale Elemente, also Elemente eines Strafschadenersatzes, sind dem schweizerischen Haftpflichtrecht prinzipiell fremd,²⁸² sodass Schadenersatzforderungen regelmässig tief ausfallen.²⁸³ Rekordsummen, wie sie etwa in den USA vorkommen, sind in der Schweiz nicht denkbar.²⁸⁴ Als Konsequenz müsste demnach die Wahrscheinlichkeit, bei der Verletzung des Rechts erwischt zu werden, hoch sein, um dennoch eine abschreckende Wirkung zu haben und dadurch das Recht effizient durchzusetzen. Wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, hängt dabei massgeblich von der Ausgestaltung des Rechts zur Verwendung von Bearbeitungen und davon ab, wie viel in die Kontrolle der Rechteinhaltung investiert wird.²⁸⁵

Ist das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen als Verbotsrecht ausgestaltet, so hat der Urheber das alleinige Recht, darüber zu bestimmen, wer Bearbeitungen seines Werks verwendet. Es liegt damit auch in seiner Verantwortung, zu kontrollieren, ob sein ausschliessliches Recht durch nicht bewilligte Bearbeitungen verletzt wird. Diese Kontrolle ist allerdings beschwerlich, können Bearbeitungen doch insbesondere über das Internet mit äusserst geringem Ressourcenaufwand weltweit öffentlich zugänglich gemacht werden.²⁸⁶ Will der Urheber kontrollieren, ob sein ausschliessli-

prien der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 423 Abs. 1 OR), bei widerrechtlicher Verletzung die Beseitigungsklage (Art. 62 Abs. 1 lit. b URG) und bei drohender Verletzung die Unterlassungsklage (Art. 62 Abs. 1 lit. a URG) zur Verfügung, siehe dazu DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR I/2, Rz. 271 ff.; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 215; SHK-URG/MÜLLER, Art. 62 URG N 1 ff.

280 SHK-URG/MÜLLER, Art. 62 URG N 15 f.; siehe auch BGE 122 III 463, E. 5.bb.

281 BGE 122 III 463, E. 5.bb f.; siehe dazu ausführlich JENNY, sic! 2004, 651 ff.; siehe zudem OGer ZH, 1. Februar 2008, sic! 2008, 628, 631.

282 BGE 122 III 463, E. 5.c.bb. ff.; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 215.

283 Pönale Elemente sind allerdings insbesondere im Zusammenhang mit dem Immaterialgüterrecht denkbar und werden von der Lehre teilweise gefordert, siehe dazu BARRELET/EGLOFF, Art. 62 URG N 13; DAVID/FRICK/KUNZ/STUDER/ZIMMERLI, SIWR I/2, Rz. 400; siehe auch BGE 132 III 379, E. 3.3.5; 122 III 463, E. 5.bb.

284 Man denke dabei insbesondere an Robin Thicke und Pharrell Williams, die zu einem Schadenersatz von USD 7.3 Mio. verurteilt wurden, siehe dazu LIEBERMAN, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 132 (2016); siehe allgemein zur Konvergenz und Divergenz des schweizerischen und des U.S.-amerikanischen Haftpflichtrechts WIDMER LÜCHINGER, ZBJV 2015, 545 ff.

285 Vgl. POLINSKY, 80 f.

286 DE GRAHL, 25 ff.

ches Recht geachtet wird, so muss er demnach hohe Kosten auf sich nehmen. Verursacht die Kontrolle allerdings zu hohe Kosten, so wird diese nicht oder nicht im erforderlichen Masse stattfinden, womit die Wahrscheinlichkeit, dass nicht bewilligte Bearbeitungen entdeckt werden, sinkt. Da damit die gewünschte abschreckende Wirkung ausbleibt, wird das Verbotrecht *de facto* gegenstandslos.²⁸⁷

Ist das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen allerdings als Entschädigungsrecht ausgestaltet, so kann der Urheber nicht mehr über die Verwendung von Bearbeitungen bestimmen; er hat lediglich einen Anspruch darauf, entschädigt zu werden, wenn eine Bearbeitung seines Werks verwendet wird. Diese Entschädigung ist allerdings nicht vom Urheber selber, sondern von den Verwertungsgesellschaften und somit über zentrale Stellen einzufordern. Dadurch entstehen den Verwertungsgesellschaften zwar ebenfalls Kosten, diese können aber relativ tief gehalten werden, indem die Werknutzer etwa mit einer Meldepflicht dazu angehalten werden, ihre Bearbeitungen den Verwertungsgesellschaften anzumelden.²⁸⁸ Ob diese Anmeldung auch stattfindet, kann wiederum zentral über die Verwertungsgesellschaften und damit relativ kostengünstig kontrolliert werden. Dank dieser vergleichsweise tiefen Kosten kann die Verfolgung von Rechtsverletzungen auch im erforderlichen Masse stattfinden. Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Verletzung ist es somit effizient, das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen als Entschädigungsrecht auszugestalten.

2.7. Zwischenergebnis

Auf den vorstehenden Zeilen wurde analysiert, ob das Recht des Urhebers auf Verwendung von Bearbeitungen aus wirtschaftlicher Sicht als Verbotrecht oder als Entschädigungsrecht auszugestalten ist. Wäre es als Verbotrecht auszugestalten so könnte der Urheber tatsächlich kontrollieren, wer Bearbeitungen seines vorbestehenden Werks verwendet; wäre es allerdings als Entschädigungsrecht auszugestalten, so würde der Urheber dafür entschädigt werden, wenn Werknutzer Bearbeitungen seines vorbestehenden Werks verwenden.

Bei der Entscheidung, welche der beiden Ausgestaltungen zu bevorzugen ist, sind unter Anwendung des vergleichenden Institutionen-Ansatzes

287 HARPER, 39 Hofstra L. Rev. 405, 406 (Fn. 14) m.w.N. (2011).

288 Siehe zur Meldepflicht etwa Kapitel 11: IV.6.

diverse Faktoren zu berücksichtigen. Ein Vergleich dieser Faktoren führt zu folgendem Ergebnis:

Erstens spielt die Höhe der Transaktionskosten eine wesentliche Rolle. Während die Transaktionskosten bei einem Verbotsrecht stark schwanken können, so kann doch zumindest zuverlässig festgehalten werden, dass sie in der Regel hoch ausfallen und dass die Transaktionskosten bei einem Entschädigungsrecht damit verglichen tiefer sind. Das Entschädigungsrecht ist somit hinsichtlich des Faktors der Transaktionskosten zu bevorzugen.

Zweitens spielt die Höhe der Rentenabschöpfung eine wichtige Rolle, soll doch der Urheber dafür bezahlt werden, dass Dritte Bearbeitungen verwenden, die auf seinen Werken basieren. Während die Rentenabschöpfung bei einem Verbotsrecht theoretisch wohl höher ausfällt als bei einem Entschädigungsrecht, da der Urheber den Preis für die Werknutzung individuell aushandeln kann, kommt es in der Praxis aufgrund hoher Transaktionskosten nur selten zu entsprechenden Verhandlungen, womit der Urheber in der Regel leer ausgeht. Bei einem Entschädigungsrecht erhält der Urheber zwar wohl eine vergleichsweise kleinere, dafür aber eine garantierte Entschädigung, womit er durchschnittlich besser dasteht. Mit Blick auf den Faktor der Rentenabschöpfung ist somit wiederum das Entschädigungsrecht zu bevorzugen.

Drittens spielt der Anreiz zu kreativem Schaffen eine Rolle. Da der Urheber bei einem Verbotsrecht wie dargelegt oftmals leer ausgeht, bestehen für ihn nur geringe monetäre Anreize; die Werknutzer werden zudem auf die Verwendung gewisser Bearbeitungen verzichten, womit der Urheber des vorbestehenden Werks auch nicht von einem potenziell gesteigerten Bekanntheitsgrad seines Werks profitieren kann; der Anreiz zu kreativem Schaffen fällt bei einem Verbotsrecht somit gering aus. Beim Entschädigungsrecht kann der Urheber allerdings eine garantierte Entschädigung abschöpfen. Die Werknutzer werden zudem nicht durch hohe Transaktionskosten vor der Verwendung von Bearbeitungen gehindert, weshalb der Urheber potenziell durch die Bearbeitung des Werknutzers von einem gesteigerten Bekanntheitsgrad profitieren kann; sein Anreiz zu kreativem Schaffen ist somit vergleichsweise höher, womit auch hinsichtlich des Faktors des Anreizes zu kreativem Schaffen das Entschädigungsrecht zu bevorzugen ist.

Viertens spielt der Ausgleich der Interessen zwischen Urheber und Werknutzer eine Rolle. Beim Verbotsrecht wird das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen ausschliesslich dem Urheber des vorbestehenden Werks zugewiesen, während der Werknutzer leer ausgeht; ein wirklicher Ausgleich

der Interessen bleibt aus. Beim Entschädigungsrecht wird den Interessen des Werknutzers Rechnung getragen, da dieser zustimmungsfrei Bearbeitungen verwenden kann. Gleichzeitig wird den Interessen des Urhebers stattgegeben, erhält er doch eine Entschädigung für die Verwendung der Bearbeitung durch die Werknutzer. Es kommt damit zu einem tatsächlichen Interessenausgleich. Mit Blick auf den Faktor des Interessenausgleichs ist somit erneut dem Entschädigungsrecht den Vorzug zu geben.

Fünftens spielen die Rechtsfolgen einer Verletzung des Rechts eine Rolle. Sind die Kosten der Verfolgung von Rechtsverletzungen zu hoch, so ist die Wahrscheinlichkeit, bei der Verletzung des Rechts erwischt zu werden, tief, weil eine effektive Kontrolle unterbleibt. Beim Verbotsrecht ist es Aufgabe des Urhebers, zu kontrollieren, wer sein Recht verletzt. Diese individuelle Kontrolle verursacht hohe Kosten und führt dazu, dass Rechtsverletzungen kaum bis gar nicht geahndet werden. Beim Entschädigungsrecht hat der Urheber lediglich einen Anspruch darauf, entschädigt zu werden, wobei dieser Entschädigungsanspruch von den zuständigen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht wird. Diese zentrale Geltendmachung verursacht geringere Kosten, wodurch die Wahrscheinlichkeit, bei der Verletzung des Rechts erwischt zu werden, hoch ist; Rechtsverletzungen werden damit vergleichsweise effizienter verfolgt, womit erneut das Entschädigungsrecht obsiegt.

Alle untersuchten Faktoren kommen somit zum Schluss, dass es aus wirtschaftlicher Sicht effizient ist oder zumindest eher dem effizienten Zustand entspricht, das Recht des Urhebers zur Verwendung von Bearbeitungen als Entschädigungsrecht auszugestalten.²⁸⁹

289 Für das U.S.-amerikanische Recht im Ergebnis gl.M. MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 493 ff. (2016); DERS., 61 J. Copyright Soc'y 235, 352 ff. (2014); VRANA, 68 Wash. & Lee L. Rev. 811, 853 ff. (2011); BARONI, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 94 ff. (1993); FISHER, 199 ff.; ASHTAR, 19 Alb. L.J. Sci. & Tech. 261, 312 ff. (2009); U.S. Task Force Green Paper on Copyright, 28 f., 101; U.S. Task Force White Paper on Remix, 6 ff., die allesamt die Ausgestaltung des Rechts auf Verwendung von Bearbeitungen als Entschädigungsrecht – in der Form einer *compulsory licence* – befürworten oder zumindest prüfen; a.A. im U.S.-amerikanischen Recht LAPOLT/ROSENTHAL/MELLER, 38 Columbia J.L. & Arts 365, 371 ff. (2015), die die geltende Rechtslage unter dem U.S. Copyright Act, die ein Verbotsrecht vorsieht, für wirtschaftlich effizient hält.