UFITA – Schriftenreihe 287
Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft

Eliane Haas

Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schriftenreihe des Archivs für
Urheber- und Medienrecht (UFITA)

herausgegeben von
Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU)
Prof. Dr. Nadine Klass, LL.M. (Wellington)
Band 287

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eliane Haas

Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die vorliegende Dissertation wurde durch die Max Geldner-Stiftung und durch den Werenfels-Fonds der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft Basel grosszügig unterstützt.

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Schweizerischer Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Basel, Univ., Diss., 2018

1. Auflage 2019

© Eliane Haas

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-5889-0
ISBN (ePDF): 978-3-7489-0020-7

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748900207

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbstsemester 2018 an der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurde grundsätzlich bis Dezember 2018 berücksichtigt.

Allen Personen, die in irgendeiner Weise zum Gelingen dieses Dissertationsprojekts beigetragen haben, möchte ich an dieser Stelle herzlich danken. Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herr Prof. Dr. Herbert Zech, welcher mein Dissertationsprojekt mit grossem Interesse betreute und mir stets mit willkommenem Rat zur Seite stand. Als wahrer Doktorvater hat er mich, nicht zuletzt auch während des Kolloquiums, stets wohlwollend begleitet. Frau Prof. Dr. Corinne Widmer Lüchinger danke ich für die unvergessliche Assistenzzeit, die ich an ihrem Lehrstuhl verbringen durfte sowie für ihre stets ermutigenden Worte während meines Doktorats. Danken möchte ich sodann Herrn Dr. Nicolas Mosimann, der mir wertvolle Einblicke in die urheberrechtliche Praxis ermöglichte und als Experte am Kolloquium teilnahm. Frau Sonja Berchtold, MLaw, danke ich für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen, stärkenden Gespräche.

Liebevolle Unterstützung während meines Doktorats habe ich von meinem Partner Kevin Mitterhuber erfahren, der mich schier unermüdlich anspornte und mir stets den Rücken freihielt. Dafür gebührt ihm mein ganz besonderer Dank. Zu guter Letzt danke ich meinen Eltern Pia Dahinden und Peter Haas. Ihre emotionale und finanzielle Unterstützung haben meinen Werdegang überhaupt erst ermöglicht.

Dank grosszügiger Unterstützung der Max Geldner-Stiftung und des Werenfels-Fonds der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft Basel war es mir möglich, einen mehrmonatigen Forschungsaufenthalt an der University of California, Berkeley, Boalt Hall School of Law, zu absolvieren. Die Drucklegung erfolgt mit freundlicher Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds.

Basel, im Juni 2019 Eliane Haas

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen 13

Einleitung 21

I. Problemaufriss 21
II. Zum Begriff der sequenziellen Innovation 23
III. Fragestellung 26
IV. Gang der Untersuchung und Eingrenzung 27
V. Forschungsstand 30

1. Teil: Das Phänomen sequenzieller Innovation 33

Kapitel 1: Urheberrechtliche Grundlagen 34

I. Im Allgemeinen 34
1. Rechtfertigung des Urheberrechts 34
2. Schutzgegenstand des Urheberrechts 37
3. Schutzvoraussetzungen von Werken 39
3.1. Im Überblick 39
3.2. Schöpfung als Ausdruck menschlichen Willens 39
3.3. Zugehörigkeit zu Literatur und Kunst 40
3.4. Individueller Charakter 41
3.5. Wahrnehmbarmachung 44
4. Schutz von Werkteilen 44

II. Im Spezifischen 45
1. Werkcharakter sequenzieller Schöpfungen 45
2. Kategorien sequenzieller Innovation 47
2.1. Freie Benutzungen 48
2.2. Parodien 49
2.3. Bearbeitungen 50
3. Bearbeitungsrecht 53
3.1. Bearbeiten als relevante Nutzungshandlung 53
3.2. Bearbeiten, Bearbeitungsrecht und die resultierenden Endprodukte 53

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.3. Facetten des Bearbeitungsrechts 54
3.4. Charakter des Bearbeitungsrechts 56

Kapitel 2: Wirtschaftliche Analyse 59

I. Im Überblick 59

II. Grundlagen 60

1. Pareto-Effizienz und Marktversagen 60
2. Coase-Theorem 62
3. Vergleichender Institutionen-Ansatz 63
4. Verteilungsgerechtigkeit, Ethik und Moral 63

III. Analyse des Urheberrechts im Allgemeinen 64

IV. Analyse des Bearbeitungsrechts im Spezifischen 66

1. Ausschliessliches Bearbeitungsrecht oder Bearbeitungsfreiheit? 66
1.1. Vorbemerkung 66
1.2. Freie Benutzungen 67
1.3. Parodien 68
1.4. Bearbeitungen 70
1.5. Zwischenergebnis 72
2. Verwendung von Bearbeitungen: Verbotsrecht oder Entschädigungsrecht? 73
2.1. Vorbemerkung 73
2.2. Transaktionskosten 75
2.3. Rentenabschöpfung 78
2.4. Anreiz zu kreativem Schaffen 80
2.5. Interessenausgleich 81
2.6. Rechtsfolgen einer Verletzung 82
2.7. Zwischenergebnis 84

Kapitel 3: Ergebnis zum 1. Teil 87

2. Teil: Sequenzielle Innovation de lege lata 89

Kapitel 4: Bearbeitungsrecht des Urhebers 90

I. Im Allgemeinen 90

II. Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen, freier Benutzungen und Parodien 91

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Facetten des Bearbeitungsrechts 92
1. Recht auf Erstellung einer sequenziellen Innovation 92
2. Recht auf Verwendung einer sequenziellen Innovation 93
IV. Zwischenergebnis 94

Kapitel 5: Recht auf Bearbeitungsfreiheit des Werknutzers 95

I. Vorbemerkungen 95
II. Im Allgemeinen 97
1. Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers 97
2. Schranken des Bearbeitungsrechts des Urhebers 97
III. Freie Benutzungen 100
IV. Parodien 101
V. Bearbeitungen 103
1. Mögliche einschlägige Schutzgrenzen 103
1.1. Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut 104
1.2. Schutzgrenze der Doppelschöpfung 105
1.3. Schutzgrenze der freien Benutzung 108
1.3.1. Verblassensformel 108
1.3.2. Kriterium des inneren Abstands 111
1.4. Zwischenergebnis 115
2. Mögliche einschlägige Schranken 116
2.1. Parodiefreiheit 116
2.2. Privat- oder Schulgebrauch 121
2.3. Zitierfreiheit 124
2.4. Zwischenergebnis 127
VI. Zwischenergebnis 128

Kapitel 6: Durchsetzung des Bearbeitungsrechts 130

I. Im Allgemeinen 130
II. Bearbeitungsrecht des Urhebers als Verbotsrecht 132

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 7: Ergebnis zum 2. Teil 133

3. Teil: Bearbeitungen de lege lata extensa 137

Kapitel 8: Parodieschranke 139

I. Auslegungsvorschlag 139
II. Vorteile 140
III. Nachteile 141
IV. Zwischenergebnis 142

Kapitel 9: Zitatschranke 143

I. Auslegungsvorschlag 143
II. Vorteile 145
III. Nachteile 145
IV. Zwischenergebnis 146

Kapitel 10: Ergebnis zum 3. Teil 148

4. Teil: Bearbeitungen de lege ferenda 151

Kapitel 11: Schranke für kreative Bearbeitungen 152

I. Vorbilder der Schranke 152
1. Bestimmungen für Coverversionen 153
2. Remix Compulsory License Act 155
3. Parodieschranke 158
II. Mögliche legislative Ausgestaltung 160
III. Kreative Bearbeitungen im Sinne der Schranke 166
1. Gründe für Beschränkung auf kreative Bearbeitungen 166
2. Definition kreativer Bearbeitungen 167
2.1. Quantitatives Element 168
2.2. Qualitatives Element 171
2.3. Zwischenergebnis 173
IV. Weitere Details der Ausgestaltung 174
1. Facetten des Bearbeitungsrechts 174
2. Anwendbarkeit auf Leistungsschutzrechte 176

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Vergütungspflicht 177
3.1. Natur der Vergütungspflicht 178
3.2. Lizenzgebühr 179
3.3. Aufteilung der Lizenzeinnahmen 182
4. Zwingende Natur der Schranke 183
5. Verwertungsgesellschaftspflicht 185
6. Meldepflicht 186
7. Urheberpersönlichkeitsrechte 187

V. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest 191
1. Bestimmte Sonderfälle 192
2. Beeinträchtigung der normalen Auswertung 194
3. Unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen 196
4. Zwischenergebnis 197

VI. Vor- und Nachteile 198

VII. EU Copyright Reform 201

VIII. Zwischenergebnis 204

Kapitel 12: Schrankengeneralklausel 207

I. Vorbilder der Schrankengeneralklausel 208
1. Fair Use-Doktrin 208
2. Dreistufentest 210

II. Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand 212

III. Details der Ausgestaltung 213

IV. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest 217

V. Vor- und Nachteile 218

VI. Zwischenergebnis 220

Kapitel 13: Schranke für nichtkommerzielle Verwendung 222

I. Diskurs zur Kulturflatrate 223

II. Ausdehnung auf Verwendung von Bearbeitungen 225

III. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest 228

IV. Vor- und Nachteile 230

V. Zwischenergebnis 232

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 14: Grenzen nationaler Lösungen 234
I. Geltungsbereich des schweizerischen Urheberrechts 234
II. Internationale Bestrebungen 236

Kapitel 15: Ergebnis zum 4. Teil 238

Zusammenfassung in Thesen 241

Schlussbetrachtung 244

Literaturverzeichnis 247

Materialien 257

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungen

A.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
al.	alinéa
Alb. L.J. Sci. & Tech.	Albany Law Journal of Science and Technology (Albany)
ALRC	Australian Law Reform Commission
amend.	amendment
AppGer	Appellationsgericht
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review (Tucson)
art.	article
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BS	Kanton Basel-Stadt
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
C.C.D. Mass	Circuit Court of the District of Massachusetts (old federal court)
CD	Compact Disc
C.D.Cal.	Central District of California
C.F.R.	Code of Federal Regulation (USA)
Cir.	Circuit Court of Appeals (federal court)

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

CHF	Schweizer Franken
cl.	clause
Columbia J.L. & Arts	Columbia Journal of Law and the Arts (New York)
Corp.	Corporation
CR	commentaire romand
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselben
DJ	Discjockey
DNA	Deoxyribonucleic acid
Dr.	Doktor
DRM	Digital Rights Management
DS	Zeitschrift Der Sachverständige (München)
E	Entwurf
E.	Erwägung
EC	European Commission
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
Enters.	Enterprises
EU	Europäische Union
EWS	Zeitschrift für europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Frankfurt)
f./ff.	und folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F.Cas.	Federal Cases
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
gl.M.	gleicher Meinung
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (München)
GRUR Int.	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (München)

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GRUR-RR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report (München)
GRUR-RS	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungssammlung (München)
HandKomm	Handkommentar
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review (Cambridge)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review (Hempstead)
Hrsg.	Herausgeber
IGE	Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (Bern)
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (München)
Inc.	Incorporated
IP	Intellectual Property
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Copyright Soc'y	Journal of the Copyright Society of the USA (New York)
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (Karlsruhe)
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics (Chicago)
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
K&R	Zeitschrift Kommunikation und Recht (München)
Kap.	Kapitel
KassGer	Kassationsgericht
KG	Kammergericht (Deutschland)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1) = URG

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

LG	Landgericht (Deutschland)
lit.	litera
LLC	Limited Liability Company
LU	Kanton Luzern
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen (Lugano-Übereinkommen) vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
m.E.	meines Erachtens
medialex	Zeitschrift für Medienrecht (Bern)
Mio.	Millionen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n	neu
N	Note
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review (Chapel Hill)
N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L.	New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law (New York)
Nw. J. Tech. & Intell. Prop.	Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property (Chicago)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
öUrhG	Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst und über verwandte Schutzrechte(Urheberrechtsgesetz) vom 9. April 1936 (Österreich)
OGer	Obergericht
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal (Columbus)
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz) vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
PI	propriété intellectuelle

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pitt. J. Tech. L. & Pol'y	Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy (Pittsburgh)
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics (Santa Monica)
RBÜ	Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und der Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (SR 0.231.15)
resp.	respektive
Rev.	Revision
Rn.	Randnummer/Randnote
Rom-Abkommen	Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, abgeschlossen in Rom am 26. Oktober 1961 (SR 0.231.171)
Rutgers U.L. Rev.	Rutgers University Law Review (Camden)
Rz.	Randziffer
SHK	Stämpfli Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
sog.	sogenannt
SUISAinfo	Mitgliederzeitschrift der SUISA (Zürich)
Tex. L. Rev.	Texas Law Review (Austin)
ToG	Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (Topographiegesetz) vom 9. Oktober 1992
TRIPS	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20)
U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y	University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy (Champaign)
U. Miami Ent. & Sports L. Rev.	University of Miami Entertainment and Sports Law Review (Miami)

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

U. Penn. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Philadelphia)
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review (Pittsburgh)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
Urheberrechts-RL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. 2001, L 167/10)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965 (Deutschland)
UrhWissG	Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz) vom 30. Juni 2017 (Deutschland)
US/USA	United States of America
U.S.	United States of America; United States Reports (amtliche Entscheidsammlungen des Supreme Court)
U.S.C.	United States Code
U.S. Const.	Constitution of the United States of America
USD	United States Dollar
v.	versus
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review (Nashville)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review (Lexington)
WCT	WIPO Copyright Treaty (WIPO-Urheberrechtsvertrag) vom 20. Dezember 1996 (SR 0.231.151)
WIPO	World Intellectual Property Organization (Genf)
WiVerw	Zeitschrift Gewerbearchiv, Beilage Wirtschaft und Verwaltung (München)

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

WPPT	WIPO Performance and Phonograms Treaty (WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger) vom 20. Dezember 1996 (SR 0.231.171.1)
WTO	World Trade Organization (Genf)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
Zit.	zitiert
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Baden-Baden)

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einleitung

I. Problemaufriss

Das Urheberrecht als Teilbereich des Immaterialgüterrechts schützt Werke der Literatur und Kunst. Diese urheberrechtlich geschützten Werke können auf vielseitige Weise genutzt werden. Sie können etwa vervielfältigt oder öffentlich zugänglich gemacht werden; sie können aber auch geändert oder bearbeitet werden. Letztere Nutzungshandlung – die Nutzungshandlung des Bearbeitens – ist Gegenstand der vorliegenden Abfassung.

Wird ein Werk wie beispielsweise ein Lied, eine Fotografie oder ein Film bearbeitet, so entsteht daraus ein neues Werk, das auf dem vorbestehenden Werk aufbaut – dieses neu geschaffene Werk wird vorliegend als sog. sequenzielle Innovation[1] bezeichnet. Das Phänomen sequenzieller Innovation ist nichts Neuartiges,[2] haben doch bereits die Beatles vorbestehende Klänge mit Hilfe des Mellotrons[3] imitiert.[4] Schon Johann Wolfgang von Goethe hat bereits im Jahr 1832 Folgendes festgestellt:

> *Im Grunde sind wir alle kollektive Wesen [...]. Wir müssen alle empfangen und lernen, sowohl von denen, die vor uns waren, als von denen, die mit uns sind.*[5]

Das Phänomen hat allerdings mit dem Aufkommen neuer Technologien erheblichen Aufwind bekommen. So haben etwa die Digitalisierung, das Internet und die dadurch beflügelte Mitmachkultur[6] dazu geführt, dass heute urheberrechtlich geschützte Werke leicht zugänglich sind und ebenso leicht bearbeitet werden können. Ist die sequenzielle Innovation erst mal geschaffen, so ist es wiederum ein Leichtes, diese öffentlich zugänglich zu machen oder anderweitig zu verwenden. Während früher die Bearbei-

---

1 Siehe zum Begriff der sequenziellen Innovation sogleich.
2 Vgl. etwa Merton, 7 f., 19 ff.; Krusemarck, 10; Laux, sic! 2008, 462, 465; Stiglitz, 308, 312; siehe zudem ausführlich dazu Hoffmann-Riem, 437 ff.
3 Das Mellotron ist ein Tasteninstrument, das Magnettonbänder wiedergibt und dadurch Klänge erzeugt, siehe Wegener, Musik und Recht, 329.
4 Wegener, Musik und Recht, 329.
5 Goethe, 683; ebenfalls zitiert in Hansen, 56.
6 Krusemarck, 12; Lessig, 51 ff., spricht auch von der wiederbelebten *Read/Write*-Kultur.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung einer analogen Fotografie, um ein Beispiel zu nennen, nur durch relativ aufwendige Labortechniken erstellt werden konnte, so kann heute ein digitales Foto mit Hilfe entsprechender Software durch wenige Klicks dupliziert und umgestaltet werden. Das Internet bietet sodann zeit- und kostengünstige Wege, um das umgestaltete Foto öffentlich zugänglich zu machen. Musiklieder, als weiteres Beispiel, mussten stets durch eigenhändiges Komponieren und Einspielen der einzelnen Tonsequenzen analog erstellt werden. Heute können bereits bestehende Kompositionen und Tonaufnahmen (resp. deren binäre Zahlenwerte) digital vervielfältigt und unverändert oder verändert in das neue Lied eingespielt werden. Auch hier bietet das Internet wiederum zeit- und kostengünstige Lösungen, um das neue Lied öffentlich zugänglich zu machen.

Diese durch neue Technologien geschaffenen Nutzungsmöglichkeiten verursachen im Urheberrecht der Schweiz (wie auch in anderen Urheberrechtsordnungen) allerdings ein Problem: Das URG weist dem Urheber eines Werks in einem gewissen Bereich ein ausschliessliches Bearbeitungsrecht zu. Der erleichterte Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken sowie das erleichterte Bearbeiten derselben führen dazu, dass dieses dem Urheber[7] ausschliesslich zustehende Recht oftmals von Werknutzern[8] missachtet wird, indem sie sequenzielle Innovation schaffen und verwenden, ohne dazu berechtigt zu sein.[9] Diese rege Missachtung ist Indiz dafür, dass das URG die Interessen der Urheber und Werknutzer nicht mehr angemessen auszugleichen vermag. Ebendieser Ausgleich der Interessen ist allerdings Aufgabe des Urheberrechts, denn nur dann, wenn die Interessen aller Werkschöpfer – seien dies Schöpfer von unabhängigen Werken oder

7 Urheber ist gemäss Art. 6 URG die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat. An dieser Stelle ist anzumerken, dass in der vorliegenden Abfassung aus Gründen der Leserfreundlichkeit ausschliesslich die männliche Form verwendet wird; die weibliche Form ist darin allerdings stets miteingeschlossen.

8 Der Begriff des Nutzers resp. Werknutzers ist im URG zwar nicht definiert, er kommt aber etwa in Art. 22b Abs. 2 URG oder in Art. 51 Abs. 1 E-URG vor. Damit ist die natürliche Person gemeint, die ein urheberrechtlich geschütztes Werk verwendet.

9 Siehe dazu auch Lohri-Kerekes, Rz. 42 ff., 54 f. Dank neuen Technologien ist das sequenzielle Innovieren auch für Urheber leichter. Dies stellt allerdings kein urheberrechtliches Problem dar, da einem Urheber keine fremden Urheberrechte entgegenstehen, wenn er auf seinen eigenen, vorbestehenden Werken aufbaut, um sequenzielle Innovation zu schaffen und diese zu verwenden. Die vorliegende Abfassung beschränkt sich daher auch auf die sequenzielle Innovation von Werknutzern.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von sequenzieller Innovation – zum Ausgleich gebracht werden, kann auch kultureller Fortschritt erreicht werden.[10]

Mit der aktuellen Urheberrechtsrevision, mit der das schweizerische Urheberrecht modernisiert und an das Internetzeitalter angepasst werden soll, wird das Ungleichgewicht zwischen den Interessen der Urheber und der Werknutzer hinsichtlich gewisser Verwendungsrechte angegangen.[11] Hinsichtlich des Bearbeitungsrechts vermag die Revision allerdings erwartungsgemäss keine Änderung herbeizuführen. Insbesondere deshalb ist die vorliegende Abfassung dem Bearbeitungsrecht und dem damit zusammenhängenden Problem des Interessenungleichgewichts gewidmet. Das Ziel ist es, ebendiesem Ungleichgewicht auf den Grund zu gehen und mögliche Lösungsansätze für einen angemessenen Interessenausgleich aufzuzeigen. Sollte ein entsprechender Ausgleich nicht bald hergestellt und dadurch der kulturelle Fortschritt wieder angetrieben werden, so dürfte Philipp Krusemarcks Provokation bestärkt werden, mit der er fragt:

> *Ist das Urheberrecht nur noch ein Klotz am Bein der neuen Kreativen?*[12]

II. Zum Begriff der sequenziellen Innovation

Der Begriff der *sequenziellen Innovation*[13] findet seine Inspiration im Patentrecht und setzt sich aus den zwei Begriffsteilen *Sequenz* und *Innovation* zusammen. Unter *Sequenz* wird eine Aufeinanderfolge von etwas Gleichartigem verstanden.[14] Die Art des gleichsam aufeinander Folgenden spielt

---

10 Siehe zum kulturellen Fortschritt als Ziel des Urheberrechts Rehbinder/Viganò, Art. 1 URG N 4; siehe für Deutschland Schricker, GRUR 1992, 242 ff.; siehe auch für die U.S.A. die U.S. Const. art. I § 8 cl. 8: „*The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.*"; vgl. auch Cohen/Loren/Okediji/O'Rourke, 6. Als primäres Ziel des Urheberrechts gilt der Schutz des geistigen Eigentums, siehe dazu Rehbinder/Viganò, Art. 1 URG N 3.

11 Vgl. dazu die Botschaft, BBl 2018 591 ff., die der Bundesrat Ende 2017 den Räten unterbreitet hat. Darin ist insbesondere eine Schranke zur Verwendung von Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung vorgesehen (Art. 24d E-URG). Des Weiteren ist geplant, eine erweiterte Kollektivlizenz in das URG einzuführen (Art. 43a E-URG), siehe dazu allerdings Fn. 326.

12 Krusemarck, 13.

13 Bessen/Maskin, 40 RAND J.Econ. 611, 612, 619 ff. (2009).

14 Vgl. Bessen/Maskin, 40 RAND J.Econ. 611, 612 (2009).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dabei keine Rolle, wird der Begriff *Sequenz* doch in verschiedenen Bereichen mit vergleichbarer Bedeutung verwendet.[15]

Unter *Innovation* wird gemeinhin etwas *Neues* verstanden, das sich von bereits Bekanntem qualitativ abhebt. Über die präzise Bestimmung des Begriffs der *Innovation* besteht allerdings Uneinigkeit.[16] Es scheint zunächst unklar, welcher Grad die Neuheit erreichen muss, um als *Innovation* zu qualifizieren.[17] Des Weiteren fehlt eine Auseinandersetzung mit dem, was *neu* ist.[18] Da dem Begriff der *Innovation* im allgemeinen Sprachgebrauch eine technologische Assoziation anhaftet, scheint sich die Neuheit nach rein technologischen Massstäben zu bestimmen.[19] Insbesondere für den Bereich des Patentrechts, welcher die Begrifflichkeit der *sequenziellen Innovation* hervorbrachte, scheint sich dieses Erfordernis der Technizität zu bewahrheiten, sind doch Erfindungen Gegenstand der Innovation im Patentrecht[20] und wird daher mit *sequenzieller Innovation* Bezug genommen auf Erfindungen, welche auf zeitlich vorangegangene Erfindungen folgen, wobei sich die zeitlich zweite Erfindung die zeitlich erste Erfindung zu Nutze macht.[21]

Die Übertragung der Begrifflichkeit der *sequenziellen Innovation* ins Urheberrecht scheint in Anbetracht der technologischen Assoziation unpassend.[22] Die inhärente Assoziation des Begriffs der *Innovation* mit etwas Technischem ist jedoch nicht semantisch begründet, lässt der lateinische Begriff *innovatio* doch jegliche technische Komponente vermissen.[23] Viel eher wird der Begriff mit *Erneuerung* oder *Veränderung* übersetzt und lässt

---

15 Zu denken ist dabei insbesondere an den Bereich der Musik (Sequenz als Wiederholung eines musikalischen Motivs auf einer anderen Tonstufe in derselben Stimme, vgl. dazu Dobretsberger, 30) oder den Bereich der Molekularbiologie (DNA-Sequenz als Reihenfolge von gleichartigen Einzelelementen (sog. Basen) in einem DNA-Molekül, vgl. dazu Zwiker-Stöckli, 50 f.).

16 Hoffmann-Riem, 23, führt diese Uneinigkeit darauf zurück, dass eine Innovation kein objektivierbares Phänomen ist und es daher wesentlich darauf ankommt, aus welchem Blickwinkel das „Neue" betrachtet wird; siehe auch Hauschildt, 29 ff.; Metzger/Zech/Zech/Uhrich, Vor § 1 PatG N 3 (Fn. 3) m.w.N.

17 Zur Frage des Ausmasses der Neuheit, der Wahrnehmung der Neuheit sowie der Erstmaligkeit der Neuheit vgl. Hauschildt, 29, 30 ff.

18 Siehe Hauschildt, 29, 33 ff.; Hoffmann-Riem, 23 ff.

19 Hauschildt, 29, 33.

20 Siehe dazu und zum Begriff der Erfindung generell Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 17 ff., 23 ff.

21 Krusemarck, 8 f.

22 Vgl. Hauschildt, 29, 33.

23 Vgl. Hansen, 128.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

damit Raum für dessen Anwendung insbesondere im künstlerischen Bereich.[24]

Dieser Raum wird in der vorliegenden Arbeit ausgenutzt und der Begriff der *sequenziellen Innovation* damit – trotz seiner technologischen Assoziation – ins Urheberrecht übernommen.[25] Mit dieser Übernahme wird eine Annäherung an das Patentrecht angestrebt, das für sequenzielle Innovation grundsätzlich Raum lässt und damit die innovative Tätigkeit anzukurbeln weiss (vgl. Art. 36 PatG).[26] Das Urheberrecht soll diesem Beispiel folgen.

Mit *sequenzieller Innovation* im Urheberrecht wird Bezug genommen auf Werke der Literatur und Kunst, die auf zeitlich vorangegangene Werke folgen, wobei sich das zeitlich zweite Werk das zeitlich erste Werk zu Nutze macht. Dieses Phänomen der sequenziellen Innovation ist zwar kein neuartiges; es erfuhr allerdings mit dem Technologiezeitalter erheblich an Aufwind resp. wurde erst durch neue Technologien im heute bekannten Ausmass möglich.[27]

Das schweizerische URG unterscheidet basierend auf den bestehenden Schutzgrenzen und Schrankenbestimmungen zwischen drei verschiedene Kategorien von sequenzieller Innovation: die freien Benutzungen,[28] die

---

24 Hoffmann-Riem, 24 f. m.w.N.; siehe auch Hansen, 128. Der Begriff der Innovation wird aber auch in den Bereichen der Wirtschaft oder der Gesellschaft verwendet, siehe Hoffmann-Riem, 24 f. m.w.N. Aus wirtschaftlicher Sicht wird damit etwa Bezug genommen auf neue ökonomische Orientierungen wie diejenige auf Markterfolg oder Gewinn; aus gesellschaftlicher Sicht wird damit etwa Bezug genommen auf neue Formen sozialer Teilhabe oder sozialer Integration, siehe Hoffmann-Riem, 24 f. m.w.H.

25 Hansen, 126 ff., lehnt es hingegen ab, den Innovationsbegriff auf das Urheberrecht zu übertragen, da das Urheberrecht – zumindest nach einem postmodernistischen Kunstverständnis – nicht darauf abzielt, einen Fortschritt und damit die Schaffung von etwas Neuem zu erreichen.

26 Siehe dazu statt vieler Heinrich, Art. 36 PatG N 1 ff.

27 Vgl. dazu Hoffmann-Riem, 438 ff.

28 Freie Benutzungen als Kategorie sequenzieller Innovation sind dem URG nicht explizit zu entnehmen, sondern lediglich implizit darin enthalten, vgl. dazu Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 282; BGE 85 II 120, E. 8; im deutschen Recht sind freie Benutzungen explizit im Gesetz vorgesehen, siehe § 13 Abs. 1 UrhG.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Parodien[29] und die Bearbeitungen[30].[31] Wird im Urheberrecht von Bearbeiten resp. vom Bearbeitungsrecht gesprochen, so ist damit das Recht gemeint, sequenzielle Innovation zu schöpfen.[32] Wird auf vorangegangenen Werken aufgebaut, dadurch aber kein neues Werk, sondern lediglich eine Änderung des vorangegangenen Werkes geschaffen, so liegt nicht eine sequenzielle Innovation, sondern bloss eine sequenzielle Schöpfung ohne notwendige Schöpfungshöhe vor, die urheberrechtlich nicht selbständig geschützt ist.[33]

III. Fragestellung

Die Frage Krusemarcks,[34] ob das Urheberrecht ein Klotz am Bein des neuen Kreativen ist, bildet den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit. Es wird gefragt, wie sequenzielle Innovation von Werknutzern *de lege lata* vom schweizerischen Urheberrecht behandelt wird (2. Teil). Es kann vor-

---

29 Vgl. Art. 11 Abs. 3 URG.

30 Vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. b URG, wobei das Urheberrechtsgesetz den Begriff „Werk zweiter Hand" verwendet, siehe zu dieser Begrifflichkeit aber Kapitel 1: II.2.3.

31 Siehe detailliert zu den einzelnen Kategorien sequenzieller Innovation und zu deren rechtlichen Behandlung Kapitel 1: II.2. sowie Kapitel 4 und Kapitel 5. Sammelwerke gemäss Art. 4 URG stellen keine sequenzielle Innovation dar, bauen diese doch nicht im eigentlichen Sinne auf vorbestehenden Werken auf. Viel eher lassen sie die verwendeten Werke unangetastet bestehen und ziehen ihre eigene Individualität aus dem, was um die verwendeten Werke herumliegt; man könnte auch von einem *Zusammenschnüren* von Werken sprechen. Auch das sog. Zitatmedium – die Schöpfung, die ein vorbestehendes Werk zitiert – stellt keine sequenzielle Innovation und insbesondere keine Bearbeitung dar, siehe dazu CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 4; vgl. auch Gasser/Morant, sic! 2006, 229, 234 m.w.H. zum Werkcharakter des Zitatmediums; siehe dazu auch Morant, 99 ff.; Salagean, 141 (Fn. 894); siehe zudem für Deutschland Dreier/Schulze/Dreier, § 51 UrhG N 7 m.w.N. Dieses Zitatmedium muss schliesslich vom vorbestehenden Werk unabhängig sein. Unter dem Zitat gemäss Art. 25 URG wird grundsätzlich die originalgetreue Wiedergabe von geschützter, fremder Werksubstanz unter Nennung der Quelle verstanden, siehe dazu Gasser/Morant, sic! 2006, 229, 234. Leichte Veränderungen des Zitats im Rahmen des Zitatzwecks sind allerdings zulässig, siehe dazu Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 145. Wird nun das Zitat nicht wortgetreu wiedergegeben, so kann nicht immer einfach zwischen dem Zitat nach Art. 25 URG und der Bearbeitung nach Art. 3 URG unterschieden werden, siehe dazu CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 4.

32 Siehe ausführlich dazu Kapitel 1: II.3.

33 Siehe dazu Kapitel 1: II.1.

34 Krusemarck, 13; siehe Einleitung hiervor.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weggenommen werden, dass diese Untersuchung zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt. Im Anschluss wird deshalb gefragt, wie sequenzielle Innovation von Werknutzern künftig behandelt werden sollte, wobei Lösungen in extensiver Auslegung *de lege lata* (3. Teil) und in Vorschlägen *de lege ferenda* (4. Teil) gesucht werden. Das Ziel der Arbeit ist es, einen Weg zu finden, wie das Urheberrecht den kulturellen Fortschritt auch im 21. Jahrhundert ermöglichen und sich damit vom vermeintlichen Klotz am Bein des neuen Kreativen zu dessen Gehstock entwickeln kann.

IV. Gang der Untersuchung und Eingrenzung

Um der beschriebenen Fragestellung nachzugehen, analysiert die vorliegende Untersuchung die Rechtsordnung der Schweiz. Wenn angezeigt, werden Erkenntnisse und Ansätze aus Deutschland und den USA ebenfalls berücksichtigt.

In einem 1. Teil wird das Phänomen der sequenziellen Innovation kurz dargestellt. Dazu werden die dafür relevanten urheberrechtlichen Grundlagen erörtert und die drei verschiedenen Kategorien sequenzieller Innovation sowie das Bearbeitungsrecht im Detail vorgestellt (Kapitel 1). Daraufhin wird untersucht, wie diese drei Kategorien sequenzieller Innovation aus einer rein wirtschaftlichen Sichtweise betrachtet urheberrechtlich behandelt werden müssten (Kapitel 2). Den 1. Teil abschliessend wird festgehalten, dass aus wirtschaftlicher Sicht dem Werknutzer ein Recht[35] zur Erstellung und Verwendung von freien Benutzungen und Parodien sowie zur Erstellung von Bearbeitungen zustehen sollte, während dem Urheber das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen – in der Form eines Entschädigungsrechts – zustehen sollte (Kapitel 3).

Nachdem das Fundament gelegt ist, wird in einem 2. Teil untersucht, wie das Phänomen der sequenziellen Innovation *de lege lata* vom schweizerischen Urheberrecht behandelt wird. Es wird dabei zunächst untersucht, inwiefern dem Urheber ein Bearbeitungsrecht zusteht (Kapitel 4) und ob auch dem Werknutzer in gewissen Bereichen ein solches Recht zukommt

35 Im Rahmen der wirtschaftlichen Analyse wird noch losgelöst vom naturrechtlichen Rechtsbegriff Bezug genommen auf ein *Recht* des Werknutzers. Siehe dann allerdings im Rahmen der Analyse *de lege lata* unter Kapitel 5: I. die Ausführungen zur Frage, ob dem Werknutzer ein echtes Naturrecht – also ein subjektives Recht – zusteht oder bloss ein rechtlich geschütztes Interesse, das von einem Teil der Lehre auch als objektives Recht bezeichnet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(Kapitel 5); anschliessend wird geprüft, wie das Bearbeitungsrecht durchgesetzt wird (Kapitel 6). Der 2. Teil schliesst mit dem Zwischenergebnis, dass zwei Kategorien sequenzieller Innovation – Parodien und freie Benutzungen – bereits in wirtschaftlich effizienter Weise behandelt werden, während die dritte Kategorie sequenzieller Innovation – die Kategorie der Bearbeitungen – nicht durchwegs wirtschaftlich effizient ausgestaltet wird (Kapitel 7).

Aufgrund der Erkenntnisse aus dem 2. Teil wird in einem 3. Teil nach einem Weg gesucht, wie die dritte Kategorie der Bearbeitungen basierend auf dem geltenden Recht effizient behandelt werden könnte. Dabei wird untersucht, ob eine extensive Auslegung der Parodieschranke (Kapitel 8) oder aber eine extensive Auslegung der Zitatschranke (Kapitel 9) zielführend ist. Im Zwischenergebnis zum 3. Teil wird festgestellt, dass keiner der beiden Vorschläge zu einer wirtschaftlich effizienten Lösung führt (Kapitel 10).

Da das geltende Recht weder in seiner derzeitigen noch in einer extensiveren Auslegung zu einem wirtschaftlich effizienten Ergebnis führt, wird in einem 4. und letzten Teil nach Wegen gesucht, wie Bearbeitungen durch die Einführung neuer Schranken *de lege ferenda* effizient ausgestaltet werden könnten. Im Zentrum steht dabei der Vorschlag einer Schranke für kreative Bearbeitungen (Kapitel 11); des Weiteren wird aber auch die Möglichkeit geprüft, eine Schrankengeneralklausel (Kapitel 12) und eine Schranke für nichtkommerziellen Gebrauch (Kapitel 13) einzuführen. Im Anschluss wird auf die Grenzen hingewiesen, die einer nationalen Lösung anhaften (Kapitel 14). Zum Abschluss der Arbeit wird festgehalten, dass der Vorschlag einer Schranke für kreative Bearbeitungen (in der dargelegten oder in vergleichbarer Form) – insbesondere dann, wenn internationale Bestrebungen in dieselbe Richtung steuern – das Urheberecht in das 21. Jahrhundert führen könnte, würde diese Schranke doch den kulturellen Fortschritt anregen und den vermeintlichen Klotz am Bein des neuen Kreativen entfernen (Kapitel 15).

Während die vorliegende Untersuchung wie dargelegt das Urheberrecht zum Gegenstand hat, so bleiben die mit den Urheberrechten verwandten Schutzrechte – die sog. Leistungsschutzechte – grundsätzlich aussen vor. Sofern im 3. und 4. Teil der vorliegenden Abfassung allerdings Lösungsvorschläge *de lege lata extensa* und *de lege ferenda* untersucht werden, sind die Leistungsschutzrechte insofern davon betroffen, als dass ebendiese Lösungsvorschläge – sollten sie Einzug in das schweizerische Urheberrecht finden – über Art. 38 URG auf Leistungsschutzrechte sinngemäss anwendbar wären.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die vorliegende Abfassung legt zudem einen Fokus auf die urheberrechtlich geschützten Werke der Musik (Art. 2 Abs. 2 lit. b URG), sind diese Werke doch von grosser praktischer Relevanz im Zusammenhang mit dem Phänomen sequenzieller Innovation und besteht diesbezüglich nicht nur eine gewisse Rechtsunsicherheit, sondern auch mangelndes Unrechtsbewusstsein in weiten Bevölkerungsgruppen.[36] Andere Werkkategorien wie insbesondere Sprachwerke (Art. 2 Abs. 2 lit. a URG), Werke der bildenden Kunst (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG) oder Werke der Fotografie (Art. 2 Abs. 2 lit. g URG) werden punktuell auch erwähnt und sind im Gesagten miteingeschlossen. Dasselbe gilt grundsätzlich für Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen (Art. 2 Abs. 2 lit. d URG) sowie für Computerprogramme (Art. 2 Abs. 3 URG), wobei die in der vorliegenden Abfassung vorgebrachten Lösungsvorschläge für diese Werke nur bedingt gelten können. Diese bloss bedingte Geltung ergibt sich daraus, dass sich der individuelle Charakter ebendieser Werke primär über technische und nicht – wie bei den schöngeistigen Werken – über künstlerisch-kreative Elemente definiert.

Nicht berücksichtigt werden Werke der Baukunst (Art. 2 Abs. 2 lit. e URG), ergeben sich doch bei sequenzieller Innovation von ebensolchen Werken der Baukunst Besonderheiten hinsichtlich ihrer rechtlichen Behandlung; dies insbesondere deshalb, weil dem Eigentümer eines Bauwerks gemäss Art. 12 Abs. 3 URG grundsätzlich das Recht zusteht, das Bauwerk umzugestalten.[37] Dies stellt – wie sich in der vorliegenden Abfassung zeigen wird – eine Besonderheit dar, stehen doch die entsprechenden

---

36 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 329 ff.; Salagean, 1, 61 ff.; vgl. für Deutschland etwa OLG Hamburg, 31. Oktober 2012, 5 U 37/10 (Goldrapper), GRUR-RS 2013, 15675; vgl. auch BGH, 1. Juni 2017, I ZR 115/16 (Metall auf Metall), GRUR 2017, 895 ff., zum Fall 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 allerdings ausschliesslich die Verletzung von Leistungsschutzrechten; vgl. dazu statt vieler Ohly, GRUR 2017, 964 ff.; Apel, K&R 2017, 563 ff.; ders., 237 ff.; vgl. für die USA etwa Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 410 F.3d 792, 798 ff. (6d Cir. 2005); VMG Salsoul, LLC. v. Ciccone, 824 F.3d 871, 885 ff. (9d Cir. 2016), wobei es in beiden Fällen ausschliesslich um die Recht an den Tonaufnahmen ging; vgl. auch Harper, 39 Hofstra L. Rev. 405, 410, 438 (2011); Lieberman, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 132 (2016).

37 Vgl. Art. 12 Abs. 3 URG; siehe dazu Barrelet/Egloff, Art. 12 URG N 15 ff. m.w.H.; siehe zudem BGE 117 II 466, E. 5.a f.; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 12 URG N 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechte bei musikalischen, literarischen oder anderen Werken grundsätzlich dem Urheber zu.[38] Aufgrund dieser Besonderheiten im rechtlichen Umgang bleiben Werke der Baukunst in der vorliegenden Abfassung ausgeklammert.[39]

V. Forschungsstand

Die schweizerische Lehre hat sich bislang bloss vereinzelt mit sequenzieller Innovation und insbesondere mit der Frage des effizienten Umgangs mit Bearbeitungen auseinandergesetzt. Zu nennen sind aber immerhin Poto Wegener und Emil Salagean, welche die urheberrechtliche Behandlung von sog. *Sound Samplings*[40] resp. vom sog. *Remix*[41] betrachtet haben – in beiden Fällen handelt es sich regelmässig um musikalische Bearbeitungen. Sie haben dabei festgestellt, dass weder die Parodie- oder die Zitatschranke, noch andere im URG vorgesehene Schrankenbestimmungen oder Schutzgrenzen musikalische Bearbeitungen in der Regel zu erfassen vermögen.[42] Sie kamen daher zum Schluss, dass ebendiese musikalischen Bearbeitungen gemäss dem schweizerischen Urheberrecht oftmals nur verwendet werden können, wenn die Urheber der verwendeten Werke dazu einwilligen.[43] Die Untersuchungen Wegeners und Salageans beschränken sich auf die Analyse der geltenden Rechtslage, ohne diese zu werten oder einen anderweitigen Umgang *de lege ferenda* aufzuzeigen.

Im Vergleich zur schweizerischen Lehre haben sich insbesondere die deutsche und die U.S.-amerikanische Lehre intensiver mit der vorliegenden Forschungsfrage auseinandergesetzt. Für Deutschland sind etwa die Werke von Philipp Krusemarck, Achim Förster und Manuel Kleinemenke prägend; für die U.S.A. hat Peter Menell wesentlich auf den derzeitigen Forschungsstand eingewirkt. Krusemarck analysiert – ähnlich wie Wege-

38 Siehe Kapitel 1: II.3.

39 Siehe allerdings zu Werken der Baukunst ausführlich Carron/Kraus/Krüsi/Férolles, 51 ff.; siehe zum deutschen Recht Zentner, 32 ff.; siehe zum deutschen und zum U.S.-amerikanischen Recht Fröhlich, passim.

40 Siehe zur Bedeutung des sog. *Sound Samplings* Kapitel 1: II.2.3. (insbesondere Fn. 161).

41 Siehe zur Bedeutung des sog. *Remix* Kapitel 1: II.2.3. (insbesondere Fn. 162).

42 Siehe Wegener, Musik und Recht, 359 ff., 382 ff.; ders., Sound Sampling, 253 ff., 293 ff.; Salagean, 137 ff., 144.

43 Siehe Wegener, Musik und Recht, 348 ff., 381 ff.; ders., Sound Sampling, 171 ff., 192 ff.; Salagean, 132 ff., 144.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ner und Salagean – den urheberrechtlichen Umgang mit Bearbeitungen und kommt dabei zum Schluss, dass die geltende Rechtslage der Innovation abträglich ist.[44] Er nennt sodann die Einführung einer gesetzlichen Lizenz für Bearbeitungen als mögliche Lösungsalternative, belässt es allerdings bei ebendieser Nennung, ohne den Vorschlag weiter zu untersuchen.[45] Förster und Kleinemenke erkennen ebenfalls, dass das geltende Urheberrecht revisionsbedürftig ist.[46] Sie prüfen sodann die Einführung einer Schrankengeneralklausel als mögliche Lösungsalternative im Detail;[47] weitere Lösungsalternativen ziehen sie hingegen nicht resp. nur im Ansatz in Betracht.[48]

Schliesslich nimmt sich Menell für das U.S.-amerikanische Urheberrecht der vorliegenden Forschungsfrage an und kritisiert – wie Förster und Kleinemenke – den der Innovation abträglichen Umgang mit dem sog. *Remix*[49].[50] Er schlägt dabei vor, eine gesetzliche Lizenz einzuführen, macht dies allerdings aus einem rein U.S.-amerikanischen Blickwinkel, beschränkt seinen Vorschlag auf *Remixe* und berücksichtigt dabei insbesondere die Konsequenzen für Urheberpersönlichkeitsrechte nur in ungenügender Weise.[51]

Die vorliegende Untersuchung greift die Erkenntnisse der genannten Werke auf und macht sich diese für das schweizerische Urheberrecht zu Nutze. Der hinsichtlich der vorliegenden Forschungsfrage bereits seit einer Weile ruhende Diskurs im schweizerischen Urheberrecht soll dadurch angeregt und der Forschungsstand damit weiterentwickelt werden.

---

44 Krusemarck, 192 ff., 305 ff., 375 f., 379 ff.
45 Krusemarck, 382.
46 Förster, 212 f.; Kleinemenke, 519 ff.
47 Förster, 213 ff.; Kleinemenke, 519 ff.
48 Vgl. Förster, 213 ff., 216 ff.; Kleinemenke, 519 ff.
49 Siehe zur Bedeutung des sog. *Remix* Kapitel 1: II.2.3. (insbesondere Fn. 162).
50 Siehe Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 464 ff. (2016).
51 Siehe Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 488 ff., 506 ff. (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Teil: Das Phänomen sequenzieller Innovation

Der 1. Teil der vorliegenden Abfassung widmet sich dem Phänomen der sequenziellen Innovation. Dabei werden zunächst die notwendigen urheberrechtlichen Grundlagen erläutert, wobei insbesondere die drei Kategorien sequenzieller Innovation – die freien Benutzungen, die Parodien und die Bearbeitungen – vorgestellt werden und das Bearbeitungsrecht in all seinen Facetten dargelegt wird (Kapitel 1). Darauf folgt eine wirtschaftliche Analyse der drei Kategorien sequenzieller Innovation (Kapitel 2). Ziel dieser wirtschaftlichen Analyse ist es erstens zu eruieren, wem aus wirtschaftlicher Sicht das Bearbeitungsrecht – also das Recht, freie Benutzungen, Parodien und Bearbeitungen zu erstellen und diese zu verwenden – zuzuweisen ist. Zweitens soll aus der Analyse hervorgehen, wie das zugewiesene Recht wirtschaftlich effizient auszugestalten ist. Abschliessend werden die Ergebnisse des 1. Teils zusammengefasst (Kapitel 3).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 1: Urheberrechtliche Grundlagen

Im vorliegenden Kapitel werden die urheberrechtlichen Grundlagen dargelegt, die für das Verständnis der darauffolgenden Kapitel relevant sind. Dabei werden zunächst ganz allgemeine urheberrechtliche Grundlagen erläutert, wobei auf die Rechtfertigung und den Schutzgegenstand des Urheberrechts sowie auf die Schutzvoraussetzungen von Werken grob eingegangen wird. Zum Abschluss der allgemeinen Ausführungen wird auf die Frage eingegangen, ob nur ganze Werke oder auch Werkteile urheberrechtlich geschützt sind. Letztere Frage ist vorliegend besonders relevant, da bei der sequenziellen Innovation von Werken regelmässig nicht das ganze Werk, sondern nur Teile davon verwendet werden. Im Anschluss werden die spezifischen urheberrechtlichen Grundlagen dargelegt, die für das Phänomen sequenzieller Innovation von Relevanz sind. Dabei wird zunächst die Frage beantwortet, unter welchen Umständen sequenzieller Innovation Werkcharakter zukommt. Daraufhin wird auf die drei Kategorien sequenzieller Innovation sowie auf das Bearbeitungsrecht im Detail eingegangen; letzteres bildet den Dreh- und Angelpunkt im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit sequenzieller Innovation.

I. Im Allgemeinen

1. Rechtfertigung des Urheberrechts

Das Urheberrecht steckt in einer Legitimationskrise.[52] Während die Einführung des urheberrechtlichen Schutzes ursprünglich dadurch begründet wurde, dass die schöpferische Tätigkeit des Urhebers, aus der ein Werk der Literatur und Kunst entsprang, Ausfluss seiner Persönlichkeit[53] und damit

52 Hansen, 1 f, 40.

53 Mit dem Persönlichkeitsbegriff im urheberrechtlichen Sinne wird Bezug genommen auf das geistige Band zwischen dem Urheber und seinem Werk, siehe zum Urheberpersönlichkeitsbegriff Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 108 ff.; SHK-URG/Hug, Art. 9 URG N 6 ff.; vgl. zudem Kapitel 11: IV.7. Nach der h.L. geht das Urheberpersönlichkeitsrecht als *lex specialis* dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht von Art. 27 und 28 ZGB vor, so etwa SHK-URG/Hug, Art. 9 URG N 7; Cherpil-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besonders schutzbedürftig ist,[54] vermag diese Begründung heute nicht mehr zu überzeugen.[55] Die Gründe dafür sind mannigfaltig. Zum einen ist es dank diversen technischen Errungenschaften heute oftmals einfacher, Werke zu erstellen.[56] Beispielsweise hat die Digitalisierung und die Erfindung des sog. *Samplers*[57] die Schöpfung von Werken der Musik erleichtert, da dadurch bereits bestehende Klänge ohne erneutes Einspielen und ohne Qualitätsverlust wiederverwendet werden können.[58] Dies kann zu einer gelockerten Urheber/Werk-Beziehung führen, da die für das neue Werk verwendeten Klänge nicht zwingend eigens eingespielte sein müssen, sondern auch von fremden Werken übernommen werden können, womit sie nicht mehr Ausdruck der eigenen Persönlichkeit sind. Zum anderen werden die Voraussetzungen für den urheberrechtlichen Schutz stetig gesenkt, womit die Interessen der Werknutzer abgewertet werden und der Interessenausgleich zwischen Urheber und Werknutzer ins Schwanken gerät.[59] Hinzu kommt, dass Urheberrechte vertraglich ohnehin regelmässig auf derivative Rechtserwerber – sog. Werkmittler wie insbesondere Arbeitgeber oder Verleger – übertragen werden,[60] sodass der Schutz nur noch selten dem Urheber zukommt.[61]

Moderne Rechtfertigungsversuche gehen daher über die Urheber/Werk-Beziehung hinaus.[62] Während die Rechtfertigungsversuche unterschiedliche Ausprägungen annehmen,[63] so haben viele davon zweierlei gemein: Sie bauen auf wirtschaftlichen Grundsätzen und darauf auf, Anreize zu

---

lod, SIWR II/1, Rz. 111; de Werra, Rz. 30; Riemer, sic! 1999, 103, 108; a.M. Barrelet/Egloff, Art. 9 URG N 4 m.w.H.; Salvadé, medialex 1998, 92, 97.

54 Botschaft, BBl 1984, 173, 181; vgl. auch Hilty, Rz. 52; Hansen, 40.

55 Hansen, 1 f.; Hilty, Rz. 52.

56 Siehe dazu Hansen, 40 ff. m.w.H.

57 Der *Sampler* ist ein digitales Aufnahmegerät, das Klänge in die einzelnen Fragmente zerlegt und entsprechende digitale Dateien abspeichert, siehe Salagean, 23 f.

58 Vgl. dazu ausführlich Salagean, 23 ff.

59 Vgl. Hansen, 1 f., 69 ff. m.w.H.

60 So werden etwa die Verwendungsrechte an Werken, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffen werden, regelmässig dem Arbeitgeber abgetreten, siehe Hansen, 41; siehe zudem ausführlich dazu Andermatt, 57 ff.; Rüdlinger, 67 ff.; siehe zudem rechtsvergleichend dazu Rehbinder (Hrsg.), Urheberrecht im Arbeitsverhältnis, passim.

61 Zu diesen und weiteren Gründen für das gegenwärtige Legitimationsproblem siehe Hansen, 1 f., 40 ff.; vgl. auch Lessig, passim, mit seiner ausführlichen und narrativen Darstellung zum Wandel des Werkschaffens.

62 Hansen, 81 f.

63 Siehe dazu Hansen, 83 ff. m.w.H.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kreativem Schaffen zu setzen.[64] Vereinfacht dargestellt wird bei den modernen Rechtfertigungsversuchen etwa das Verhalten des Urhebers und des Werknutzers betrachtet und festgestellt, dass die schöpferische Tätigkeit des Urhebers nicht den freien Kräften des Marktes überlassen werden kann, herrschen dort doch uneingeschränkte Nutzenmaximierung und Nachahmungsfreiheit.[65] Das Urheberrecht wird also neu etwa dadurch gerechtfertigt, dass der Urheber, der Investitionskosten auf sich nimmt, eines gewissen Zeitvorsprungs vor seinem Wettbewerber bedarf, um diese Kosten wieder einzuholen. Naturgemäss kommt demjenigen, der zuerst mit einem Produkt in den Markt eintritt, einen gewissen Zeitvorsprung zu (*advantage of the first mover*).[66] Dieser Zeitvorsprung schrumpft allerdings bei Werken im urheberrechtlichen Sinn auf ein Minimum, können doch dank moderner Technologie beispielsweise Kompositionen oder Musik-CDs in Sekunden vervielfältigt und auf dem Markt verbreitet werden.[67] Der noch verbleibende Zeitvorsprung reicht nicht aus, um die Investitionskosten zu decken.[68] Würde der Urheber dem freien Wettbewerb ausgesetzt werden, würde also Nachahmungsfreiheit bestehen, so würde er geringere Anreize zur Schöpfung verspüren und folglich seine schöpferische Tätigkeit reduzieren.[69] Aus diesem Grund – so moderne Rechtfertigungsversuche – bedarf es des Urheberrechts, denn nur so kann der Zeitvorspruch wiederhergestellt werden, den es bedarf, um die Investitionskosten zu decken.

Während das Urheberrecht also früher primär über die Urheber/Werk-Beziehung gerechtfertigt wurde, so bauen moderne Rechtfertigungsversuche vordringlich auf wirtschaftlichen Grundsätzen und einem Anreizsystem auf. Dadurch kommt dem Urheberrecht auch heute noch eine gewisse Rechtfertigung zu. Dennoch vermag das Urheberrecht in seiner derzeitigen Fassung nicht vollends zu überzeugen, vernachlässigt es doch den Werknutzer auf weiten Strecken.[70] Nicht zuletzt daher rühren diverse Bestrebungen, das geltende Urheberrecht nutzerfreundlicher auszugestalten. Erst wenn das Urheberrecht ein Gleichgewicht zwischen den Interessen

64 Hansen, 106 ff.; Hilty, Rz. 53 f.
65 Hilty, Rz. 53 f.
66 Hilty, Rz. 53 f.
67 Vgl. Hilty, Rz. 53 f.
68 Hilty, Rz. 53 f.; vgl. auch Hoffmann-Riem, 436 f.
69 Hilty, Rz. 53 f.; Hoffmann-Riem, 436 f. Dies gilt erst recht für Werkmittler – wie etwa Arbeitgeber oder Verleger – die noch mehr Investitionskosten auf sich nehmen, siehe Hilty, Rz. 53 f.
70 Hansen, 81 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Urhebers und der Werknutzer herstellen kann, wird es auch die derzeitige Legitimationskrise zu überwinden vermögen.

2. Schutzgegenstand des Urheberrechts

Der erste Titel des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes widmet sich – so die Überschrift des Titels – dem Gegenstand[71] des Urheberrechts und hält unter dessen Art. 1 Abs. 1 lit. a fest, dass das Gesetz „*den Schutz der Urheber und Urheberinnen von Werken der Literatur und Kunst*" regelt.[72] Dieser Fokus auf die Person des Urhebers ist ungewöhnlich, da die übrigen Bestimmungen des Gesetzes nicht den Urheber, sondern das Werk ins Zentrum der Betrachtung stellen.[73] Dieses vermeintliche Spannungsverhältnis[74] zwischen Art. 1 Abs. 1 lit. a URG und den restlichen Bestimmungen des Gesetzes ist unglücklich, jedoch nicht zu überbewerten, denn anders als die Überschrift des ersten Titels vermuten lässt, ist Art. 1 Abs. 1 lit. a URG nicht als Umschreibung des Schutzgegenstandes des Urheberrechts, son-

---

71 Das Urheberrecht als Teilbereich des Immaterialgüterrechts bezweckt den Schutz von Informationen und somit den Schutz von etwas Immateriellem, etwas körperlich nicht Fassbarem; siehe umfassend zum Problem der Information als Schutzgegenstand Zech, passim; Wiebe, 93 ff. Von einem Schutz*gegenstand* des Urheberrechts zu sprechen scheint daher überraschend, assoziiert man mit einem Gegenstand doch etwas Materielles, etwas körperlich Fassbares. Diese Diskrepanz zwischen dem Zweck des Urheberrechts und der Begriffsdefinition des Schutzgegenstands wird anhand einer „Vergeistlichung des Gegenstandsbegriffs" überbrückt; siehe Ulmer, 11; vgl. auch die wohl gängigeren Bezeichnungen „Verdinglichung des Urheberrechts" oder „Vergegenständlichung", welche – zwar aus einem anderen Blickwinkel – im Ergebnis dasselbe Ziel verfolgen: Die Nutzbarmachung von Prinzipien des Zivilrechts über die ausschliessliche Zuweisung von Gegenständen auch für Immaterielles; Zech, 63. „Vergeistlichung" bedeutet in diesem Zusammenhang die Loslösung des Gegenstandsbegriffs von der begriffsinhärenten Körperlichkeit. Der innere Widerspruch eines *unkörperlichen Gegenstandes* ist somit aufgehoben und der ausschliesslichen Zuweisung unkörperlicher Güter durch das Zivilrecht steht Tür und Tor offen; vgl. Zech, 63 f.

72 Art. 1 Abs. 1 lit. a URG; Berger, FS Hilty, 3, 4.

73 Berger, FS Hilty, 3, 4 f. Bei den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Bestimmungen wird allerdings ebenfalls der Urheber in das Zentrum der Betrachtung gestellt; vgl. Art. 9 und 11 URG; Berger, FS Hilty, 3, 4 f. Zur besonderen Kategorie der Urheberpersönlichkeitsrechte siehe Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 132 ff.; Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 592 ff.; Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 321 ff.

74 Berger, FS Hilty, 3, 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dern viel eher als eine blosse Beschreibung des Inhalts des Gesetzes zu verstehen.[75]

Der Gegenstand des Schutzes des schweizerischen Urheberrechts ist demnach nicht der Urheber; viel eher steht das Werk im Zentrum der Schutzbemühungen.[76] Art. 2 Abs. 1 URG definiert den Werkbegriff und legt fest, dass alle geistigen Schöpfungen der Literatur und Kunst ein Werk im urheberrechtlichen Sinn darstellen, sofern sie einen individuellen Charakter aufweisen.[77] Der Wert und der Zweck des Werks spielen dabei keine Rolle; dies bedeutet, dass selbst wertlose geistige Schöpfungen oder Schöpfungen, welche mit minimalem Aufwand geschaffen werden, als Werk im urheberrechtlichen Sinne gelten können.[78]

Art. 2 Abs. 2 URG zählt in der Folge beispielhaft (und somit nicht abschliessend) Werkkategorien auf, welche in der Literatur und Kunst typischerweise vorkommen.[79] Es sind dies insbesondere literarische, wissenschaftliche und andere Sprachwerke (lit. a); Werke der Musik und andere akustische Werke (lit. b); und Werke der bildenden Kunst (lit. c). Ist eine künstlerische oder literarische Schöpfung einer der in Art. 2 Abs. 2 URG aufgeführten Kategorien zuzuordnen, so bedeutet dies jedoch nicht ohne Weiteres, dass ein Werk im urheberrechtlichen Sinne vorliegt.[80] Erst wenn die Werkmerkmale des Art. 2 Abs. 1 URG erfüllt sind, liegt ein Werk im Sinne des URG vor.[81]

---

75 SHK-URG/Cherpillod, Art. 1 URG N 1; Barrelet/Egloff, Art. 1 URG N 1, 4 und 7. Würde Art. 1 Abs. 1 lit. a URG – wie die Überschrift des ersten Titels des URG vermuten lässt – als Beschreibung des Schutzgegenstands verstanden werden, so müsste man sich fragen, ob der schweizerische Gesetzgeber hier nicht zu weit gegangen ist, da in der Regel das Werk und nicht der Urheber der Ansatzpunkt für den rechtlichen Schutz bildet. Des Weiteren müsste die Überschrift des ersten Titels überdenkt werden; sollte tatsächlich der Urheber Ausgangspunkt des rechtlichen Schutzes bilden, so wäre eine Bezeichnung als *Schutzsubjekt* angemessener, vgl. Berger, FS Hilty, 3, 6 f.

76 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 1 URG N 8; CR-PI/Dessemontet, Art. 1 LDA N 3.

77 Für fotografische Wiedergaben wird neu allerdings – sofern die vom Bundesrat vorgelegte Botschaft zur aktuellen Urheberrechtsrevision angenommen wird – auf einen individuellen Charakter verzichtet, siehe Art. 2 Abs. 3bis E-URG; Botschaft, BBl 2018 591, 614, 619 ff.; siehe Kapitel 1: I.3. zur ausführlichen Diskussion der Werkmerkmale.

78 Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 1.

79 Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 5 ff.

80 Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 5; vgl. auch Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 78.

81 Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 5.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Schutzvoraussetzungen von Werken

3.1. Im Überblick

Im vorangehenden Titel wurde aufgezeigt, dass der schweizerische Gesetzgeber das Werk ins Zentrum der Schutzbemühungen stellt, wobei diverse Werkkategorien, wie insbesondere Sprachwerke, Werke der Musik und Werke der bildenden Kunst explizit genannt werden.[82] Das reine Vorliegen einer Schöpfung mit Sprachcharakter, Musikcharakter oder Charakter der bildenden Kunst qualifiziert diese jedoch noch nicht als Werk im urheberrechtlichen Sinn. Um tatsächlich als Werk zu qualifizieren, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen erläutert.

3.2. Schöpfung als Ausdruck menschlichen Willens

Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG können lediglich geistige Schöpfungen als Werk qualifizieren. Das erste Teilelement der Geistigkeit erfordert, dass einem menschlichen Willen Ausdruck verliehen wird. Dieses Element führt zu Abgrenzungsproblemen, wenn eine Schöpfung unter Zuhilfenahme von Maschinen geschaffen wird. Ist der Schöpfungsvorgang lediglich maschinell *unterstützt* (sog. *computer-assisted works*), so ist die Schöpfung das Ergebnis eines menschlichen Willens und qualifiziert somit als geistige Schöpfung.[83] Ist der Schöpfungsvorgang hingegen maschinell *gesteuert* (sog. *computer-generated works*), so ist die Schöpfung lediglich Ausdruck eines automatisierten Vorgangs und stellt somit keine geistige Schöpfung im urheberrechtlichen Sinn dar.[84]

---

82 Art. 2 Abs. 2 lit. b URG.

83 Als Beispiel für ein *computer-assisted work* kann etwa das Automatenfoto genannt werden; dabei ist derjenige, der den Automaten bedient – also regelmässig der Fotografierte – auch der Urheber des Fotos, siehe zum deutschen Recht Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 8; Loewenheim/Nordemann, § 6 Rn. 9.

84 Als Beispiel für ein *computer-generated work* kann etwa der Übersetzungscomputer genannt werden, der automatisch – also ohne Zutun des Menschen – einen literarischen Text erstellt, siehe zum deutschen Recht Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 8; Loewenheim/Nordemann, § 6 Rn. 8. Siehe generell dazu Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 18; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 92; Hilty, Rz. 84; siehe zum deutschen Recht Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 8; Loewenheim/Nordemann, § 6 Rn. 8; Möhring/Nicolini/Ahlberg, § 2 UrhG N 55. Die Abgrenzung zwischen *computer-assisted works* und *computer-generated works* kann sich allerdings

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das zweite Teilelement der Schöpfung verlangt, dass etwas Neues geschaffen wird; ein reines Auffinden von etwas bereits Bestehendem (sog. *objet trouvé*) stellt kein Werk im urheberrechtlichen Sinne dar.[85] Dies bedeutet aber nicht, dass jedes Element eines Werkes durchwegs neu sein muss. Dies würde eine unrealisierbare Schutzvoraussetzung darstellen, denn Werke verwenden in der Regel gewisse, bereits vorbestehende Elemente.[86]

3.3. Zugehörigkeit zu Literatur und Kunst

Um als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu qualifizieren, muss die geistige Schöpfung den Bereichen der Literatur oder Kunst zugehören.[87] In den Bereich der Literatur fallen all jene Schöpfungen, die sich der Sprache bedienen, ungeachtet davon, ob es sich dabei um (verständliche oder unverständliche) Wörter, Nummern oder andere Zeichen handelt.[88] Ebenfalls irrelevant ist der Inhalt der Schöpfung – ob wissenschaftlich, technisch, schöngeistig oder religiös – solange nur (aber immerhin) ein Aussagegehalt vorliegt, also etwas dargestellt oder mitgeteilt wird, fällt die Schöpfung in den Bereich der Literatur.[89] Ästhetische Wertungsgesichtspunkte spielen dabei keine Rolle.[90]

In den Bereich der Kunst fallen namentlich all jene Schöpfungen, die sich der Akustik, des Bildes, der Zeichnung, der Fotografie, des Films oder der Choreographie bedienen.[91] Wie bei Schöpfungen der Literatur, so sind auch für jene der Kunst ästhetische Wertungsgesichtspunkte irrelevant. Dies führt nun allerdings dazu, dass der Bereich der Kunst kaum einge-

---

schwierig gestalten. Im Unterschied zum schweizerischen und deutschen Recht sind unter dem U.S.-amerikanischen Recht *computer-generated works* urheberrechtlich schützbare Werke, vgl. dazu Samuelson, 47 U. Pitt. L. Rev. 1185 ff. (1986); Denicola, 69 Rutgers U.L. Rev. 251 ff. (2016).

85 SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 9; Hilty, Rz. 84.

86 Siehe zum Begriff der sequenziellen Innovation Einleitung: II.

87 Art. 2 Abs. 1 URG.

88 SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 10.

89 Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 79; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 12.

90 Botschaft, BBl 1989 III 477, 521; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 10.

91 Vgl. Art. 2 Abs. 2 URG; siehe auch Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 82 ff. Ebenfalls in den Bereich der Kunst fallen Werke der Baukunst, Art. 2 Abs. 2 lit. e URG. Diese werden vorliegend allerdings nicht berücksichtigt, siehe zur Begründung dazu ausführlich Einleitung: IV.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grenzt werden kann.[92] Diese mangelnde Eingrenzbarkeit ist schliesslich auch der Grund, weshalb der Voraussetzung der Zugehörigkeit zum Bereich der Kunst so gut wie keine Begrenzungswirkung zukommt. Im Versuch, mit der Voraussetzung dennoch eine gewisse Begrenzung zu erreichen, stellt ein Teil der Lehre auf den Schutzwillen des Künstlers ab: Sieht er in seiner Schöpfung Kunst, so sei diese auch als Kunst zu schützen; andernfalls sei sie nicht dem Bereich der Kunst zuzuordnen.[93] Das Kriterium des Schutzwillens kann allerdings lediglich als Indiz dienen.[94]

3.4. Individueller Charakter

Um als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu qualifizieren, muss die geistige Schöpfung der Literatur oder Kunst individuellen Charakter haben.[95] Diese Schutzvoraussetzung ist oft Dreh- und Angelpunkt der Beurteilung,[96] wird durch sie doch sichergestellt, dass sich die fragliche Schöpfung von anderen bereits bestehenden oder möglichen Schöpfungen abhebt.[97]

In der Rechtsprechung zum URG von 1922[98] wurde noch auf den Begriff der *Originalität* abgestellt.[99] Da dem Begriff der *Originalität* allerdings eine starke subjektive Wertung anhaftet,[100] wurde dieser – insbesondere dank Bestrebungen Max Kummers[101] und des gesetzgeberischen Entscheides im URG von 1978 – durch den Begriff des *individuellen Charakters* er-

92 SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 11; von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 188 f.
93 Von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 189; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 13.
94 Von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 189; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 13.
95 Art. 2 Abs. 1 URG.
96 Hilty, Rz. 91; Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8 m.w.N.
97 Botschaft, BBl 1989 III 477, 521; Hilty, Rz. 91.
98 So im *Le Corbusier*-Entscheid BGE 113 II 190, E. I.2.a, in dem das Gericht gleichbedeutend von *Individualität* und *Originalität* spricht; siehe auch BGE 110 IV 102, E. 2.
99 Vgl. Hilty, Rz. 91.
100 Kummer, 35 f.; siehe auch CR-PI/Dessemontet, Art. 2 LDA N 14.
101 Kummer, 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzt.[102] Die Schutzvoraussetzung des *individuellen Charakters* kann auch mit *Einmaligkeit* und *Neuheit* umschrieben werden.[103]

Für die erforderliche Individualität ist nach neuerer Rechtsprechung und Lehre keine persönliche Prägung erforderlich.[104] Dies bedeutet, dass sich die Persönlichkeit des Urhebers nicht in seinem Werk wiederspiegeln muss; ausreichend ist, wenn das Werk eine eigene Individualität aufweist.[105]

Das Kriterium der *statistischen Einmaligkeit* sieht die erforderliche Individualität dann als gegeben, wenn die Schöpfung *einmalig* ist, wenn es also statistisch unwahrscheinlich ist, dass eine bereits bestehende oder mögliche Schöpfung eines anderen Urhebers identisch ist.[106] An den erforderlichen Grad der Individualität dürfen allerdings nicht immer gleich hohe Anforderungen gestellt werden; die Anforderungen müssen an den Gestaltungsspielraum angepasst werden, der dem Urheber beim Schöpfungsprozess zukam.[107] Hatte der Urheber einen weiten Gestaltungsspielraum, so soll mehr Individualität verlangt werden; hatte er allerdings von vornherein nur wenig Gestaltungsspielraum, so ist weniger Individualität zu fordern.[108] Auch eine Schöpfung mit geringer Individualität ist schutzwürdig – in Deutschland spricht man hierbei auch vom *Schutz der kleinen Mün-*

---

102 CR-PI/Dessemontet, Art. 2 LDA N 15. Noch heute wird in der Praxis und im allgemeinen Sprachgebrauch allerdings der Begriff der *Originalität* verwendet, siehe Hilty, Rz. 91; CR-PI/Dessemontet, Art. 2 LDA N 15. Nicht zuletzt deswegen kritisiert Hilty, Rz. 91, den Begriff des individuellen Charakters; siehe auch CR-PI/Dessemontet, Art. 2 LDA N 14. Im Einklang mit dem Gesetzestext wird vorliegend der Begriff des *individuellen Charakters* verwendet, ohne damit allerdings eine Wertung im Streit um die korrekte Terminologie treffen zu wollen.

103 Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8 m.w.N.

104 BGE 143 III 373, E. 2.1; 136 III 225, E. 4.2; 134 III 166, E. 2.1; 130 III 168, E. 4.4; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 15, 16, 18, 22; Hilty, Rz. 91; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 76; Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8; von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 189 m.w.N.; siehe auch Botschaft, BBl 1989 III 477, 521.

105 BGE 143 III 373, E. 2.1; 136 III 225, E. 4.2; 134 III 166, E. 2.1; 130 III 168, E. 4.4; Botschaft, BBl 1989 III 477, 521; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 15, 16, 18, 22; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 76; Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8; Von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 189 m.w.N.; Hilty, Rz. 91.

106 Kummer, 30 ff., 43 ff.; CR-PI/Dessemontet, Art. 2 LDA N 14; kritisch dazu SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 23 ff.

107 BGE 143 III 373, E. 2.1; Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 73; a.A. Hilty, Rz. 91.

108 Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8 m.w.N.; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 73; von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 182; Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 1; so auch die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts, vgl. BGE 113 II 190, E. I.2.a; 100 II 167, E. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ze.[109] Bei der Beurteilung der Individualität einer Schöpfung ist stets die Schöpfung als Ganzes – nicht etwa in ihren einzelnen Elementen – zu betrachten.[110]

Von der Voraussetzung des individuellen Charakters gibt es neuerdings aber – sofern die vom Bundesrat vorgelegte Botschaft zur aktuellen Urheberrechtsrevision angenommen wird – eine Ausnahme: die fotografischen Wiedergaben – die Rede ist auch vom sog. Lichtbildschutz. Mit der vorgelegten Botschaft wird nämlich die Einführung eines Art. 2 Abs. 3bis E-URG vorgeschlagen, der festhält, dass *„[f]otografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte [...] als Werk [gelten], auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben."*[111] Dieser Verzicht auf die Schutzvoraussetzung des individuellen Charakters stellt ein Novum im schweizerischen Urheberrecht dar.[112] Gleichzeitig führt dieser Verzicht zu einer Ausdehnung des urheberrechtlichen Schutzes.[113] Dies sind unter anderem Gründe, weshalb sich der Lichtbildschutz des Art. 2 Abs. 3bis E-URG bereits während den Revisionsarbeiten zum URG heftiger Kritik ausgesetzt sah.[114] Nichtsdestotrotz fand der Lichtbildschutz nun Eingang in die vom Bundesrat vorgelegte Botschaft. Sollten die Räte dem bundesrätlichen Vorschlag folgen, so würde die Schutzvoraussetzung des individuellen Charakters ab Inkrafttreten des Art. 2 Abs. 3bis E-URG nicht mehr absolut gelten.[115]

---

109 Wandtke, 2. Kap. Rn. 4; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 4.

110 Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 73.

111 Wie bei Computerprogrammen wird somit das Vorliegen eines Werks fingiert, vgl. Art. 2 Abs. 3 URG.

112 Im deutschen und österreichischen Urheberrecht ist der Lichtbildschutz bereits seit geraumer Zeit gesetzlich verankert. Gesetzessystematisch ist er dort allerdings als verwandtes Schutzrecht konzipiert, siehe § 72 UrhG resp. § 74 öUrhG; siehe dazu zudem Botschaft, BBl 2018 591, 614; vgl. statt vieler Dreier/Schulze/Schulze, § 72 UrhG N 1 f.

113 Botschaft, BBl 2018 591, 614.

114 So etwa Schmidt-Gabain, NZZ vom 1. Februar 2018, 8; Hoeren, sic! 2014, 212, 214; befürwortend allerdings Schütz, medialex 2016, 89, 91.

115 Die Räte werden frühestens in der Wintersession 2018 abschliessend darüber beraten, sodass mit einem Inkrafttreten nicht vor dem Sommer 2019 zu rechnen ist.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.5. Wahrnehmbarmachung

Um als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu qualifizieren, muss die geistige Schöpfung sinnlich wahrnehmbar gemacht werden.[116] Ein blosser Gedanke reicht daher nicht.[117] In welcher konkreten Form die Schöpfung allerdings sinnlich wahrnehmbar gemacht wird, spielt keine Rolle.[118] Es ist daher nicht erforderlich, dass die Schöpfung materiell festgehalten wird, wie dies insbesondere in Art. 2 Abs. 2 RBÜ vorgesehen ist.[119] Ein improvisiertes Musikstück oder eine Theaterinszenierung sind bereits ausreichend, um (unter Vorliegen der übrigen Schutzvoraussetzungen) als Werk zu qualifizieren.[120]

4. Schutz von Werkteilen

Art. 2 Abs. 4 URG hält fest, dass Teile von Werken, sofern es sich um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt, ebenfalls geschützt sind. Das heisst, dass nicht lediglich das Werk als Ganzes, sondern bereits einzelne Teile davon urheberrechtlichen Schutz erfahren; das dafür wesentliche Kriterium ist die Individualität, die bereits im konkreten Werkteil enthalten sein muss.[121] So ist beispielsweise die Melodie eines Musikstückes, sofern sie alle Schutzvoraussetzungen erfüllt, bereits selbständig geschützt.[122]

Der Schutz von Werkteilen ist der Grund dafür, dass sequenzielle Innovation überhaupt erst ein urheberrechtliches Problem darstellt, werden in einer sequenziellen Innovation doch regelmässig nicht ganze vorbestehende Werke, sondern bloss Teile davon zusammengemischt.[123] Würde einzelnen Teilen von Werken noch keinen urheberrechtlichen Schutz zukommen, so wäre deren Übernahme ohne Weiteres zulässig.

---

116 Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 4; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 4; Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 1.
117 Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 1.
118 SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 4.
119 Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 4.
120 Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 4.
121 Salagean, 176 f.
122 Wegener, Musik und Recht, 341.
123 Werden vorbestehende Werke als Ganzes übernommen und in einem neuen Werk zusammengemischt, so liegt ein Sammelwerk vor, keine sequenzielle Innovation. Siehe dazu Einleitung: II. (Fn. 31).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Im Spezifischen

1. Werkcharakter sequenzieller Schöpfungen

Um als sequenzielle Innovation und damit als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu gelten, muss eine sequenzielle Schöpfung die Schutzvoraussetzungen von Werken erfüllen; es muss also zunächst eine geistige Schöpfung vorliegen.[124] Bei sequenzieller Schöpfung kommt es nicht selten vor, dass das schöpferische Element lediglich daraus besteht, dass vorbestehende Werke ausgewählt und in bestimmter Manier neu angeordnet werden.[125] Auch in dieser Auswahl und Anordnung steckt allerdings bereits ein Ausdruck menschlichen Willens, da ein menschlicher Wille schon dann vorliegt, wenn eine Auswahl zwischen verschiedenen durch einen Computer geschaffenen Optionen getroffen wird.[126] Werden der sequenziellen Schöpfung zudem neue, nicht von vorbestehenden Werken übernommene Elemente angefügt, so liegt noch viel eher ein Ausdruck menschlichen Willens vor. Die erste Voraussetzung der geistigen Schöpfung – also der Schöpfung als Ausdruck menschlichen Willens – verursacht damit bei der Beurteilung des Werkcharakters einer sequenziellen Schöpfung keine Probleme, da diese Voraussetzung regelmässig erfüllt ist.

Um als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu gelten, muss eine sequenzielle Schöpfung des Weiteren eine Schöpfung der Literatur und Kunst sein.[127] Im Urheberrecht erfreut sich das sequenzielle Schaffen vor allem in

124 Siehe dazu Kapitel 1: I.3.2.
125 Zu denken ist insbesondere an *Music Mashups*, vgl. dazu Wegener, Sound Sampling, 30 f.; Gelke, 20 ff.
126 Vgl. Salagean, 71 f., 119 f.; siehe zum deutschen Recht Möhring/Nicolini/Ahlberg, § 2 UrhG N 55; siehe zum Begriff der sequenziellen Innovation Einleitung: II.
127 Siehe dazu Kapitel 1: I.3.3.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Musik,[128] aber auch in der Fotografie[129] grosser Beliebtheit. In den primär relevanten Anwendungsfällen liegen daher Schöpfungen der Literatur und Kunst vor.[130] Bei der Beurteilung des Werkcharakters sequenzieller Schöpfung im Urheberrecht verursacht somit auch die zweite Schutzvoraussetzung keine Probleme, da diese regelmässig erfüllt ist.

Um als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu gelten, muss eine sequenzielle Schöpfung zudem individuellen Charakter haben.[131] Wie bei unabhängigen Schöpfungen, so stellt auch bei sequenzieller Schöpfung die Schutzvoraussetzung des individuellen Charakters in der Regel den Kern der Prüfung dar.[132] Da sequenzielle Schöpfungen auf bereits bestehenden Werken aufbauen, ist stets zu prüfen, ob sich die neue Schöpfung lediglich den individuellen Charakter des verwendeten Werks aneignet oder aber ob sie eigene Individualität aufweist. Eignet sich die Schöpfung lediglich die fremde Individualität an, so stellt sie eine Änderung des vorbestehenden Werks dar. Hat die Schöpfung allerdings einen eigenen individuellen Charakter, so ist sie eine freie Benutzung, eine Parodie oder eine Bearbeitung – also eine sequenzielle Innovation – und somit (bei Vorliegen der übrigen

---

128 Siehe zum deutschen Recht etwa OLG Hamburg, 31. Oktober 2012, 5 U 37/10 (Goldrapper), GRUR-RS 2013, 15675; BGH, 1. Juni 2017, I ZR 115/16 (Metall auf Metall), GRUR 2017, 895 ff., zum Fall 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; vgl. dazu statt vieler Ohly, GRUR 2017, 964 ff.; Apel, K&R 2017, 563 ff.; ders., 237 ff.; siehe zum U.S.-amerikanischen Recht etwa Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 410 F.3d 792, 798 ff. (6d Cir. 2005); VMG Salsoul, LLC. v. Ciccone, 824 F.3d 871, 885 ff. (9d Cir. 2016); vgl. auch Harper, 39 Hofstra L. Rev. 405, 410, 438 (2011); Lieberman, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91, 132 (2016).

129 Siehe zum deutschen Recht etwa OLG Köln, 5. März 1999, 6 U 189/97 (Klammerpose), GRUR 2000, 43, 43 f.; siehe zum U.S.-amerikanischen Recht etwa Patrick Cariou v. Richard Prince, 714 F.3d 694, 705 ff. (2d Cir. 2013); Andrea Blanch v. Jeff Koons, 467 F.3d 244, 250 ff. (2d Cir. 2006); siehe sowohl zum deutschen als auch zum U.S.-amerikanischen Recht Blume Huttenlauch, passim, insbesondere 73 ff., 94 ff.

130 Siehe allerdings gleich nachstehend zur Frage, ob genügend individueller Charakter vorliegt, um als musikalisches, fotografisches oder anderes Werk zu qualifizieren. Alleine die Tatsache, dass eine Schöpfung unter eine der in Art. 2 Abs. 2 URG aufgeführten Kategorien fällt, bedeutet noch nicht, dass ein Werk im urheberrechtlichen Sinne vorliegt. Siehe dazu bereits Kapitel 1: I.2.

131 Siehe dazu Kapitel 1: I.3.4.

132 Siehe dazu Kapitel 1: I.3.4.; vgl. Hilty, Rz. 91; Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzvoraussetzungen) als Werk im urheberrechtlichen Sinn selbständig geschützt.[133]

Um als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu gelten, muss eine sequenzielle Schöpfung schliesslich sinnlich wahrnehmbar sein, wobei es nicht auf die konkrete Formgestaltung ankommt.[134] Eine sequenzielle Schöpfung der Musik ist beispielsweise sinnlich wahrnehmbar, wenn sie auf Notenblättern aufgeschrieben, auf einem digitalen Datenträger abgespeichert oder aber in einem Tanzlokal vorgespielt wird.[135] Diese vierte und letzte Voraussetzung, die erfüllt sein muss, um als Werk im urheberrechtlichen Sinne zu gelten, ist regelmässig gegeben, da schliesslich bloss Schöpfungen, die erst gedanklich beim Urheber vorhanden sind, die Voraussetzung nicht zu erfüllen vermögen.[136]

Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass sequenzielle Schöpfungen des Urheberrechts – solange sie die Hürde der Individualität erreichen – regelmässig als Werke im urheberrechtlichen Sinne und damit als sequenzielle Innovation qualifizieren.

2. Kategorien sequenzieller Innovation

Im schweizerischen URG wird – basierend auf den bestehenden Schutzgrenzen und Schrankenbestimmungen – unterschieden zwischen drei verschiedene Kategorien sequenzieller Innovation: die freien Benutzungen,[137] die Parodien[138] und die Bearbeitungen.[139] Als sequenzielle Innovation haben sie alle gemeinsam, dass sie auf vorbestehenden Werken aufbauen und dabei einen eigenen individuellen Charakter entwickeln, sodass sie als Werk im urheberrechtlichen Sinne selbständig geschützt sind. Das wesentliche Merkmal, anhand welchem sich die Kategorien unterscheiden lassen, ist ihre Nähe zu den vorbestehenden Werken. In der Folge werden die drei

133 Art. 3 Abs. 3 URG.
134 Siehe dazu Kapitel 1: I.3.5.
135 Vgl. Salagean, 73.
136 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 1; Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 4.
137 Siehe allgemein dazu Kapitel 1: II.2.1.; siehe zur rechtlichen Behandlung Kapitel 4 sowie Kapitel 5: III.
138 Siehe allgemein dazu Kapitel 1: II.2.2.; siehe zur rechtlichen Behandlung Kapitel 4 sowie Kapitel 5: IV.
139 Siehe allgemein dazu Kapitel 1: II.2.3; siehe zur rechtlichen Behandlung Kapitel 4 sowie Kapitel 5: V.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kategorien sequenzieller Innovation im Grundsatz und hinsichtlich ihrer Nähe zu den vorbestehenden Werken betrachtet.

2.1. Freie Benutzungen

Die freie Benutzung ist die unabhängigste sequenzielle Innovation. Sie liegt dann vor, wenn ein vorbestehendes Werk zwar verwendet wird, sich die Verwendung allerdings darauf beschränkt, dass das vorbestehende Werk als Inspiration für die sequenzielle Innovation dient.[140] Der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks ist in der sequenziellen Innovation deshalb in der Regel nicht erkennbar.[141] Die Kategorie der freien Benutzung ist zwar nicht explizit im URG geregelt, sie ist aber als ungeschriebene Norm im schweizerischen Recht anerkannt.[142]

Anders als die Terminologie vermuten lässt, dient der Begriff der *freien Benutzung* nicht als Sammelbecken für Werkschöpfungen, die von Gesetzes wegen frei sind. Damit wird ausschliesslich Bezug genommen auf solche Werkschöpfungen, die der genannten Beschreibung entsprechen.[143]

Freie Benutzungen treten in allen Bereichen des Werkschaffens auf, lassen sich doch Schöpfer aller Arten von Werken naturgemäss von vorbestehenden Werken inspirieren. Das vorbestehende Werk kann dabei bewusst oder unbewusst als Anstoss für die neue Werkschöpfung gedient haben.

Eine freie Benutzung liegt bspw. dann vor, wenn eine Knoblauchpresse zwar die dreieckige Grundform der Pressekammer und die runde, ge-

---

140 Von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 396; Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 282.

141 Von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 396. Für die Erkennbarkeit wird auf den Gesamteindruck der sequenziellen Innovation abgestellt. Dabei ist der Gestaltungsspielraum des Urhebers des vorbestehenden Werks und damit auch des Urhebers der sequenziellen Innovation zu berücksichtigen, ist doch der Schutzumfang eines Werks nach dessen Individualität zu richten, siehe dazu OGer LU, 5. Februar 2003, sic! 2003, 731, 739 f. m.w.N.

142 Siehe zur urheberrechtlichen Behandlung ausführlich Kapitel 5: III.

143 Dieses Begriffsverständnis ist dem schweizerischen Urheberrecht zwar nicht explizit zu entnehmen; es liegt aber der freien Benutzung als ungeschriebene Norm des schweizerischen Urheberrechts zugrunde und ist zudem der Rechtsprechung und Lehre zu entnehmen, vgl. BGE 85 II 120, E. 8; 125 III 328, E. 4.c; OGer LU, 5. Februar 2003, sic! 2003, 731, 739 f.; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 931 ff.; Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 282; anders hingegen die Terminologie in Deutschland, leitet sich im deutschen Urheberrecht die Parodiefreiheit doch aus der freien Benutzung des § 24 Abs. 1 UrhG ab; siehe dazu Hasse, 96 ff; Vlah, 51.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwungene Grundform der Pressegriffe übernimmt, die Formgebung der einzelnen Elemente aber in markanter Weise von der vorbestehenden Knoblauchpresse abweicht, sodass die übernommenen Elemente im Vergleich mit der Gesamtgestaltung der neuen Knoblauchpresse in den Hintergrund treten.[144] Eine freie Benutzung liegt des Weiteren dann vor, wenn ein Architekt von vorbestehenden Bauplänen zwar die Situierung der Bauten in drei Baukörper und die Ausgestaltung derselben mit Flachdächern übernimmt, wenn aber für die Anordnung der Bauten aufgrund der Umgebungsgegebenheiten nur beschränkter Freiheitsspielraum besteht und die Flachdächer unterschiedlich ausgestaltet sind.[145]

2.2. Parodien

Parodien haben einen engeren Bezug zum vorbestehenden Werk als freie Benutzungen. Sie liegen dann vor, wenn ein vorbestehendes Werk verwendet wird, um sich zum Inhalt dieses Werkes oder zu dessen Urheber, oder auch zu einem gesellschaftlichen Problem oder zu einer Drittperson kritisch-belustigend zu äussern.[146] Um einen entsprechenden Bezug herstellen zu können, muss das vorbestehende Werk in seinem individuellen Charakter erkennbar sein.[147] Aufgrund der mit der Parodie verfolgten kritisch-belustigenden Wirkung gilt sie als besonders schutzwürdig; gleichzeitig ist sie besonders schutzbedürftig, da es aufgrund der kritisch-belustigenden Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk zu Konflikten mit

144 Vgl. OGer LU, 5. Februar 2003, sic! 2003, 731, 739 f.; siehe dazu auch Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 12.

145 Vgl. BGE 125 III 328, E. 4.d.bb; gemäss von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 226, nicht überzeugend ist hingegen BGE 85 II 120, E. 8, wonach eine freie Benutzung auch dann vorliegt, wenn die Art des detektivischen Vorgehens und der Aufbau des Stücks von Sir Arthur Conan Doyle nachgeahmt werden. Die Begründung des Gerichts, dass der Beklagte ein Werk eigener Prägung schafft und daher eine freie Benutzung vorliegt, vermag nicht zu überzeugen. Gl.M. SHK-URG/ Cherpillod, Art. 2 URG N 42.

146 SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10; gl.M. Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16 f.; Handle, Rz. 323 m.w.N.; vgl. auch Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 620; siehe zum deutschen Recht BGH, 20. März 2003, I ZR 117/00 (Gies-Adler), GRUR 2003, 956, 958; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 24 UrhG N 23 ff. Von der sequenziellen Innovation der Parodie werden auch andere Nachahmungsformen erfasst, die wie die Parodie auf eine kritisch-belustigende Wirkung abstellen, wie z.B. die Travestie.

147 Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 631; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Urheber desselben kommen kann, sollte dieser eine entsprechende Auseinandersetzung nicht begrüssen.[148] Das URG erwähnt die sequenzielle Innovation der Parodie explizit in dessen Art. 11 Abs. 3.[149]

Parodien sind insbesondere bei literarischen Sprachwerken (Art. 2 Abs. 2 lit. a URG), bei Werken der Musik oder anderen akustischen Werken (Art. 2 Abs. 2 lit. b URG), bei Werken der bildenden Kunst (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG) und bei fotografischen, filmischen und anderen visuellen oder audiovisuellen Werken (Art. 2 Abs. 2 lit. g URG) anzutreffen. Parodien im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Sprachwerken (Art. 2 Abs. 2 lit. a URG) und Werken mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt (Art. 2 Abs. 2 lit. d URG) sind allerdings kaum denkbar.[150]

Eine Parodie liegt insbesondere dann vor, wenn in einem Rap-Song die Musik eines vorbestehenden Liedes (teils verzerrt, teils unverändert) übernommen wird und sich der gesprochene Text an denjenigen des vorbestehenden Liedes anlehnt, dabei allerdings im Sinne eines Wortspiels diverse Wörter des Originaltexts mit schockierenden Wörtern ersetzt und damit darlegt, wie fade und banal das vorbestehende Lied ist.[151] Eine Parodie liegt des Weiteren dann vor, wenn in einer Zeitschriften-Karikatur der Gies-Adler, der als Symbol des Deutschen Bundestages gilt, in erkennbarer Weise verwendet, gleichzeitig aber sein Erscheinungsbild als würdigen und gutmütig wirkenden Adler dahingehend verändert wird, dass er neu wie ein gieriger und bösartiger Raubvogel wirkt, um so den Deutschen Bundestag als Gesetzgebungsorgan des „unseriösen Staates" darzustellen.[152]

2.3. Bearbeitungen

Bearbeitungen haben – wie Parodien – einen engeren Bezug zum vorbestehenden Werk als freie Benutzungen. Als einzige sequenzielle Innovation werden Bearbeitungen explizit im URG definiert. Art. 3 Abs. 1 URG sieht nämlich vor, dass Bearbeitungen dann vorliegen, wenn ein vorbestehendes

148 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16 f.; Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 620, 622 je m.w.H.; siehe auch SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

149 Siehe zur urheberrechtlichen Behandlung ausführlich Kapitel 5: IV.

150 Vgl. dazu Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 639.

151 Zum U.S.-amerikanischen Recht Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 573 (1994).

152 Zum deutschen Recht BGH, 20. März 2003, I ZR 117/00 (Gies-Adler), ZUM 2003, 777, 780. Die Zeitschriften-Karikatur verwendete dabei sowohl die Mittel der Parodie als auch diejenigen der Karikatur.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Werk verwendet wird, um eine neue Schöpfung mit eigenem individuellen Charakter zu schaffen, wobei – wie bei der Parodie – der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks darin erkennbar bleibt.[153] Bearbeitungen unterscheiden sich allerdings von Parodien in der Hinsicht, dass sie sich nicht kritisch-belustigend mit dem vorbestehenden Werk auseinandersetzt. Da ein innerer Abstand zum vorbestehenden Werk fehlt, gilt die Bearbeitung auch nicht als besonders schutzbedürftig.

Der schweizerische Gesetzgeber verwendet den Begriff des *Werks zweiter Hand* und subsumiert darunter gemäss Art. 3 Abs. 2 URG *„insbesondere Übersetzungen sowie audiovisuelle und andere Bearbeitungen"*.[154] Der Begriff *Werk zweiter Hand* ist allerdings nicht nur umständlich, sondern ruft auch fälschlicherweise die Assoziation mit etwas Altem/Gebrauchtem hervor.[155] Die beispielhafte Auflistung von Art. 3 Abs. 2 URG führt zudem nicht nur zu einer unnötigen, sondern auch zu einer falschen Begriffsaufspaltung in Übersetzungen und Bearbeitungen. Unnötig ist die Aufspaltung deshalb, weil eine Übersetzung auch eine Bearbeitung sein kann;[156] falsch ist sie deshalb, weil die Übersetzung allerdings nicht zwingend eine Bearbeitung und damit ein Werke zweiter Hand sein muss.[157] Rehbinder schlägt daher berechtigterweise vor, nur von *Bearbeitung* zu sprechen.[158] Diesem Vorschlag wird hierin Folge geleistet, weshalb vorliegend der Begriff der *Bearbeitungen* als Synonym für *Werke zweiter Hand* verwendet wird.[159]

Bearbeitungen – wie auch freie Benutzungen – treten in allen Bereichen des Werkschaffens auf, denn wie bereits erwähnt, lassen sich Schöpfer aller Arten von Werken naturgemäss von vorbestehenden Werken beeinflussen.

---

153 SHK-URG/Cherpillod, Art. 3 URG N 1; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 94; siehe zur urheberrechtlichen Behandlung ausführlich Kapitel 5: V. Da auch bei der Parodie der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks erkennbar bleibt und Parodien somit die Voraussetzungen für eine Bearbeitung gemäss Art. 3 Abs. 1 URG ebenfalls erfüllen, können Parodien als qualifizierte Form von Bearbeitungen bezeichnet werden.

154 Siehe dazu Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 94 ff. m.w.H.

155 Siehe auch Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 94.

156 Eine Übersetzung ist dann eine Bearbeitung, wenn das Ausgangswerk Werkcharakter hat, Barrelet/Egloff, Art. 3 URG N 2.

157 Dies ist dann der Fall, wenn das Ausgangswerk keinen Werkcharakter hat, wie beispielsweise ein standardisierter Geschäftsbrief, Barrelet/Egloff, Art. 3 URG N 2; siehe auch Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 95.

158 Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 94.

159 Siehe auch Handle, Rz. 257, 260 f., der die Begriffe ebenfalls synonym verwendet.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Bearbeitung liegt dann vor, wenn ein Text in eine andere Sprache übersetzt wird, wenn eine Neuauflage eines vorbestehenden Werkes geschaffen oder wenn ein Roman verfilmt wird.[160] Eine Bearbeitung liegt zudem auch bei diversen Endprodukten des sog. *Sound Samplings*[161] vor; dabei werden aus vorbestehenden Liedern jeweils charakteristische Teile, sog. *Samples*, entnommen und in veränderter oder unveränderter Form zu einem neuen Lied – etwa zu einem sog. *Remix*[162] oder zu einem sog. *Music Mashup*[163] – zusammengemischt.[164] Eine Bearbeitung liegt schliesslich auch dann vor, wenn die Pose und das Motiv eines vorbestehenden Fotos in einem neuen Foto weitgehend nachgestellt werden[165] oder wenn Figuren eines Romans mit einem hohen Detailgrad unverändert in einen neuen Film integriert werden.[166]

---

160 Art. 3 Abs. 2 URG; siehe auch Barrelet/Egloff, Art. 3 URG N 6 f.; SHK-URG/ Cherpillod, Art. 3 URG N 3; CR-PI/Dessemontet, Art. 3 LDA N 6.

161 *Sampling* oder *Sound Sampling* bezeichnet ein Verfahren. Aus diesem Verfahren kann eine Vielzahl von unterschiedlichen musikalischen „Endprodukten" resultieren, wie etwa ein *Remix*, aber auch ein *Music Mashup* oder ein Musikzitat, siehe dazu ausführlich Salagean, 20 ff., 53 ff.; Wegener, Musik und Recht, 329 ff.

162 Ein *Remix* ist eine Bearbeitung, in der vorbestehende Tonaufnahmen neu abgemischt werden, wobei die vorbestehenden Aufnahmen oftmals vollkommen zerlegt, bearbeitet und – teilweise mit weiteren Klängen angereichert – neu zusammengemischt werden, Wegener, Musik und Recht, 374 m.w.H.; Salagean, 53 ff.

163 Ein *Music Mashup* ist eine besondere Form des *Remix*, bei der ausschliesslich vorbestehende Tonaufnahmen bearbeitet und neu zusammengemischt werden; eigene, neue Tonspuren sind darin nicht enthalten resp. bloss als kurze Überleitung zur nächsten vorbestehenden Tonspur, siehe Gelke, 21.

164 Vgl. CR-PI/Dessemontet, Art. 3 LDA N 5; zum deutschen Recht Gelke, 75 ff.; Döhl, 216 f.; vgl. zum U.S.-amerikanischen Recht Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 464 ff. (2016).

165 Zum deutschen Recht OLG Köln, 5. März 1999, 6 U 189/97 (Klammerpose), GRUR 2000, 43, 43 f.; vgl. zudem auch zum U.S.-amerikanischen Recht etwa Patrick Cariou v. Richard Prince, 714 F.3d 694, 705 ff. (2d Cir. 2013); Andrea Blanch v. Jeff Koons, 467 F.3d 244, 250 ff. (2d Cir. 2006); vgl. zum deutschen und zum U.S.-amerikanischen Recht Blume Huttenlauch, 73 ff., 94 ff.

166 So zumindest Von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 226; SHK-URG/ Cherpillod, Art. 2 URG N 42, jeweils mit Kritik an BGE 85 II 120. Keine Bearbeitung, sondern eine blosse Veränderung/Vervielfältigung liegt allerdings dann vor, wenn zwei charakteristische Elemente von einem vorbestehenden Schmuckanhänger – der Edelstein, der von filigranen, silberfarbenen und edelsteinbesetzten Strukturen eingefasst ist und das Element zwischen Kette und Anhänger, der die Struktur der Einfassung aufnimmt – zwar nicht eins zu eins aber vergröbernd

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Bearbeitungsrecht

3.1. Bearbeiten als relevante Nutzungshandlung

Ein Werk im urheberrechtlichen Sinne ist in vielfältiger Weise nutzbar; es kann insbesondere vervielfältigt, geändert oder auch bearbeitet werden.[167] Will ein Werknutzer eine sequenzielle Innovation schaffen, so nimmt er verschiedene solcher Nutzungshandlungen vor. Die Nutzungshandlung des Bearbeitens konsumiert allerdings die übrigen Nutzungshandlungen, ist im Bearbeiten eines Werks doch notgedrungen ein Vervielfältigen und Ändern desselben Werks enthalten.[168] Ist das Bearbeiten eines Werks erlaubt, so ist das in diesem Rahmen stattfindende Vervielfältigen und Ändern des Werks ebenfalls gestattet.[169] Für die juristische Beurteilung von sequenzieller Innovation ist daher primär die Nutzungshandlung des Bearbeitens von Interesse.[170]

Unter Bearbeiten wird dabei in der vorliegenden Abfassung konkret das Umgestalten vorbestehender Werke verstanden, woraus eine neue geistige Schöpfung mit individuellem Charakter – eine sequenzielle Innovation – entsteht.[171]

3.2. Bearbeiten, Bearbeitungsrecht und die resultierenden Endprodukte

Die urheberrechtliche Terminologie ist im Bereich des Bearbeitens verwirrend, führt doch nicht jedes Bearbeiten eines Werks zu einer Bearbeitung im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation; das Endprodukt des Bearbeitens kann auch eine Parodie oder eine freie Benutzung sein. Aus diesem Grund (aber wohl nur aus diesem Grund) kommt der Bezeichnung *Werk zweiter Hand* anstelle von *Bearbeitung* eine gewisse Berechti-

---

für einen Schmuckanhänger übernommen werden, siehe dazu AppGer BS, 1. Juni 2016, sic! 2017, 633, 624, E. 4.3.

167 Vgl. statt vieler Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 310 ff.

168 Vgl. Schulze zum europäischen und deutschen Recht nach SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

169 Das Bearbeitungsrecht kann somit auch als *lex specialis* zum Vervielfältigungs- und Änderungsrecht betrachtet werden, vgl. Handle, Rz. 263; vgl. für das deutsche Recht auch Krusemarck, 194 ff.

170 Siehe dazu ausführlich Kapitel 4 und Kapitel 5.

171 Siehe zur vermeintlichen Diskrepanz zum Bearbeitungsrecht gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b URG sogleich Kapitel 1: II.3.2. sowie Kapitel 4: II.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gung zu.[172] Dennoch wird vorliegend am Begriff der *Bearbeitung* festgehalten. Es ist also Vorsicht geboten, wann immer von Bearbeiten oder vom Bearbeitungsrecht die Rede ist, da damit nicht zwingend indiziert ist, dass aus der Nutzungshandlung eine Bearbeitung im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation hervorgeht; auch eine freie Benutzung oder eine Parodie können daraus resultieren.[173]

3.3. Facetten des Bearbeitungsrechts

Das Bearbeitungsrecht muss – ungeachtet der daraus resultierenden Endprodukte – differenziert betrachtet werden, da das Recht aus drei verschiedenen Facetten besteht, die das Gesetz unterschiedlich behandelt.[174] Nachstehend werden die drei Facetten des Bearbeitungsrechts kurz dargelegt und deren Inhalt erläutert. Auf die konkrete gesetzliche Behandlung wird später einzugehen sein.[175]

Das Bearbeitungsrecht kann unterteilt werden in das Recht auf Erstellung einer sequenziellen Innovation (erste Facette), in das Recht auf Verwendung einer sequenziellen Innovation (zweite Facette) und in das Recht auf Schutz einer sequenziellen Innovation als Werk im urheberrechtlichen Sinn (dritte Facette).

Das Recht auf Erstellung einer sequenziellen Innovation (erste Facette) beinhaltet das Recht, eine sequenzielle Innovation zu schöpfen. Der Schöpfungsakt ist hierbei strikt von der Veröffentlichung und von jeglichen Verwendungshandlungen, wie insbesondere der Verbreitung einer sequenziellen Innovation, abzugrenzen.

Das Recht auf Verwendung einer sequenziellen Innovation (zweite Facette) beinhaltet dahingegen jegliche Handlung, mit der eine sequenzielle Innovation verwendet, also etwa vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich

---

172 Art. 3 URG; siehe allerdings kritisch zum Begriff *Werk zweiter Hand* Kapitel 1: II.2.3.

173 Das in Art. 11 Abs. 1 lit. b URG verankerte Bearbeitungsrecht spricht – zumindest explizit – nur vom Bearbeitungsrecht zur Schaffung einer Bearbeitung. Siehe zur Frage, ob davon implizit auch das Bearbeitungsrecht zur Schaffung von freien Benutzungen und Parodien erfasst wird Kapitel 4: II.

174 Vgl. SHK-URG/Cherpillod, Art. 3 URG N 5; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 5; vgl. zum deutschen Recht Dreier/Schulze/Schulze, § 3 UrhG N 1; Dreier/Schulze/ders., § 23 UrhG N 16 ff.; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 3 UrhG N 20 ff.; Wandtke/Bullinger/ders., § 23 UrhG N 7 ff.

175 Siehe dazu Kapitel 4: III. sowie Kapitel 5: III. ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zugänglich gemacht wird. Diese Facette des Bearbeitungsrechts verleiht dabei unterschiedliche Berechtigungen, je nachdem, wem sie zusteht: Steht das Recht dem Werknutzer und damit dem Urheber der sequenziellen Innovation zu, so bedeutet dies, dass er unabhängig vom Urheber des vorbestehenden Werks die sequenzielle Innovation verwenden kann. Steht das Recht auf Verwendung hingegen dem Urheber des vorbestehenden Werks zu, so bedeutet dies, dass er die Verwendung der sequenziellen Innovation des Werknutzers kontrollieren kann.

Das Recht auf Schutz einer sequenziellen Innovation als Werk im urheberrechtlichen Sinn (dritte Facette) klärt die Frage, ob die sequenzielle Innovation gleich behandelt wird wie unabhängige Werke, ob mit ihr also dieselben Rechte einhergehen, die auch ein unabhängiges Werk nach sich zieht, wie etwa Urheberpersönlichkeitsrechte oder Vergütungsansprüche.[176] Dabei ist auch zu klären, ob die Antwort auf diese Frage davon abhängt, ob die sequenzielle Innovation mit oder ohne Berechtigung erstellt wurde. Sofern die sequenzielle Innovation als Werk im urheberrechtlichen Sinne geschützt wird, stellt sich die Frage, wem dieser Schutz zusteht.

Auf eine ausführliche Analyse dieser dritten Facette des Bearbeitungsrechts wird in der vorliegenden Untersuchung verzichtet; dies deshalb, weil sie kein Teilaspekt der Nutzungshandlung des Bearbeitens darstellt und somit die Nutzungsrechte der Urheber und Werknutzer nicht betrifft. Vielmehr betrifft die dritte Facette des Bearbeitungsrechts den Status der aus der Nutzungshandlung des Bearbeitens resultierenden sequenziellen Innovation. An dieser Stelle ist aber Folgendes anzumerken: Eine sequenzielle Innovation ist per Definition stets eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter. Sie erfüllt damit alle Voraussetzungen, um als Werk im urheberrechtlichen Sinn gemäss Art. 2 Abs. 1 URG zu gelten, womit sie als solches auch selbständig geschützt ist. Für Bearbeitungen hält das Gesetz diesen selbständigen Schutz gar explizit in Art. 3 Abs. 3 URG fest. Der damit einhergehende Schutz als Werk im urheberrechtlichen Sinn wird dem Werknutzer als Urheber der sequenziellen Innovation zugewiesen; im deutschen Urheberrecht ist daher auch die Rede vom Bearbeiterurheberrecht.[177] Diese Zuweisung des Rechts ergibt sich daraus, dass die Ausschliesslichkeitsrechte im schweizerischen Urheberrecht originär erworben werden; es gilt also das sog. Schöpferprinzip, wonach derjenige Urheber ist, der die geistige Schöpfung mit individuellem Charakter erbracht

176 Vgl. Barrelet/Egloff, Art. 3 URG N 9.

177 Siehe dazu Dreier/Schulze/Schulze, § 3 UrhG N 50 ff.; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 3 UrhG N 20 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hat.[178] Der Werknutzer ist somit, wie der Urheber eines vorbestehenden Werks, in den urheberpersönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Interessen an seiner sequenziellen Innovation geschützt. Dies gilt selbst dann, wenn er nicht dazu berechtigt war, die sequenzielle Innovation zu erstellen oder diese zu verwenden. Der Urheber des vorbestehenden Werks muss somit die Urheberrechte des Werknutzers an der sequenziellen Innovation beachten, selbst dann, wenn der Werknutzer durch die Erstellung oder Verwendung der sequenziellen Innovation die Rechte des Urhebers am vorbestehenden Werk verletzt.[179]

3.4. Charakter des Bearbeitungsrechts

Die durch das Urheberrecht gewährten Rechte können in zwei Kategorien unterteilt werden: in Verwendungsrechte und in Urheberpersönlichkeitsrechte. Während Verwendungsrechte primär einen vermögensrechtlichen Charakter haben und übertragbar sind, haben Urheberpersönlichkeitsrechte – wie der Name bereits vermuten lässt – einen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Charakter;[180] sie schützen primär die Beziehung zwischen dem Urheber und seinem Werk und sind nicht übertragbar.[181]

---

178 SHK-URG/Hug, Art. 6 URG N 1, 3.

179 Anders sieht es hingegen nach US-amerikanischem Recht aus, siehe 17 U.S.C. § 103 (a) (2016); siehe dazu auch den Entscheid Stallone v. Anderson, in dem das Gericht der *clean hands*-Doktrin folgte und zum Schluss kam, dass derjenige Werknutzer, der unter Verletzung von Urheberrechten eine sequenzielle Innovation erstellt, für diese keinen Schutz im urheberrechtlichen Sinne erhält, auch wenn die sequenzielle Innovation faktisch alle Werkeigenschaften erfüllt, siehe Stallone v. Anderson, 1989 WL 206431, 9 f. (C.D.Cal. 1989). Siehe auch U.S. Task Force Green Paper on Copyright, 28 (Fn. 144); Lemley, 75 Tex. L. Rev. 989, 1074 f. (1997), welcher eine entsprechende Änderung des U.S. Copyrights vorschlägt (sog. *blocking copyright rule*).

180 Zum Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht statt vieler SHK-URG/Hug, Art. 9 URG N 6 ff.

181 Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 309 ff. Diese Unterteilung ergibt sich bereits aus dem URG, spaltet dieses doch die Urheberrechte in die Rechte zur Verwendung des Werks nach Art. 10 und die Rechte auf Anerkennung der Urheberschaft und auf Werkintegrität nach Art. 9 und 11 auf, vgl. auch SHK-URG/Hug, Art. 9 URG N 2. Daraus lässt sich auch ableiten, dass das schweizerische Urheberrecht der dualistischen Theorie folgt, nach welcher die urheberrechtlichen Berechtigungen streng unterschieden werden zwischen unveräusserlichen, unübertragbaren Urheberpersönlichkeitsrechten und verzicht- und übertragbaren Verwendungsrechten. Der dualistischen Theorie steht die monistische Theorie entgegen, die

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Bearbeitungsrecht einer der beiden Kategorien von Rechten zuzuweisen, bereitet Schwierigkeiten, weist es doch gemäss der herrschenden Lehre und Rechtsprechung sowohl Charakterzüge eines Urheberpersönlichkeitsrechts als auch solche eines Verwendungsrechts auf.[182] Als Urheberpersönlichkeitsrecht qualifiziert das Bearbeitungsrecht, weil es dem Recht auf Schutz der Werkintegrität entstammt – dieses Recht auf Schutz der Werkintegrität ist Ausfluss des Urheberpersönlichkeitsrechts.[183] Mit jeder Bearbeitungshandlung wird demnach in die Werkintegrität und somit in das Urheberpersönlichkeitsrecht eingedrungen.[184] Als Urheberpersönlichkeitsrecht qualifiziert das Bearbeitungsrecht zudem, weil es einen inneren Kern hat, der unantastbar ist, selbst dann, wenn das Bearbeitungsrecht vertraglich oder gesetzlich übertragen wurde (Art. 11 Abs. 2 URG).[185] Als Verwendungsrecht qualifiziert das Bearbeitungsrecht deshalb, weil – mit Ausnahme ebendieses inneren Kerns – vertraglich darüber verfügt werden kann und es der Zwangsvollstreckung untersteht (Art. 18 URG).[186]

Der Doppelcharakter des Bearbeitungsrechts ist in zweierlei Hinsicht bereits der Gesetzessystematik zu entnehmen: Erstens ist das Bearbeitungsrecht in Art. 11 URG eingegliedert und somit den Art. 9 und 10 URG zu den Urheberpersönlichkeitsrechten resp. den Verwendungsrechten nachgestellt; zweitens ist Art. 11 URG in zwei Absätze gegliedert, wobei Abs. 1 primär (aber nicht ausschliesslich) den vermögensrechtlichen Charakter

---

von einem unteilbaren, unübertragbaren, einheitlichen Recht ausgeht, siehe dazu ausführlich Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 491 ff.; siehe auch Neff/Arn, SIWR II/2, 205; Hilty, Rz. 149; SHK-URG/Hug, Art. 9 URG N 2.

182 So 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. allerdings Auf der Maur, AJP 1995, 435, 436 f., 438, der das Bearbeitungsrecht als Urheberpersönlichkeitsrecht kategorisiert; a.A. zudem 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 allgemein dazu auch Botschaft, BBl 1989 III 477, 530.

183 Siehe SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 1; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 1; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 1; Wegener, medialex 2010, 3, 4.

184 Vgl. SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 1, 8.

185 Siehe SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 8; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 1; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 1, 13.

186 Siehe SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 1; SHK-URG/de Werra, Art. 18 URG N 1, 9; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 1; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Bearbeitungsrechts zum Ausdruck bringt, während Abs. 2 den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Charakter – genau genommen dessen innerster Kern – festhält.[187]

Abschliessend kann festgehalten werden, dass das Bearbeitungsrecht aufgrund seines Doppelcharakters nicht abschliessend den Urheberpersönlichkeitsrechten oder den Verwendungsrechten zugeordnet werden kann, enthält es doch Elemente von beiden. Wird das Bearbeitungsrecht ohne entsprechende Einwilligung tangiert, so werden damit sowohl vermögensrechtliche als auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Elemente verletzt.

187 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 auszugestalten 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 wir 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vilfredo Pareto[197] 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 Fischzüchter 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

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Coase[204] 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 regelmässig 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 *Wu* > *Wn*, so ist *U* der effiziente Nutzer; wenn *Wn* > *Wu*, so ist *N* der effiziente Nutzer; *U*: Urheber, *N*: Werknutzer, *Wu*: Wert des Rechts für *U*, *Wn*: Wert des Rechts für *N*.

206 Schäfer/Ott, 72 f.; Sturm/Vogt, 37 ff.

207 Schäfer/Ott, 76.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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, sodass 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Werks gemessen werden, vgl. dazu SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 7 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 blosse 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 16 f.; vgl. auch Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 620.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 künstleri-

---

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 Werbeeffekt 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 berechtigte 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Gebühreneinziehung/-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 machen[266] – 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 wir 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 auschliesslich 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abschliessend kann festgehalten werden, dass ein Entschädigungsrecht stärkere Anreize zur Verwendung von Bearbeitungen setzt als ein Verbotsrecht, 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 Verbotsrecht ausgestaltet, 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

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Hatfpflichtrecht 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 Rechtseinhaltung 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-

---

pien 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Verbotsrecht *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 stattfindet. 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 Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht auszugestalten ist. Wäre es als Verbotsrecht 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 3: Ergebnis zum 1. Teil

Im 1. Teil der vorliegenden Abfassung wurde das Phänomen sequenzieller Innovation und damit zusammenhängend das Bearbeitungsrecht in seinen verschiedenen Facetten zunächst dargelegt (Kapitel 1) und anschliessend aus wirtschaftlicher Sicht analysiert (Kapitel 2). Bei der wirtschaftlichen Analyse wurde in einem ersten Schritt untersucht, wem das Bearbeitungsrecht – also das Recht, freie Benutzungen, Parodien und Bearbeitungen zu erstellen und diese zu verwenden – zuzuweisen ist, um einen effizienten Zustand zu erreichen. In einem zweiten Schritt wurde untersucht, wie das zugewiesene Recht aus wirtschaftlicher Sicht auszugestalten ist.

Ein Vergleich der Interessen des Urhebers und des Werknutzers hat gezeigt, dass es bei der freien Benutzung und bei der Parodie wirtschaftlich effizient ist, wenn Bearbeitungsfreiheit herrscht, wenn also der potenzielle Werknutzer und somit jedermann das Recht hat, eine freie Benutzung oder eine Parodie zu schaffen sowie diese zu verwenden. Gleiches gilt für das Recht, eine Bearbeitung zu schaffen. Hinsichtlich des Rechts, eine Bearbeitung zu verwenden, hat der Vergleich allerdings ergeben, dass die Interessen des Urhebers schwerer wiegen als diejenigen des Werknutzers. Bei Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation ist es somit wirtschaftlich effizient, dem Urheber ein ausschliessliches Recht zur Verwendung von Bearbeitungen zuzuweisen, sodass dieser die Verwendung der Bearbeitungen durch Dritte kontrollieren kann.

Da lediglich hinsichtlich der Verwendung von Bearbeitungen ein Ausschliesslichkeitsrecht bestehen sollte, wurde in der Folge untersucht, wie das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen aus wirtschaftlicher Sicht auszugestalten ist. Zu prüfen war dabei die Ausgestaltung als Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht. Um zu eruieren, welche der beiden Institutionen aus wirtschaftlicher Sicht zu bevorzugen ist, wurden verschiedene Faktoren untersucht; es waren dies die Höhe der Transaktionskosten, die Möglichkeit der Rentenabschöpfung, der Anreiz zu kreativem Schaffen, der Ausgleich der Interessen zwischen Urheber und Werknutzer sowie die Rechtsfolgen einer Verletzung des Rechts. Eine Gesamtschau aller Faktoren hat schlussendlich ergeben, dass das Recht des Urhebers zur Verwendung von Bearbeitungen als Entschädigungsrecht auszugestalten ist.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Teil: Sequenzielle Innovation de lege lata

Im 2. Teil der vorliegenden Abfassung wird untersucht, wie das Bearbeitungsrecht und damit zusammenhängend das Phänomen der sequenziellen Innovation *de lege lata* vom schweizerischen Urheberrecht behandelt wird. Es wird dabei geklärt, inwieweit dem Urheber ein ausschliessliches Bearbeitungsrecht zusteht und ob allenfalls auch dem Werknutzer in gewissen Bereichen ein solches Recht zuerkannt wird. Im Anschluss wird untersucht, wie allfällig erteilte ausschliessliche Bearbeitungsrechte ausgestaltet sind, ob sie also als Entschädigungs- oder als Verbotsrechte durchgesetzt werden. Abschliessend werden die Ergebnisse der wirtschaftlichen Analyse des Bearbeitungsrechts vom 1. Teil mit den Ergebnissen der Untersuchung der schweizerischen Rechtslage *de lege lata* vom 2. Teil verglichen. Es wird sich dabei zeigen, dass die Rechtslage *de lege lata* den wirtschaftlich effizienten Zustand nicht durchwegs zu erreichen vermag.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 4: Bearbeitungsrecht des Urhebers

I. Im Allgemeinen

Das schweizerische Urheberrecht gewährt dem Urheber von Werken der Literatur und Kunst ein Bündel von Rechten, die diesem ausschliesslich zustehen. Dieser Anspruchs- oder auch Rechtebündel beinhaltet gemäss der derzeitigen Rechtslage insbesondere das Bearbeitungsrecht. Die gesetzgeberische Entscheidung, dem Urheber ein ausschliessliches Recht zur Erstellung sequenzieller Innovation zu erteilen, führt dazu, dass das Werk über die konkrete Form hinaus auch in gewissen inhaltlichen Elementen geschützt wird.[290] Dem Bearbeitungsrecht des Urhebers kommt damit wesentliche praktische Relevanz zu, erweitert dieses doch die Reichweite des urheberrechtlichen Schutzes erheblich.

Konkret ist das Bearbeitungsrecht des Urhebers in Art. 11 Abs. 1 lit. b URG verankert und hält fest, dass „*[d]er Urheber [...] das ausschliessliche Recht [hat] zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk zur Schaffung [einer Bearbeitung] verwendet [...] werden darf*".[291] Die Bestimmung weist dem Urheber damit explizit nur die erste Facette des Bearbeitungsrechts – also das Recht zur Erstellung – zu;[292] zudem wird ihm dieses Recht lediglich hinsichtlich Bearbeitungen – nicht aber hinsichtlich freier Benutzungen oder Parodien – ausdrücklich zugesprochen.[293]

Nachstehend wird das Bearbeitungsrecht des Urhebers detailliert untersucht. Dabei wird geprüft, ob sein Bearbeitungsrecht gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b URG nebst dem Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen auch das Bearbeitungsrecht hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien enthält. Zudem wird darauf eingegangen, ob sich dieses Bearbeitungsrecht des Urhebers nur über die erste Facette – das Recht auf Erstellung – erstreckt oder ob auch die zweite Facette – das Recht auf Verwendung – davon erfasst wird.

---

290 Vgl. SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 36 m.w.H.

291 Siehe dazu etwa Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 326; vgl. dazu auch Schulze zum europäischen und deutschen Recht nach SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

292 Siehe zu den Facetten des Bearbeitungsrechts Kapitel 1: II.3.3.

293 Siehe zum Bearbeitungsrecht und die daraus resultierenden Endprodukte Kapitel 1: II.3.2.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen, freier Benutzungen und Parodien

Das Urheberrecht weist dem Urheber gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b URG explizit das Recht zu, vorbestehende Werke zu bearbeiten, um eine Bearbeitung zu schaffen; es weist ihm somit das Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen zu. Das Bearbeitungsrecht hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien wird damit nicht explizit dem Urheber zugewiesen. Ebendieses Bearbeitungsrecht hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien wird – wie sich nachfolgend zeigen wird – über eine Schutzgrenze resp. eine Schrankenbestimmung dem Werknutzer zugewiesen.[294] Die Tatsache, dass allerdings eine spezifische Schutzgrenze und eine Schrankenbestimmung vorgesehen sind, die das Bearbeitungsrecht hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien betreffen, verdeutlicht, dass über Art. 11 Abs. 1 lit. b URG grundsätzlich das Recht zur Vornahme jeglicher Bearbeitungshandlungen dem Urheber zugewiesen wird und nur punktuell – eben überall dort, wo eine Schutzgrenze oder eine Schrankenbestimmung greift – spezifische Bearbeitungsfreiheiten dem Werknutzer zukommen. Gäbe es ebendiese Schranken und Schutzgrenzen nicht, so würden die davon erfassten Bearbeitungshandlungen schliesslich unter das Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers fallen. Eine andere Auslegung, nach welcher über Art. 11 Abs. 1 lit. b URG ausschliesslich das Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen erfasst wird, kann nicht überzeugen, hätte diese doch zur Konsequenz, dass beispielsweise die Parodieschranke rein deklaratorischer Natur ist, die davon erfasste Bearbeitungshandlung also auch ohne die Parodieschranke vom Werknutzer und somit von jedermann frei vorgenommen werden dürfte. Dass dem nicht so ist, ergibt sich bereits aus der Botschaft, gemäss welcher Schrankenbestimmungen in das URG einzuführen sind, um die Werknutzer aus der Illegalität herauszuführen und deren Interessen zu stärken.[295] Würden die von den Schranken erfassten Handlungen ohnehin zulässig sein, so müssten die Werknutzer gar nicht erst aus einer Illegalität gehoben werden; zudem ergäbe sich aus den Schranken keine Stärkung ihrer Interessen, da diesen ohnehin bereits Rechnung getragen würde. Aus dem Gesagten kann somit abgeleitet werden, dass über Art. 11 Abs. 1 lit. b URG das Bearbeitungsrecht grundsätzlich sowohl hin-

294 Siehe dazu Kapitel 5: III. und IV.
295 Botschaft, BBl 1989 III 477, 537 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichtlich Bearbeitungen als auch hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien dem Urheber zusteht.[296]

Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass der Urheber über Art. 11 Abs. 1 lit. b URG grundsätzlich das ausschliessliche Recht hat, seine Werke zu bearbeiten, um Bearbeitungen, Parodien oder freie Benutzungen zu schaffen.

III. Facetten des Bearbeitungsrechts

Dem Urheber steht wie dargelegt gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b URG ein Bearbeitungsrecht zu. Dieses Bearbeitungsrecht kann hinsichtlich der davon erfassten Nutzungshandlung in die Schaffung sequenzieller Innovation (erste Facette) und in deren Verwendung (zweite Facette) unterteilt werden.[297] Art. 11 Abs. 1 lit. b URG weist allerdings lediglich die erste Facette des Schaffens ausdrücklich dem Urheber zu. Es ist somit fraglich, wie weit das ausschliessliche Bearbeitungsrecht des Urhebers reicht, ob es also insbesondere auch die zweite Facette erfasst. Nachfolgend sollen daher die beiden Facetten des Bearbeitungsrechts einzeln betrachtet und dabei geklärt werden, ob das Recht grundsätzlich dem Urheber zusteht.

1. Recht auf Erstellung einer sequenziellen Innovation

Das Recht auf Erstellung einer sequenziellen Innovation bestimmt, wer zur Vornahme des Realakts der Schöpfung einer sequenziellen Innovation berechtigt ist, wobei dieses Recht nur zur Erstellung im persönlichen Bereich berechtigt. Dieser stark eingeschränkte materielle Geltungsbereich

---

296 Diese grundsätzliche Zuweisung des Bearbeitungsrechts an den Urheber spielt in der Praxis allerdings kaum eine Rolle, sieht das URG doch wie erwähnt diverse Einschränkungen dazu vor. Es ist daher auch anzumerken, dass aus dem Verhältnis der grundsätzlichen Berechtigung des Urhebers und deren punktuellen Begrenzung über Schrankenbestimmungen nicht abgeleitet werden soll, dass Schrankebestimmungen in einem Subordinationsverhältnis zu der Berechtigung des Urhebers stehen, vgl. dazu Brändli, Rz. 123; vgl. zudem zum deutschen Recht Geiger, 143, 150 f.

297 Eine dritte Facette betrifft das Recht auf Schutz einer sequenziellen Innovation als Werk im urheberrechtlichen Sinn und damit den Status der aus der Nutzungshandlung resultierenden sequenziellen Innovation, siehe dazu ausführlich Kapitel 1: II.3.3.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Rechts auf die Erstellung einer sequenziellen Innovation, welcher insbesondere in der fehlenden Kundgabe der sequenziellen Innovation an die Öffentlichkeit zum Ausdruck kommt, lässt vermuten, dass das Erstellungsrecht liberal verteilt wird.[298] Diese Vermutung schlägt allerdings fehl, hält Art. 11 Abs. 1 lit. b URG doch fest, dass der Urheber das ausschliessliche Recht hat, zu bestimmen, ob wann und wie mit seinem Werk eine sequenzielle Innovation erstellt wird.[299] Für die Schweiz wird das Recht auf Erstellung einer sequenziellen Innovation also grundsätzlich dem Urheber zugewiesen. Durch diese restriktive Regelung kann der Urheber den kulturellen Fortschritt wesentlich beeinflussen, liegt es doch in seiner Hand, sein Werk weiterzuentwickeln. Grund für diese restriktive Haltung im schweizerischen Recht ist das Bestreben, die Unversehrtheit eines jeden Werkes zu gewährleisten, ist der Schutz der Werke doch primär urheberpersönlichkeitsrechtlich legitimiert.[300] Als Konsequenz daraus wird das kulturelle Schaffen eingeschränkt.[301]

2. Recht auf Verwendung einer sequenziellen Innovation

Das Recht auf Verwendung der sequenziellen Innovation beinhaltet jegliche mit einem Werk einhergehenden Verwendungsrechte.[302] Da die sequenzielle Innovation als Werk im urheberrechtlichen Sinn geschützt ist,[303] gilt nicht der Urheber des vorbestehenden Werks als dessen Urheber,

---

298 Diese Vermutung bewahrheitet sich zumindest im deutschen UrhG, das in dessen § 23 *e contrario* festhält, dass es keiner Zustimmung des Originalurhebers bedarf, um eine sequenziellen Innovation zu erstellen, womit jedermann dazu berechtigt ist, siehe dazu auch Krusemarck, 192 f.

299 Siehe dazu auch Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 303; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 5. Hiervon ausgenommen ist wie erwähnt die in Art. 12 Abs. 3 URG enthaltene Ausnahme, wonach bei ausgeführten Werken der Baukunst der Eigentümer auch ohne Zustimmung des Urhebers das Bauwerk bearbeiten darf, SHK-URG/Pfortmüller, Art. 12 URG N 20; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 2; Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 327.

300 Botschaft, BBl 1989 III 477, 530.

301 Siehe allerdings Kapitel 5: II. zu dem Schutzbereich und den Schranken des Bearbeitungsrechts des Urhebers. Die Schranke des Privatgebrauchs führt dazu, dass sich im Vergleich zur deutschen Regelung des § 23 UrhG praktisch kein Unterschied ergibt; der Unterschied hinsichtlich des Rechts zur Erstellung einer sequenziellen Innovation ist daher rein dogmatischer Natur, siehe dazu Kapitel 5: V.2.2.

302 Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 310.

303 Siehe dazu ausführlich Kapitel 1: II.1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sondern der Urheber der sequenziellen Innovation, der sich als Werknutzer am vorbestehenden Werk bedient hat. Ihm und nicht etwa dem Urheber des vorbestehenden Werks steht damit gemäss Art. 10 Abs. 1 URG das ausschliessliche Recht zu, über die Verwendung seiner sequenziellen Innovation zu bestimmen.[304]

Diese Zuweisung der Verwendungsrechte beim Werknutzer wird jedoch entscheidend relativiert: Gemäss Art. 3 Abs. 4 URG bleibt der Schutz des vorbestehenden Werks vorbehalten. Der Urheber einer sequenziellen Innovation kann seine Verwendungsrechte daher nur dann geltend machen, wenn der Urheber des vorbestehenden Werks einer entsprechenden Verwendung zustimmt, führt doch eine Verwendung der sequenziellen Innovation notgedrungen zu einer Verwendung der darin enthaltenen Werkteile des vorbestehenden Werks. Das Recht auf Verwendung einer sequenziellen Innovation steht somit im Sinne eines Kontrollrechts dem Urheber zu, da er die Verwendung ebendieser sequenziellen Innovation eines Werknutzers blockieren kann, indem er dem Werknutzer die entsprechende Einwilligung verweigert.

IV. Zwischenergebnis

Dem Urheber steht wie dargelegt im Grundsatz ein ausschliessliches Bearbeitungsrecht zu. Dieses ausschliessliche Bearbeitungsrecht besteht dabei sowohl hinsichtlich Bearbeitungen als auch hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien; es erstreckt sich zudem sowohl auf die erste Facette des Bearbeitungsrechts – also auf das Recht, sequenzielle Innovation zu erstellen –, als auch in gewisser Weise auf die zweite Facette des Bearbeitungsrechts – also auf das Recht, sequenzielle Innovation zu verwenden. Das Recht zur eigentlichen Verwendung steht zwar dem Werknutzer – also dem Urheber der sequenziellen Innovation – zu, stellt doch die sequenzielle Innovation ein selbständig geschütztes Werk dar, das eigene Rechte für dessen Urheber nach sich zieht. Da die Verwendungsrechte des Urhebers des vorbestehenden Werks allerdings gemäss Art. 3 Abs. 4 URG vorbehalten bleiben, hat dieser ein Kontrollrecht über die Verwendung sequenzieller Innovation, sodass er im Endeffekt sowohl die erste als auch die zweite Facette des Bearbeitungsrechts kontrollieren kann.

---

304 Marbach/Ducrey/Wild, Rz. 304.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 5: Recht auf Bearbeitungsfreiheit des Werknutzers

I. Vorbemerkungen

Das Recht und die Kontrolle des Urhebers über die Erstellung und Verwendung sequenzieller Innovation steht wie dargelegt sowohl hinsichtlich Bearbeitungen als auch hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien dem Urheber zu (Art. 11 Abs. 1 lit. b URG).[305] Das URG legt allerdings konkrete Grenzen fest, die diesen ausschliesslichen Rechts- und Kontrollbereich des Urhebers einschränken. Diese Grenzen zeigen sich einerseits am Rande des Schutzbereichs des Bearbeitungsrechts des Urhebers[306] und andererseits in den Schrankenbestimmungen, denen sich ebendieses Recht ausgesetzt sieht.[307]

Der Rechts- und Kontrollbereich des Urhebers wird eingegrenzt, um die widerstreitenden, grundrechtlich geschützten Interessen des Urhebers auf der einen Seite und diejenigen des potenziellen Werknutzers resp. der Allgemeinheit auf der anderen Seite auszugleichen.[308] Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts steckt dabei den äusseren Rand des urheberrechtlichen Schutzes – quasi die Grenzen des Bearbeitungsrechtslandes – ab. Die Schrankenbestimmungen legen den Bereich fest, der zwar vom äusseren Rand des urheberrechtlichen Schutzes erfasst ist, der aber dennoch vom Schutz ausgenommen ist – also quasi eine Enklave im Land des Bearbeitungsrechts darstellt, in der kein Schutz besteht.[309] Die durch den Schutzbereich und die Schrankenbestimmungen abgesteckten Bereiche, in denen

---

305 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 7.

306 Siehe dazu sogleich Kapitel 5: II.1.

307 Siehe dazu Kapitel 5: II.2.

308 SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2, 4; siehe zu den betroffenen Grundrechten Kapitel 2: IV.1.

309 Vgl. SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 3 f. Der Schutzbereich und die Schranken des Bearbeitungsrechts des Urhebers werden ergänzt um die zeitliche Grenze resp. die zeitliche Schranke des Art. 29 Abs. 2 lit. b URG, gemäss welcher der Werkschutz 50 resp. 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers erlischt; siehe dazu ausführlich statt vieler SHK-URG/Müller, Vorbem. Art. 29–32 URG N 4; SHK-URG/Reutter Gerster, Art. 29 URG N 1 ff. Nach Ablauf der Schutzfrist stellt das Werk Gemeingut dar; siehe dazu ausführlich Kapitel 5: V.1.1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für den Urheber kein Schutz besteht, sind die Bereiche, in denen der Werknutzer ein vorbestehendes Werk bearbeiten darf.

Die Lehre ist sich uneinig darüber, ob in diesem Bereich, in dem der Werknutzer ein vorbestehendes Werk bearbeiten darf, von einem *Recht* ebendieses Werknutzers gesprochen werden kann. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass Schrankenbestimmungen dem Werknutzer ein echtes Naturrecht und damit ein subjektives Recht verleihen, da das schweizerische Urheberrecht etwa mit Art. 39a Abs. 4 URG ebendiesem Recht zur Durchsetzung verhelfe, der Werknutzer somit also in gewisser Hinsicht einen Anspruch auf Nutzung habe.[310] Ein anderer Teil der Lehre verneint dies hingegen, da Schrankenbestimmungen eben kein mit dem Urheberrecht vergleichbares subjektives Recht, sondern bloss einen Anspruch gegenüber dem jeweiligen Rechtsinhaber verleihen, dieser Anspruch allerdings nicht ohne Weiteres durchsetzbar sei.[311] Dieser Lehrmeinung ist beizupflichten, sind doch die durch die Schrankenbestimmungen dem Werknutzer zustehenden Rechte nicht in gleicher Weise durchsetzbar wie diejenigen des Urhebers. Da der Werknutzer durch die Schrankenbestimmungen allerdings ebenfalls ein rechtlich geschütztes Interesse hat, wird sein Anspruch vorliegend ebenfalls als *Recht* betrachtet – ein Teil der Lehre bezeichnet sein Anspruch auch als *objektives Recht*.[312] Die Schrankenbestimmungen und Schutzgrenzen legen demnach das Gegenrecht des Werknutzers zum Bearbeitungsrecht des Urhebers – quasi das (objektive) „Bearbeitungsrecht des Werknutzers" fest. Dieses Gegenrecht des Werknutzers wird vorliegend als *Recht auf Bearbeitungsfreiheit* bezeichnet.

Nachfolgend wird – zunächst allgemein und dann spezifisch zu den drei Kategorien sequenzieller Innovation – untersucht, wie weit der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers reicht und inwiefern sein Rechts- und Kontrollbereich zugunsten eines Rechts auf Bearbeitungsfreiheit des Werknutzers eingeschränkt wird.

---

310 So im Ergebnis zum deutschen Recht etwa Geiger, 143, 149 m.w.N.

311 So etwa Hilty, Rz. 216; so wohl auch Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 4; siehe ausführlich zum Lehrstreit in Deutschland Stieper, 99 ff., 170 ff., jeweils m.w.N., der differenziert, je nachdem, aus welcher Schranke sich die Nutzungsfreiheit des Werknutzers ableitet und wie er diese durchsetzen kann.

312 Siehe zum deutschen Recht Geiger, 143, 149 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Im Allgemeinen

1. Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers

Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers steckt wie erläutert den äusseren Rand des urheberrechtlichen Schutzes ab und kann daher als Grenze vom Land des Bearbeitungsrechts bezeichnet werden. Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers ist generell eröffnet, wenn eine vorbestehende geistige Schöpfung mit individuellem Charakter (Art. 2 Abs. 1 URG) in der Weise umgestaltet wird, dass eine neue geistige Schöpfung mit eigenem individuellem Charakter entsteht, sei dies eine Bearbeitung, eine Parodie oder eine freie Benutzung. Dieser Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers wird auf drei Arten eingegrenzt: durch die Grenze der Verwendung von Gemeingut, durch die Grenze der Doppelschöpfung[313] und durch die Grenze der freien Benutzung. Die Grenze der Verwendung von Gemeingut und die Grenze der Doppelschöpfung können *e contrario* den Schutzvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 URG entnommen werden. Die Schutzgrenze der freien Benutzung lässt sich nicht aus dem URG ableiten,[314] das Bundesgericht anerkennt sie aber als ungeschriebene Norm des schweizerischen Rechts.[315] Wird eine dieser drei Schutzgrenzen erreicht, so fällt die konkrete Nutzung des vorbestehenden Werks nicht unter das Bearbeitungsrecht des Urhebers, sondern steht dem potenziellen Werknutzer und somit jedermann zu; in diesem Bereich hat der Werknutzer somit ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit.

2. Schranken des Bearbeitungsrechts des Urhebers

Das URG sieht diverse Schranken vor, anhand derer der Rechts- und Kontrollbereich des Urhebers eingeschränkt werden.[316] Diese in einem sog. enumerativen Schrankenkatalog zusammengefassten Schranken sind

313 Siehe allerdings zum Lehrstreit dazu Kapitel 5: V.1.2.

314 A.A. Handle, Rz. 264, der die freie Benutzung in Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 URG *e contrario* enthalten sieht. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 URG definiert den Begriff der Bearbeitungen und behält den Schutz der vorbestehenden Werke darin vor. Inwiefern in dieser Bestimmung *e contrario* die freie Benutzung enthalten ist, wird allerdings nicht erläutert und ist m.E. auch nicht ersichtlich.

315 Siehe BGE 85 II 120, E. 8.

316 Die Schrankenbestimmungen tangieren die Verwendungsrechte des Urhebers, teilweise aber auch die Urheberpersönlichkeitsrechte, sofern dies die jeweilige

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilweise als umfassende Schranken ausgestaltet und berechtigen den Werknutzer damit zur einwilligungs- und vergütungsfreien Nutzung – also zur Nutzung, die ohne die Einwilligung des Urhebers zulässig ist und für welche ebendiesem Urheber keine Vergütung zu zahlen ist;[317] teilweise sind die Schranken aber auch als gesetzliche Lizenzen[318] oder Zwangslizenzen[319] ausgestaltet, womit die Nutzung zwar ohne die Einwilligung des Urhebers zulässig ist, ebendiese Nutzung aber eine Vergütungspflicht nach sich zieht. Andere Schranken sind alsdann in der Form der kollektiven Verwertungspflicht[320] oder – gemäss dem Entwurf für die Revision des URG – neu auch in der Form der erweiterten Kollektivlizenz[321] ausgestaltet, womit das Verwertungsrecht zwar nicht berührt wird, dessen Ausübung aber über die Verwertungsgesellschaften erfolgen muss resp. kann.[322] Die vom URG vorgesehenen Schranken betreffen teilweise alle Verwendungsrechte

---

Schrankenbestimmung erfordert; die Parodieschranke, um ein Beispiel zu nennen, tangiert nicht bloss die vermögensrechtlichen Elemente des Bearbeitungsrechts, sondern auch dessen urheberpersönlichkeitsrechtliche Elemente, siehe dazu Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 3. Die unverzichtbaren Urheberpersönlichkeitsrechte bleiben allerdings vorbehalten, siehe dazu dies., Art. 9 N 7, Art. 11 N 9, 13 f.

317 SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2, die zudem anmerken, dass der Gesetzgeber mit den umfassenden Schranken der Tatsache Rechnung trägt, dass es, von der ursprünglichen Verteilung der Ausschliesslichkeitsrechte abgesehen, Situationen gibt, in denen die Interessen der Werknutzer absolut überwiegen; in diesen Situationen soll die Nutzung vorbestehender Werke zulässig sein. Beispiele für umfassende Schranken sind die Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG oder die Zitatschranke von Art. 25 URG.

318 Beispiele für gesetzliche Lizenzen zum Vervielfältigen sind die Schulgebrauchsschranke gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG oder die Schranke für betriebsinternen Gebrauch gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG.

319 Das einzige Beispiel einer Zwangslizenz im URG liefert Art. 23 zur Herstellung von Tonträgern.

320 Beispiele für kollektive Verwertungsplichten sind Art. 22, 22a, 22b, 22c und 24b URG, siehe dazu SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 13.

321 Botschaft, BBl 2018 591, 641 ff.; diese erweiterte Kollektivlizenz ist gemäss dem Entwurf in Art. 43a E-URG einzuführen.

322 SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2; Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 2; SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 13. Der schweizerische Gesetzgeber hat diese verschiedenen Arten von Schranken eingeführt im Versuch, einen differenzierten Ausgleich der Interessen aller Beteiligten zu erreichen; siehe dazu SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2, 13 m.w.H.; siehe zur Einführung der erweiterten Kollektivlizenz BBl 2018 591, 639 ff.; Egloff, sic! 2014, 671 ff.; siehe zur Qualifikation der erweiterten Kollektivlizenz als Schranke Egloff, sic! 2014, 671, 677.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Urhebers, teilweise beschränken sie aber auch nur gewisse der urheberrechtlichen Verwendungsrechte.[323]

Die Schrankenbestimmungen, die das Bearbeitungsrecht des Urhebers tangieren, sind als umfassende Schranken ausgestaltet; es sind dies die Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG,[324] die Privatgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG, die Schulgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. b URG[325] sowie die Zitatschranke von Art. 25 URG.[326] Diese Schranken legen daher für das Bearbeitungsrecht des Urhebers den Bereich fest, der zwar vom äusseren Rand des urheberrechtlichen Schutzes erfasst ist, der aber dennoch vom Schutz ausgenommen ist und damit sozusagen eine En-

---

323 Zur Rechtnatur der Schrankenbestimmungen siehe ausführlich für Deutschland Kleinemenke, 67 ff.

324 Auch wenn die Parodiefreiheit nicht zusammen mit den übrigen Schrankenbestimmungen im 5. Kapitel des URG kodifiziert ist, ist sie dennoch eine Schranke, siehe dazu Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 15; CR-PI/Philippin, Art. 11 LDA N 3; SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 3; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16 f.

325 Gemäss der Botschaft, BBl 1989 III 477, 539, ist die Eigengebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 URG rechtstechnisch gesehen als gesetzliche Lizenz einzustufen, die allerdings in Verbindung mit Art. 20 URG teils unentgeltlich, teils entgeltlich ausgestaltet ist. Dem ist wohl zuzustimmen, wäre die Eigengebrauchsschranke doch ansonsten geteilt in eine umfassende Schranke (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 URG) und eine gesetzliche Lizenz (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG), was wohl nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprach. Der Teil der Eigengebrauchsschranke, der als unentgeltliche gesetzliche Lizenz ausgestaltet ist, kann allerdings insofern als umfassende Schranke bezeichnet werden, als er eine einwilligungs- und vergütungsfreie Nutzung gestattet und somit zumindest wie eine umfassende Schranke wirkt. Siehe auch Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 758, der wohl eine geteilte Qualifikation als umfassende Schranke und gesetzliche Lizenz hinnimmt.

326 Im Schulgebrauch ist das Vervielfältigen von Werken vergütungspflichtig (Art. 20 Abs. 2 URG), andere Nutzungshandlungen wie das Bearbeiten sind aber vergütungsfrei zulässig; siehe dazu SHK-URG/Gasser, Art. 19 URG N 18. Die Schranke des Art. 19 Abs. 1 lit. c URG für den betriebsinternen Gebrauch betrifft lediglich das Vervielfältigungsrecht; das Bearbeitungsrecht des Urhebers wird dadurch nicht tangiert, weshalb diese nicht als Schranke des Bearbeitungsrechts des Urhebers zu betrachten ist. Ebenso wenig führt die mit der Revision des URG vorgesehene erweiterte Kollektivlizenz zu einer Beschränkung des Bearbeitungsrechts, vgl. Art. 43a E-URG; Botschaft, BBl 2018 591, 641 ff.; Egloff, sic! 2014, 671 ff. Dies ist bedauerlich, da die erweiterte Kollektivlizenz grundsätzlich gemäss ihrem Wortlaut das Potenzial hätte, das Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen zu flexibilisieren, vgl. dazu sowie generell zur erweiterten Kollektivlizenz Botschaft, BBl 2018 591 ff., 639 ff.; Egloff, sic! 2014, 671 ff.; ders., 122.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

klave im Land des Bearbeitungsrechts darstellt, in der kein Schutz besteht. Nutzungen, die von diesen Schranken erfasst werden, fallen somit nicht unter das Bearbeitungsrecht des Urhebers, sondern stehen dem potenziellen Werknutzer und somit jedermann zu; in diesem Bereich hat der Werknutzer somit ebenfalls ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit.

III. Freie Benutzungen

Freie Benutzungen als erste Kategorie sequenzieller Innovation sind Ausfluss der gleichnamigen Schutzgrenze des schweizerischen Urheberrechts; diese Schutzgrenze ist zwar nicht explizit dem URG zu entnehmen, sie ist aber als ungeschriebene Norm im schweizerischen Recht anerkannt. Die sequenzielle Innovation der freien Benutzungen wird somit anhand der Schutzgrenze definiert und durch diese vom Bearbeitungsrecht des Urhebers ausgenommen.[327]

Die Schutzgrenze führt dazu, dass eine Bearbeitungshandlung nur noch dann vom Bearbeitungsrecht des Urhebers erfasst wird, wenn der individuelle Charakter des verwendeten Werks im daraus resultierenden Werk erkennbar bleibt; ist der individuelle Charakter des verwendeten Werks allerdings nicht mehr erkennbar resp. verblasst er hinter der Individualität des neuen Werks (sog. Verblassensformel), so fällt die Bearbeitungshandlung ausserhalb des Schutzbereichs des Bearbeitungsrechts des Urhebers und somit in den Bereich, in dem der potenzielle Werknutzer und somit jedermann bearbeiten darf.[328]

Der Gesetzgeber hat hier, wenn auch nicht explizit aber immerhin als ungeschriebene Norm des schweizerischen Rechts, anerkannt, dass die Interessen der Allgemeinheit stärker wiegen als diejenigen der Urheber. Diese Interessensgewichtung ist insbesondere aufgrund der mangelnden Erkennbarkeit resp. aufgrund des Verblassens der Individualität des vorbestehenden Werks zutreffend, kann dem verwendeten Werk doch ohne Erkennbarkeit auch kein Schaden zugefügt werden.[329] Es ist daher auch nicht

---

327 Von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 271; für Beispiele von freien Benutzungen siehe Kapitel 1: II.2.1.; siehe ausführlich zur Abgrenzung zwischen freier Benutzung und Bearbeitung Kapitel 5: V.1.3.

328 Die Schutzgrenze der freien Benutzung geht damit weiter als diejenige der Verwendung von Gemeingut, siehe dazu Handle, Rz. 272.

329 Siehe dazu ausführlich Kapitel 2: IV.1.2.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

notwendig, den Schutz des vorbestehenden Werkes vorzubehalten, wie dies Art. 3 Abs. 4 URG vorsieht.

Für freie Benutzungen als erste Kategorie sequenzieller Innovation kann somit festgehalten werden, dass sie über die gleichnamige Schutzgrenze vom Bearbeitungsrecht des Urhebers ausgenommen werden und somit jedem potenziellen Werknutzer das Recht zukommt, freie Benutzungen zu schaffen und diese unabhängig von der Einwilligung des Urhebers zu verwenden. Über die Schutzgrenze der freien Benutzung hat der Werknutzer somit ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit, das die Schöpfung und unabhängige Verwendung freier Benutzungen umfasst.

IV. Parodien

Die Parodie als zweite Kategorie sequenzieller Innovation wird durch die gleichnamige Schrankenbestimmung des Art. 11 Abs. 3 URG in das Urheberrecht eingeführt. Gemäss der Schranke *„[...] ist die Verwendung bestehender Werke zur Schaffung von Parodien oder mit ihnen vergleichbare Abwandlungen des Werks [zulässig].“* Wie bei der Schutzgrenze der freien Benutzung, so wird die Parodie anhand der Schrankenbestimmung definiert und zugleich vom Bearbeitungsrecht des Urhebers ausgenommen.[330]

Art. 11 Abs. 3 URG spricht von *Parodien oder mit ihnen vergleichbaren Abwandlungen*. Unter der Parodie wird eine kritisch-belustigende Abwandlung von vorbestehenden Werken verstanden, wobei der Begriff der Parodie auf literarische Werke beschränkt ist.[331] Unter den Begriff der *vergleichbaren Abwandlungen* fallen Parodien anderer Werkkategorien,[332] aber auch andere humoristische Nachahmungsformen, die den Charaktereigen-

330 Vgl. Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16 f.; Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 620, 622 m.w.H.; vgl. auch SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10; für Beispiele von Parodien siehe Kapitel 1: II.2.2.

331 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10; so auch bereits die Botschaft, BBl 1989 III 477, 530, die von der Parodie als bekannteste Form der literarischen Satire spricht.

332 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 18 m.w.H.; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaften einer Parodie (kritisch-belustigende Schöpfung) entsprechen, wie etwa die Travestie[333].[334]

Während mit der Parodiefreiheit von Art. 11 Abs. 3 URG explizit nur das Recht auf Erstellung der Parodie vom Schutz ausgenommen wird, so wird das Recht auf Verwendung der Parodie, das zwar grundsätzlich dem Werknutzer zusteht, aber unter dem Kontrollrecht des Urhebers steht,[335] implizit auch von der Parodieschranke erfasst;[336] schliesslich kann mit der Parodie nur dann eine kritisch-belustigende Wirkung erreicht werden, wenn ebendiese Parodie auch verwendet und damit der Öffentlichkeit unterbreitet werden darf.[337] Art. 3 Abs. 4 URG, der den Schutz des vorbestehenden Werks vorbehält, findet somit im Rahmen der Parodiefreiheit keine Anwendung.

Was das Urheberpersönlichkeitsrecht auf Schutz der Werkintegrität anbelangt, so ist dieses grundsätzlich verletzt, sobald eine Bearbeitungshandlung vorliegt.[338] Eine gesetzliche Schranke, die ebendiese Bearbeitungshandlung allerdings legitimiert, gestattet zugleich auch die damit einhergehende Verletzung der Werkintegrität. Wird also eine Parodie im Sinne von Art. 11 Abs. 3 URG erstellt und verwendet, so ist die damit einhergehende Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts durch die Parodieschranke ebenfalls legitimiert.[339] Diese Legitimation ist allerdings beschränkt auf Veränderungen des Werks, die den Urheber nicht im harten Kern seiner Persönlichkeit verletzen; wird seine Persönlichkeit allerdings durch die Werkveränderung in ebendiesem harten Kern verletzt, indem das Werk entstellt wird, so kann sich der Urheber gemäss Art. 11 Abs. 2

---

333 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 18 m.w.H.; Wegener, Sound Sampling, 272. Bei der Travestie wird die formelle Gestalt des vorbestehenden Werks verändert, der Inhalt aber übernommen, siehe dazu Botschaft, BBl 1989 III 477, 530.

334 Siehe dazu Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 615 ff. m.w.N., der darauf hinweist, dass sich Urheber von Parodien oder vergleichbaren Abwandlungen kaum an strenge Definitionen halten und als vergleichbare Abwandlung daher jede Abwandlung zu verstehen ist, die dieselben charakteristischen Züge wie die Parodie trägt.

335 Siehe dazu Kapitel 4: III.2.

336 Vgl. CR-PI/Philippin, Art. 11 LDA N 31; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 13.

337 Siehe Rigamonti, 288 f.

338 Siehe SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 1, 8.; siehe dazu bereits Kapitel 1: II.3.4.

339 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 4.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

URG trotz der gesetzlichen Befugnis von Art. 11 Abs. 3 URG dagegen zur Wehr setzen.[340]

Für die Parodie als zweite Kategorie sequenzieller Innovation gilt somit, dass sie nicht vom Bearbeitungsrecht des Urhebers erfasst ist. Dank der umfassenden Schranke von Art. 11 Abs. 3 URG hat jeder potenzielle Werknutzer das Recht, eine Parodie zu schaffen und diese ohne Einwilligung des Urhebers des vorbestehenden Werks zu verwenden. Über die Parodieschranke hat der Werknutzer somit ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit, das die Schöpfung und unabhängige Verwendung von Parodien umfasst.

V. Bearbeitungen

Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation werden gleich mehrfach im URG erwähnt. Art. 3 Abs. 1 URG definiert Bearbeitungen – sprich Werke zweiter Hand – als *„geistige Schöpfung mit individuellem Charakter, die unter Verwendung bestehender Werke so geschaffen werden, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben [...].“* Art. 3 Abs. 2 URG präzisiert, dass *„insbesondere Übersetzungen sowie audiovisuelle und andere Bearbeitungen“* darunter fallen. Art. 11 Abs. 1 lit. b URG hält alsdann fest, dass *„[d]er Urheber [...] das ausschliessliche Recht [hat] zu bestimmen, ob, wann und wie [sein] Werk zur Schaffung eines Werks zweiter Hand verwendet [...] werden darf.“* Der Gesetzgeber sieht allerdings keine Schutzgrenze oder Schrankenbestimmung vor, die spezifisch auf die Schöpfung und unabhängige Verwendung von Bearbeitungen zugeschnitten ist. Nachfolgend soll untersucht werden, ob dennoch eine der bestehenden Schutzgrenzen oder Schrankenbestimmungen unter Umständen auf Bearbeitungen Anwendung findet.

1. Mögliche einschlägige Schutzgrenzen

Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers wird – wie bereits dargelegt – durch die Schutzvoraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 URG grundsätzlich abgesteckt und durch drei Schutzgrenzen eingegrenzt: durch die Grenze der Verwendung von Gemeingut, durch die Grenze der Doppel-

340 Siehe SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 8; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 9; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 13 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schöpfung und durch die Grenze der freien Benutzung.[341] Es ist nachfolgend zu prüfen, ob eine dieser drei Schutzgrenzen auf Bearbeitungen anwendbar ist.

1.1. Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut

Die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut erlaubt dem Werknutzer, vorbestehende Schöpfungen für die sequenzielle Innovation zu verwenden, sofern der übernommenen Schöpfung kein eigener Werkschutz zukommt, sie also nicht genügend individuell ist, um selbst urheberrechtlichen Schutz zu erfahren (Art. 2 Abs. 1 URG) oder aber sofern die übernommene Schöpfung zwar ursprünglich urheberrechtlich geschützt war, deren Schutz aber bereits abgelaufen ist (nach 50 resp. 70 Jahren, Art. 29 URG).[342] Daraus folgt, dass Schöpfungen, die keine individuelle Prägung aufweisen oder deren Schutzdauer bereits abgelaufen ist, zum Gemeingut gehören. Daraus folgt zudem, dass es zwei Ausprägungen von Gemeingut gibt: Gemeingut, das keinen Werkcharakter hat und solches, das Werkcharakter hat, aber nicht mehr geschützt ist.[343]

Wird Gemeingut verwendet, so ist diese Handlung nicht vom Bearbeitungsrecht des Urhebers erfasst und für den Werknutzer somit zulässig, unabhängig davon, welche Ausprägung des Gemeinguts vorliegt. Je nach Ausprägung ergeben sich aber Unterschiede für die Qualifikation als sequenzielle Innovation und als Recht auf Bearbeitungsfreiheit des Werknutzers: Wird eine Schöpfung verwendet, die keine individuelle Prägung hat, so wird auch nichts urheberrechtlich Geschütztes verwendet, womit daraus auch keine Bearbeitung – also eine auf einem vorbestehenden *Werk* aufbauende sequenzielle Innovation – resultiert. Die Schöpfung, die aus der Verwendung des Gemeinguts ohne individuelle Prägung entsteht, ist eine neue, unabhängige Schöpfung. Die vorgenommene Handlung ist daher auch nicht als Bearbeitungshandlung, sondern als Neuschöpfung zu bezeichnen. Wird nun allerdings eine Schöpfung verwendet, die ein individuelles Gepräge hat, deren Schutzdauer aber bereits abgelaufen ist, so liegt

---

341 Siehe dazu bereits Kapitel 5: II.1.

342 Vgl. SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 56; SHK-URG/Reutter Gerster, Art. 29 URG N 10; siehe zu den Schutzvoraussetzungen von Werken Kapitel 1: I.3.

343 Vgl. von Moltke, 52 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine Bearbeitung vor,[344] die vorgenommene Bearbeitungshandlung wird aber nicht mehr vom Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers erfasst und darf daher vom Werknutzer vorgenommen werden.[345] Bei letzterer Ausprägung des Gemeinguts kann somit von einem Recht auf Bearbeitungsfreiheit des Werknutzers gesprochen werden, das die Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen umfasst.

Es kann somit festgehalten werden, dass die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut ohne individuelle Prägung für den Werknutzer kein Recht auf Bearbeitungsfreiheit statuiert. Wird Gemeingut ohne individuelles Gepräge verwendet, so stellt die daraus resultierende Schöpfung zwar eine neue, unabhängige Schöpfung dar, zu deren Schöpfung der Werknutzer berechtigt ist; dies wird ihm aber nichts nützen, wenn er in erkennbarer Weise auf vorbestehenden Werken aufbauen und damit eine Bearbeitung schaffen und diese unabhängig verwenden möchte. Die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut mit individueller Prägung aber abgelaufener Schutzfrist führt hingegen zu einem Recht auf Bearbeitungsfreiheit des Werknutzers; dieser darf unter Verwendung des vorbestehenden Werks – des Gemeinguts mit individueller Prägung aber abgelaufener Schutzfrist – eine Bearbeitung erstellen und diese ohne Einwilligung des Urhebers des vorbestehenden Werks verwenden.

1.2. Schutzgrenze der Doppelschöpfung

Als Doppelschöpfung (auch Parallelschöpfung genannt) wird eine Schöpfung bezeichnet, die identisch oder nahezu identisch ist mit einer bereits existierenden Schöpfung, wobei die beiden Schöpfungen unabhängig voneinander geschaffen wurden.[346] Die vorbestehende Schöpfung kann dabei als Erstschöpfung, die später folgende, identische oder nahezu identische Schöpfung als Zweitschöpfung bezeichnet werden. Die schweizerische

344 Siehe dazu für Deutschland Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 3 UrhG N 12; vgl. auch Wandtke, 2. Kap. Rn. 24.

345 Das Lied *Happy Birthday to You* von Mildred Hill (1859–1916) und Patty Hill (1868–1946), um ein Beispiel zu nennen, gehört in der Schweiz seit dem 1. Januar 2017 – 70 Jahre nach dem Tod von Patty Hill – zum Gemeingut (Art. 110 IPRG, Art. 29 Abs. 2 lit. b URG); jeder potenzielle Werknutzer darf das Lied somit bearbeiten; vgl. dazu <http://www.zeit.de/kultur/musik/2015-09/urheberrecht-geburtstagslied-happy-birthday-allgemeingut>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019; Kempf/Korrodi, SUISAinfo 1.14, 8 f.

346 Thouvenin, sic! 2010, 889, 899; CR-PI/Dessemontet, Art. 2 LDA N 11.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lehre ist sich uneinig darüber, wie mit Doppelschöpfungen zu verfahren ist. Der Rechtsstreit gründet dabei auf der Frage, wie das Schutzerfordernis des individuellen Charakters (Art. 2 Abs. 1 URG) ausgelegt wird, ob darin insbesondere ein objektives Neuheitserfordernis enthalten ist. Falls die Individualität keine objektive Neuheit erfordert, so sind Doppelschöpfungen nicht vom Schutzbereich des Urheberrechts und insbesondere des Bearbeitungsrechts des Urhebers erfasst und damit zulässig; falls objektive Neuheit allerdings erforderlich ist, so ist die Doppelschöpfung eine Urheberrechtsverletzung, sie kann insbesondere das Bearbeitungsrecht des Urhebers tangieren.[347]

Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass das Urheberrecht – anders als das Patentrecht – keine Neuheit fordere (Art. 2 Abs. 1 URG *e contrario*) und dass ein Werk(-teil) deshalb ein erneutes Mal geschöpft werden könne. Dies wird insbesondere mit dem Zweck des Urheberrechts begründet, der nicht auf den gewerblichen Rechtsschutz, sondern auf die wirtschaftlichen und persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers abziele.[348] Um eine Doppelschöpfung geltend zu machen, müsse mit ausreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, dass von der Existenz der Erstschöpfung keine Kenntnis bestand und bestehen konnte. Gelingt dieser Nachweis – so dieser Teil der Lehre –, falle die Zweitschöpfung ausserhalb des Schutzbereichs der Ausschliesslichkeitsrechte des Urhebers; es liege dann eine urheberrechtlich geschützte Doppelschöpfung vor, welche die Rechte an der Erstschöpfung nicht tangiere.[349] Sowohl der Erst- als auch der Zweitschöpfer werden gemäss dieser Ansicht als Urheber erachtet und profitieren damit vom Urheberrechtsschutz.[350]

Ein anderer Teil der Lehre ist der Ansicht, dass die Schutzvoraussetzung des individuellen Charakters (Art. 2 Abs. 1 URG) basierend auf dem Kriterium der statistischen Einmaligkeit[351] sehr wohl ein Neuheitserfordernis in das Urheberrecht einführe und eine „Doppelschöpfung" somit nicht nur die Urheberrechte des Erstschöpfers verletze, sondern auch nicht als Werk

---

347 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 2; Handle, Rz. 393.

348 Siehe dazu Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 34 m.w.H.

349 Siehe dazu Thouvenin, sic! 2010, 889, 898 ff. m.w.N.; Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 2; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 34; Dessemontet, Rz. 79; Mijatovic, 115 ff.; Wild, sic! 2004, 61; Senn, sic! 2017, 521, 531; zurückhaltend SHK-URG/David, Einführung N 23; siehe zudem für Deutschland Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 17 m.w.N.

350 CR-PI/Dessemontet, Art. 1 LDA N 11; Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 2.

351 Siehe dazu bereits Kapitel 1: I.3.4.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im urheberrechtlichen Sinne geschützt sei.[352] Dieser Ansicht folgend sei eine „Doppelschöpfung" nichts anderes als eine Vervielfältigung, Änderung oder Bearbeitung der Erstschöpfung.[353]

Das Bundesgericht hat sich zur Frage noch nicht geäussert, es hat allerdings die Möglichkeit der Doppelschöpfung zumindest implizit nicht ausgeschlossen.[354] Insbesondere bei Werken mit geringer Gestaltungshöhe – in Deutschland spricht man hierbei vom *Schutz der kleinen Münze* –[355] sind Doppelschöpfungen m.E. durchaus denkbar.[356] Aufgrund der Vielzahl an geschöpften Werken und der teilweise geringen Gestaltungshöhe der einzelnen Werkteile können Doppelschöpfungen insbesondere bei Werken der Musik und bei choreographischen Werken vorkommen.[357] Praktisch ist die Doppelschöpfung aber dennoch nur von geringer Relevanz, ist doch der Nachweis, dass von der Existenz der Erstschöpfung keine Kenntnis bestand oder bestehen konnte, kaum mit Erfolg zu erbringen.[358]

Es kann somit festgehalten werden, dass wohl bei Werken mit geringer Gestaltungshöhe eine Schutzgrenze für Doppelschöpfungen besteht. In diesem Bereich kann ein Werknutzer somit eine „Bearbeitung" erstellen und diese unabhängig verwenden, ohne dafür eine Einwilligung des Urhebers einzuholen. Es kann daher sozusagen von einem „Recht auf Bearbei-

352 Siehe dazu Macciacchini, sic! 2004, 351 ff.; ders., FS Hilty, 25, 32 ff.; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 N 24; Hilty, Rz. 89.

353 Vgl. dazu Handle, Rz. 393; vgl. zudem für Deutschland Braun, DS 2015, 55, 57.

354 Vgl. BGer, 17. Juli 2003, 4C.101/2003, E. 3.3. In Deutschland ist die Schutzgrenze der Doppelschöpfung grundsätzlich anerkannt; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 17 m.w.N.; BGH, 3. Februar 1988, ZR 142/86 (Ein bisschen Frieden), mit Anmerkung von Schricker, GRUR 1988, 812, 813 ff.; OLG Köln, 19. September 1986, 6 U 199/85 (ARD 1), GRUR 1986, 889, 890; KG, 26. September 2000, 5 U 4831/00 (Flaggen-Collage), ZUM 2001, 503, 505; LG München I, 7. November 2002, 7 O 19257/02 (Get over you), *ZUM 2003, 245, 248.*

355 Wandtke, 2. Kap. Rn. 4; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 17; siehe dazu Kapitel 1: I.3.4.

356 So auch Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 2; für Deutschland zudem Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 17.

357 Siehe dazu Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 2; siehe zudem für Deutschland BGH, 3. Februar 1988, ZR 142/86 (Ein bisschen Frieden), mit Anmerkung von Schricker, GRUR 1988, 812, 815.

358 SHK-URG/David, Einführung N 23; BGer, 17. Juli 2003, 4C.101/2003, E. 3.3. Der Nachweis über fehlende Kenntnis kann aber zumindest dann gelingen, wenn die Zweitschöpfung erstellt ist noch bevor die Erschöpfung veröffentlicht wurde und beide Schöpfer das Erstellungsdatum beweisen können. Letzterer Beweis kann bspw. dadurch erbracht werden, dass die Schöpfung in einem eingeschriebenen Brief an sich selber geschickt und der Umschlag verschlossen aufbewahrt wird, siehe dazu Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 2.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsfreiheit" des Werknutzers zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen gesprochen werden – auch wenn nicht wirklich ein Bearbeiten, sondern eben ein unabhängiges Doppelschöpfen vorliegt. Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich von den übrigen aber dadurch, dass der Werknutzer keine Kenntnis vom vorbestehenden Werk haben, er also nicht bewusst auf diesem aufbauen darf. Liegt Bewusstsein vor, so ist die Schöpfung nicht mehr als Doppelschöpfung zu qualifizieren, womit die Schutzgrenze nicht mehr greift.

1.3. Schutzgrenze der freien Benutzung

Die Schutzgrenze der freien Benutzung gestattet es dem Werknutzer – wie bereits erläutert –, vorbestehende Werke so umzugestalten, dass eine neue geistige Schöpfung mit individuellem Charakter entsteht, die sich vom vorbestehenden Werk dermassen abhebt, dass dessen individuellen Charakter nicht mehr erkennbar ist. Die Schutzgrenze der freien Benutzung zielt damit darauf ab, freie Benutzungen als erste Kategorie sequenzieller Innovation für den Werknutzer zu gestatten. Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation werden davon nicht erfasst. Schwierigkeiten bereitet nun allerdings die Unterscheidung zwischen Bearbeitungshandlungen, die noch von der Schutzgrenze des Bearbeitungsrechts erfasst sind (Bearbeitungen) und solchen, die nicht mehr davon erfasst sind und somit freie Benutzungen darstellen.[359] Da keine klaren Grenzen gezogen werden können, muss die Abgrenzung im Einzelfall erfolgen.[360] Die Rechtsprechung wendet dabei die Verblassensformel an.

1.3.1. Verblassensformel

Die Verblassensformel besagt, dass die Schutzgrenze der freien Benutzung erreicht und die Bearbeitungshandlung damit legitimiert ist, wenn der übernommene individuelle Charakter hinter der neuen Individualität der sequenziellen Innovation verblasst.[361] Die Individualität der sequenziellen Innovation muss sich dabei aus der Verbindung zwischen übernommenen und neuen Elementen ergeben, sodass neue Wechselwirkungen entste-

359 Siehe dazu Kapitel 5: III.
360 Wegener, Musik und Recht, 341; Salagean, 139.
361 Handle, Rz. 289 ff.; Rehbinder/Viganò, Art. 3 URG N 1; Hilty, Rz. 123, 183.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen.[362] Ein blosses Nebeneinanderstellen von Elementen mit neuer Individualität und Elementen übernommener Individualität reicht nicht aus.[363] Kommt es zu keinem Verblassen, so gilt das vorbestehende Werk als erkennbar, womit die Bearbeitungshandlung noch innerhalb des Schutzbereichs des Bearbeitungsrechts liegt und damit eine Urheberrechtsverletzung darstellt.[364]

Trotz – oder wohl gerade wegen – der Verblassensformel, die die Abgrenzung zwischen freier Benutzung und Bearbeitung abstrakt beschreibt, ist innerhalb eines gewissen Graubereichs kaum zwischen den beiden Kategorien sequenzieller Innovation zu unterscheiden. Als Faustregel gilt allerdings, dass bei verwendeten Werken, die eine geringe eigene Gestaltungshöhe aufweisen (*Schutz der kleinen Münze*), eher eine freie Benutzung vorliegt; liegt eine ausgeprägte eigene Gestaltungshöhe vor, so ist es schwieriger, diese in der sequenziellen Innovation zum Verblassen zu bringen, womit eher von einer Bearbeitung auszugehen ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine sequenzielle Innovation mit geringer Gestaltungshöhe eher eine Bearbeitung darstellt, hat sie allerdings eine ausgeprägte Gestaltungshöhe, so liegt eher eine freie Benutzung vor.[365]

Basierend auf der Verblassensformel und der dargestellten Faustregel wurde das Vorliegen einer freien Benutzung bejaht bei einer Knoblauchpresse, die zwar die dreieckige Grundform der Pressekammer und die runde, geschwungene Grundform der Pressegriffe einer vorbestehenden Knoblauchpresse übernimmt, bei der die Formgebung der einzelnen Elemente aber in markanter Weise von der vorbestehenden Knoblauchpresse abweicht, sodass die übernommenen Elemente im Vergleich mit der Gesamtgestaltung der neuen Knoblauchpresse in den Hintergrund treten.[366] Das Vorliegen einer freien Benutzung wurde des Weiteren bejaht bei Bauplänen, die von vorbestehenden Bauplänen zwar die Situierung der Bauten in drei Baukörper und die Ausgestaltung derselben mit Flachdächern übernehmen, bei denen aber für die Anordnung der Bauten aufgrund der Umgebungsgegebenheiten nur beschränkter Freiheitsspielraum besteht und

362 Handle, Rz. 290 f.; siehe zudem zu einem Indizienkatalog zur Bestimmung des Verblassens ders., Rz. 294 ff.

363 Vgl. dazu Handle, Rz. 291, der ein kreisförmiges Bild beschreibt, grundsätzlich aber zum selben Schluss kommt.

364 Siehe zur Verblassensformel Kapitel 5: III.

365 Vgl. dazu BGE 125 III 328; Handle, Rz. 295 ff.

366 Vgl. OGer LU, 5. Februar 2003, sic! 2003, 731, 739 f.; siehe dazu auch Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 12.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei denen die Flachdächer unterschiedlich ausgestaltet sind.[367] In Deutschland wurde – ebenfalls basierend auf der Verblassensformel – die freie Benutzung in einem Fall bejaht, in dem sich ein Liedtext einer sequenziellen Innovation inhaltlich an denjenigen eines vorbestehenden Liedes anlehnte und der Name der darin beschriebenen Person identisch war, der Stimmungsgehalt und die Formgebung der sequenziellen Innovation aber dermassen eigene individuelle Züge aufwies, dass die übernommene Individualität des Liedtexts dahinter verblasste.[368]

Das schweizerische Bundesgericht hat des Weiteren das Vorliegen einer freien Benutzung bei einer sequenziellen Innovation geprüft, in der die Art des detektivischen Vorgehens der Figuren des *Sherlock Holmes* und des *Dr. Watsons* sowie der Aufbau des Stücks von Sir Arthur Conan Doyle nachgeahmt wurden.[369] Hinsichtlich der Figuren, die ebenfalls übernommen wurden, hat das Gericht befunden, dass diese gar nicht erst die notwendige Individualität aufweisen, um urheberrechtlich geschützt zu sein, weshalb deren Übernahme keine Urheberrechtsverletzung darstellt.[370] In Bezug auf die Art des detektivischen Vorgehens und den Aufbau hat ebendieses Gericht festgehalten, dass der Beklagte trotz der Nachahmungen ein Werk eigener Prägung geschaffen hat und deshalb nicht eine Bearbeitung, sondern eine freie Benutzung vorliegt.[371] Dieser Entscheid des Bundesgerichts vermag allerdings nicht zu überzeugen: Erstens sind die Figuren in der Romanreihe doch in einem einzigartig hohen Detailgrad beschrieben, sodass sie individuellen Charakter haben und damit urheberrechtlich zu schützen sind. Zweitens schlägt das Argument, der Beklagte habe ein Werk eigener Prägung und damit eine freie Benutzung geschaffen, fehl, ist es doch Wesensgehalt einer jeden sequenziellen Innovation, dass ein Werk eigener Prägung entsteht.[372] Nur dann, wenn die übernommenen Elemente in diesem Werk eigener Prägung verblassen, liegt eine freie Benutzung vor. Dies ist vorliegend, wie das Gericht eigens eingesteht,[373] nicht der Fall, weshalb die sequenzielle Innovation basierend auf der Verblassensformel richtigerweise als Bearbeitung zu qualifizieren ist. Aus demselben Grund sind folglich auch *Music Mashups* oder generell *Remixe* als Bearbeitungen

---

367 Vgl. BGE 125 III 328, E. 4.d.bb.
368 BGH, 4. Februar 1958, I ZR 48/57 (Lili Marleen), GRUR 1958, 402, 403.
369 BGE 85 II 120.
370 BGE 85 II 120, E. 5.
371 BGE 85 II 120, E. 8.
372 Gl.M. von Büren/Meer, SIWR II/1, Rz. 226; SHK-URG/Cherpillod, Art. 2 URG N 42.
373 BGE 85 II 120, E. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu kategorisieren, kann doch auch hier nicht von einem direkten Verblassen die Rede sein, wenn die Erkennbarkeit der verwendeten Werke geradewegs angestrebt wird.[374]

Abschliessend kann generell festgehalten werden, dass die Schutzgrenze der freien Benutzungen nicht greifen kann, wenn der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks in erkennbarer Weise in ein neues Werk übernommen wird. Die Schutzgrenze vermag somit kein Recht zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen zu begründen, setzen Bearbeitungen doch begriffsnotwendig die Übernahme des individuellen Charakters voraus. Wird allerdings im Sinne einer Bearbeitung individueller Charakter übernommen, tritt dieser aber im Sinne der freien Benutzung hinter der Eigenart des neuen Werks zurück, so ist es schwierig zwischen den beiden Kategorien sequenzieller Innovation zu unterscheiden – wesentliches Abgrenzungskriterium ist die Verblassensformel. Wie die aufgeführten Beispiele zeigen, ist es schwierig, aus dieser Formel eine zuverlässige Kategorisierung der sequenziellen Innovation vorzunehmen. Im Einzelfall kann sich daher zwar ein Recht zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung der sequenziellen Innovation ergeben; ein rechtssicherer Zustand wird dadurch allerdings nicht geschaffen, denn sobald der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks übernommen wird, besteht die Möglichkeit, dass die sequenzielle Innovation als Bearbeitung qualifiziert, weil der übernommene individuelle Charakter in der sequenziellen Innovation nicht zu verblassen vermag. Ist dies der Fall, liegt also eine Bearbeitung vor, so kann aus der Schutzgrenze der freien Benutzung kein Recht des Werknutzers zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen abgeleitet werden.

1.3.2. Kriterium des inneren Abstands

Das deutsche Urheberrecht kennt neben der Verblassensformel noch ein weiteres Abgrenzungskriterium: das sog. Kriterium des inneren Abstands. Dieses in der deutschen Rechtsprechung[375] entwickelte Abgrenzungskrite-

374 So etwa für Deutschland Gelke, 156 f.; siehe zudem für die USA Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 449 ff. (2016) sowie Harper, 39 Hofstra L. Rev. 405, 409 f. (2011), die die *Music Mashups* von *DJ Girl Talk* als Bearbeitungen kategorisieren.

375 BGH, 11. März 1993, I ZR 263/91 (Alcolix), GRUR 1994, 206, 207 ff.; vgl. auch Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 16 m.w.N.; Hasse, 107 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rium führt dazu, dass eine sequenzielle Innovation auch dann als freie Benutzung qualifiziert, wenn das vorbestehende Werk in seinem individuellen Charakter zwar nicht verblasst, aber ein ausreichender innerer Abstand zum vorbestehenden Werk hergestellt wird.[376] Das Kriterium des inneren Abstands hat im deutschen Urheberrecht insbesondere den Zweck, Parodien vom Schutzbereich des Bearbeitungsrechts auszunehmen. Das Kriterium wurde aus dem Missstand entwickelt, dass der deutsche Gesetzgeber für die Schöpfung von Parodien keine Schrankenbestimmung vorsieht.[377] Da das schweizerische URG eine Parodieschranke kennt, ist das Kriterium des inneren Abstands in dieser Hinsicht überflüssig. In der deutschen Rechtsprechung wird das Kriterium allerdings nicht bloss auf Parodien angewandt, sondern auch auf andere Kunstformen, die zu den verwendeten Werken inneren Abstand nehmen, die aber deren charakteristischen Eigenschaften nicht verblassen lassen können.[378] Es wird dabei insbesondere an Werkanalysen oder Werkkritiken,[379] aber auch an Collagen oder Monta-

376 Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 16 m.w.N.; Handle, Rz. 322; Hasse, 108 f. Die Theorie des inneren Abstands ist nicht zu verwechseln mit der Abstandslehre, die sowohl die schweizerische als auch die deutsche Rechtsprechung hervorgebracht hat und aufgrund welcher über das Kriterium des Verblassens entschieden wird, siehe dazu Salagean, 105, 138; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 95; vgl. dazu auch Rehbinder/Viganò, Art. 2 URG N 1; vgl. für Deutschland Wandtke, 2. Kap. Rn. 27.

377 Hasse, 108 f.; Handle, Rz. 330; vgl. BGH, 11. März 1993, I ZR 263/91 (Alcolix), GRUR 1994, 206, 207 ff. Trotz der fehlenden Schrankenbestimmung haben die Gerichte erkannt, dass sich aufgrund der besonderen Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit der Parodie ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit für den potenziellen Werknutzer aufdrängt. Folglich haben sie die Schutzgrenze der freien Benutzung – das deutsche UrhG normiert diese explizit in § 24 – um das Kriterium des inneren Abstands ausgedehnt; vgl. BGH, 11. März 1993, I ZR 263/91 (Alcolix), GRUR 1994, 206, 207 ff. Parodien gelten somit in Deutschland dank ihres inneren Abstands als freie Benutzungen; so zumindest die h.L., siehe Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 25 ff.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 24 UrhG N 24; Haedicke, GRUR Int. 2015, 664, 665; vgl. dazu auch Lötscher, Rz. 68; a.A. Hilty, Rz. 243

378 Siehe Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 16; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 24 UrhG N 13 f.; siehe zudem Hasse, 108 f. m.w.N., der sich insbesondere aufgrund der Ausweitung des Kriteriums auf andere Kunstformen kritisch dazu äussert.

379 Zum Verhältnis zur Zitatschranke siehe Handle, Rz. 334 f., der den gesonderten Anwendungsbereich des Kriteriums des inneren Abstands in den Fällen sieht, in denen das vorbestehende Werk als Grundlage und Gegenstand der Botschaft der

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen[380] und somit an Fälle gedacht, die wie die Parodie (oder auch die Travestie) auf die Erkennbarkeit des vorbestehenden Werks angewiesen sind, die dabei allerdings keine humoristische Wirkung erzeugen.[381] Da diese Fälle im schweizerischen Urheberrecht nicht von der Parodieschranke erfasst sind, kann und soll das Kriterium des inneren Abstands auch in der Schweiz zur Abgrenzung von freien Benutzungen und Bearbeitungen herangezogen werden.[382]

Bislang gibt es in der Schweiz allerdings keine Rechtsprechung, die gestützt auf das Kriterium des inneren Abstands das Vorliegen einer freien Benutzung bejaht. In einem Gerichtsentscheid wird zwar verlangt, dass eine sequenzielle Schöpfung innerlich Abstand nimmt zum vorbestehenden Werk; dieser Gerichtsentscheid verkennt allerdings den eigentlichen Gehalt des Kriteriums.[383] Im erwähnten Entscheid wird zunächst basierend auf der Verblassensformel befunden, dass das vorbestehende Werk im neuen Werk nicht verblasst. Anschliessend wird festgehalten, dass die vorgenommene Abwandlung im neuen Werk keinen wesentlichen inneren Abstand zur Vorlage schafft. Das Gericht hält sodann fest, dass die vorgenommene Abwandlung *„überdies für sich alleine auch der Bearbeitung nicht das nötige eigenständige und individuelle Gepräge verleihen [könnte], damit es seinerseits als urheberrechtlich schützbares Werk anerkannt werden könnte.“*[384] Diese Erkenntnis lässt das Gericht daraufhin allerdings fallen und kommt zum Schluss, dass für das neue Werk zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen und daher für eine freie Benutzung *„im Sinne der [...] Lehre zum inneren Abstand eine deutlichere Abgrenzung zur Vorlage gefordert werden [muss] [...].“* Da dieser „innere Abstand“ nicht erzeugt wird, liegt – so das Gericht – eine bewilligungspflichtige Bearbeitung vor. Das Gericht verkennt dabei allerdings, dass die geringe Abwandlung im neuen Werk nicht

---

sequenziellen Innovation dient. In diesen Fällen dürfte der Umfang der übernommenen Elemente nicht immer vom Zitatzweck gedeckt sein.

380 Die blosse Auswahl und Anordnung von vorbestehenden Werken in einer Collage oder Montage stellt allerdings noch keine freie Benutzung dar, siehe Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 31; OLG Hamburg, 16. November 2000, 3 U 281/98 (Anzeigenkarte), ZUM 2001, 330, 332 f.; OLG Köln, 14. September 2012, 6 U 73/12 (Kirschkerne), GRUR-RR 2013, 49.

381 Handle, Rz. 325 m.w.N.; siehe auch OGer ZH, 7. Juli 2009, sic! 2010, 889, 892.

382 Gl.M. Handle, Rz. 322 ff. Auch die Zitatschranke vermag diese Fälle nicht zu legitimieren, da der Umfang der übernommenen Passagen in den genannten Fällen regelmässig zu weit geht, um noch vom Zitatzweck gedeckt zu sein, siehe Handle, Rz. 335.

383 OGer ZH, 7. Juli 2009, sic! 2010, 889 ff.

384 OGer ZH, 7. Juli 2009, sic! 2010, 889, 893.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dazu führt, dass ein „innerer Abstand" im Sinne der Lehre des inneren Abstands fehlt, sondern dass die geringe Abwandlung für sich alleine nicht ausreicht, um eine eigene schöpferische Leistung darzustellen, sodass keine sequenzielle Innovation (sei dies nun eine freie Benutzung oder eine Bearbeitung), sondern eine blosse Änderung des vorbestehenden Werks vorliegt. Das Gericht verkennt sodann den eigentlichen Inhalt der Lehre des inneren Abstands. Es scheint davon auszugehen, dass basierend auf dieser Lehre bei zahlreichen Gestaltungsmöglichkeiten ein grösserer Abstand zu fordern sei, während bei geringen Gestaltungsmöglichkeiten an den für eine freie Benutzung geforderten Abstand tiefere Anforderungen gelten. Die Gestaltungsmöglichkeiten/Gestaltungshöhe des verwendeten und des neuen Werks sind allerdings bereits unter der Verblassensformel zu berücksichtigen. Beim Kriterium des inneren Abstands geht es hingegen darum, eine innere Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk, also ein Gerangel mit dessen Aussagegehalt zu fordern.[385]

Der angefügte Gerichtsentscheid vermag somit nicht als schweizerische Rechtsprechung zum Kriterium des inneren Abstands zu gelten; nichtsdestotrotz sei das Kriterium auch im schweizerischen Urheberrecht zur Abgrenzung zwischen freien Benutzungen und Bearbeitungen heranzuziehen. Dieser Ansicht ist auch Marco Handle, der sich ausführlich zum Kriterium des inneren Abstands äussert und dieses nebst der Verblassensformel als in der Schweiz anwendbares Nebenkriterium betrachtet.[386]

Das Kriterium des inneren Abstands führt – im Vergleich zu der Abgrenzung gemäss der Verblassensformel – dazu, dass sich die Grenze zwischen Bearbeitungen und freien Benutzungen leicht zugunsten der freien Benutzungen verschiebt. In den Fällen nämlich, in denen eine innere Auseinandersetzung erfolgt, also ein inneres Gerangel mit dem vorbestehenden Werk ausgetragen wird, liegt gemäss dem Kriterium des inneren Abstands eine freie Benutzung vor, auch wenn das vorbestehende Werk in der sequenziellen Innovation nicht verblasst.[387] In Fällen hingegen, in denen keine hinreichende innere Auseinandersetzung mit dem verwendeten Werk stattfindet, bietet auch das Kriterium des inneren Abstands keinen Ausweg

---

385 Siehe Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 16; siehe zudem Hasse, 108 f. m.w.N.

386 Handle, Rz. 289 ff., 322 ff.; er stützt sich dabei allerdings primär auf den obgenannten Entscheid des OGer ZH sowie auf deutsche Literatur und Rechtsprechung.

387 Siehe dazu Handle, Rz. 322; siehe dazu zum deutschen Recht Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 16 m.w.N.; Hasse, 108 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

– die sequenzielle Innovation ist als Bearbeitung zu qualifizieren, die dem Bearbeitungsrecht des Urhebers untersteht.

In Deutschland gilt die Schutzgrenze der freien Benutzung trotz des Kriteriums des inneren Abstands als eng auszulegen, sodass insbesondere in Collagen und Montagen nur in seltenen Fällen eine freie Benutzung zu erachten ist.[388] Gleiches muss auch für die Schweiz gelten. Das Kriterium des inneren Abstands vermag somit im schweizerischen Urheberrecht zwar gewisse Bearbeitungen zu legitimieren. Bearbeitungen allerdings, die die verwendeten Werke nicht kritisieren, analysieren oder in anderer Weise dazu innerlich Abstand nehmen – wie beispielsweise *Music Mashups* –, qualifizieren auch über das Kriterium des inneren Abstands nicht als freie Benutzung.

1.4. Zwischenergebnis

Vom grundsätzlich umfassenden Bearbeitungsrecht des Urhebers ausgehend stellt sich die Frage, ob es Grenzen zum Schutzbereich dieses Bearbeitungsrechts des Urhebers gibt, die Raum für eine Bearbeitung des Werknutzers lassen. Es hat sich dabei herausgestellt, dass die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut in der Tat zwar geringen aber immerhin gewissen Raum für Werknutzer zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen lässt und zwar dann, wenn Werke mit abgelaufener Schutzfrist für die Bearbeitung verwendet werden. Diese Werke dürfen in erkennbarer Form in die Bearbeitung integriert werden.

Die übrigen Schutzgrenzen – also die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut ohne individuelles Gepräge, die Schutzgrenze der Doppelschöpfung sowie die Schutzgrenze der freien Benutzung – vermögen für den Werknutzer hingegen kein Recht auf Bearbeitungsfreiheit hinsichtlich Bearbeitungen zu begründen. Bei letzterer Schutzgrenze – bei der Schutzgrenze der freien Benutzung – ist die Übernahme von individuellem Gepräge zwar erlaubt, dies aber bloss, wenn die übernommene Eigenheit hinter der neu geschaffenen Eigenheit verblasst oder aber – sollte das Kriterium des inneren Abstands in das schweizerische Urheberrecht überführt werden – wenn ein ausreichender innerer Abstand zum vorbestehenden Werk hergestellt wird. Ein wirkliches Recht auf Bearbeitungsfreiheit hinsichtlich Bearbeitungen lässt sich daraus aber nicht ableiten, wird damit doch lediglich die Grenze zwischen Bearbeitungen und freien Benutzun-

388 Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 31 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen definiert. Von der Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut mit abgelaufener Schutzfrist abgesehen, lässt sich somit für den Werknutzer kein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen ableiten.

2. Mögliche einschlägige Schranken

Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers wird zusätzlich zu den beschriebenen Schutzgrenzen auch durch umfassende Schrankenbestimmungen eingeschränkt. Es sind dies die Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG, die Privatgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG, die Schulgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. b URG[389] sowie die Zitatschranke von Art. 25 URG. Nachfolgend wird untersucht, ob eine dieser bestehenden Schrankenbestimmungen auf Bearbeitungen Anwendung findet und damit für den Werknutzer ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zur Erstellung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen abgeleitet werden kann.[390]

2.1. Parodiefreiheit

Die Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG gestattet es, vorbestehende Werke zu verwenden, um Parodien oder damit vergleichbare Abwandlungen zu schaffen und diese wiederum unabhängig zu verwenden.[391] Eine Parodie resp. eine damit vergleichbare Abwandlung stellt dabei stets eine Bearbeitung dar, da darin der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks in der Weise übernommen wird, dass das vorbestehende Werk in der Parodie resp. der vergleichbaren Abwandlung erkennbar bleibt.[392] Die Parodieschranke ist damit durchaus auf gewisse Bearbeitungen anwendbar, aber eben nur auf jene, die als Parodie resp. als vergleichbare Abwandlung qualifizieren.

Wie bereits dargelegt, werden unter der Parodie kritisch-belustigende Abwandlungen vorbestehender Werke verstanden, wobei unter den Begriff

---

389 Siehe zur Qualifikation von Teilen der Eigengebrauchsschranke als umfassende Schranke resp. unentgeltliche gesetzliche Lizenz Kapitel 5: II.2. (Fn. 325).
390 Siehe dazu bereits Kapitel 5: II.2.
391 Siehe dazu bereits Kapitel 5: IV.
392 Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 631.; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Parodie lediglich literarische Werke fallen.[393] Als *vergleichbare Abwandlungen* gelten Parodien anderer Werkkategorien[394] und andere humoristische Nachahmungsformen, die wie die Parodie einen kritisch-belustigenden Zweck verfolgen.[395] Dieser Begriff der *vergleichbaren Abwandlungen* wird also mit dem Fokus auf den Sinn und Zweck der Parodie teleologisch reduziert auf Abwandlungen, die ebenfalls einen kritisch-belustigenden Zweck verfolgen.[396] Anhand dieses kritisch-belustigenden Zwecks heben sie sich demnach von der regulären Bearbeitung ab;[397] sie streben die Erkennbarkeit des vorbestehenden Werks an, um ebendieses zu kritisieren oder zu kommentieren und in belustigender Weise darzustellen. In der Lehre wird dabei diskutiert, ob das kritische Element nebst dem belustigenden Element für die Parodie und damit auch für die vergleichbare Abwandlung begriffsnotwendig ist oder ob auf das kritische Element verzichtet werden kann.[398] Einem Teil der Lehre zufolge ist das kritische Element nicht konstitutiv, da die Parodie kein Mittel der Pädagogik, sondern ein reines Mittel zur Belustigung sein solle.[399] Ein anderer Teil der Lehre betrachtet das kritische Element – m.E. zurecht – als für die Parodie begriffsnotwendig, da sich die besondere Schutzwürdigkeit der Parodie gerade aus dieser kritischen Meinungsäusserung über das vorbestehende Werk ergebe.[400] Nach diesem Teil der Lehre liegt demnach erst eine Parodie resp. erst eine mit der Parodie vergleichbare Abwandlung vor, wenn darin nebst dem belustigenden auch ein kritisches Element enthalten ist, wobei an ebendieses kritische Element wohl keine allzu hohen Anforderungen ge-

393 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10; so auch bereits die Botschaft, BBl 1989 III 477, 530, die von der Parodie als bekannteste Form der literarischen Satire spricht; siehe dazu bereits Kapitel 5: IV.

394 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 18 m.w.H.; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

395 Siehe dazu Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 615 ff. m.w.N.; siehe auch dazu bereits Kapitel 5: IV.

396 Siehe dazu ausführlich Kapitel 8: I.

397 Wegener, Musik und Recht, 360, spricht von einer „Sonderform der Bearbeitung".

398 Siehe Lötscher, Rz. 32 f. m.w.N.

399 Dessemontet, Rz. 388; gl.M. Hertig Randall, FS von Büren, 415, 445 f.

400 So etwa Rigamonti, 287; Ineichen, 138; de Werra, Rz. 126; Hefti, 121; Salvadé, medialex 1998, 92, 93 f.; im deutschen Urheberrecht wird eine sog. antithematische Behandlung und damit ebenfalls ein kritisches Element gefordert, siehe dazu etwa Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 25; Möhring/Nicolini/Ahlberg, § 24 UrhG N 30; Hasse, 102 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stellt werden.[401] Auch der Botschaft lässt sich entnehmen, dass die Parodie nebst der Belustigung ein kritisches Element aufweisen muss.[402]

Um die Parodie resp. die vergleichbare Abwandlung von der regulären Bearbeitung abzugrenzen, ist daher auf den sowohl kritischen als auch belustigenden Zweck abzustellen. Die Anforderungen an ebendiesen Zweck können allerdings nicht allgemein definiert werden, sondern sind im Einzelfall zu bestimmen.[403] Dabei wird auf einen objektiven Massstab abgestellt, wobei es wohl ausreicht, wenn der kritisch-belustigende Zweck nicht für jedermann, sondern nur für denjenigen erkennbar ist, der das bearbeitete Werk kennt und der das für die Parodie oder die vergleichbare Abwandlung erforderliche intellektuelle Verständnis besitzt.[404] Die Absicht des Werknutzers wird dabei als Indiz herangezogen, ist dessen Schöpfung doch grundsätzlich als Humor zu verstehen, wenn er sie als Humor verstanden haben will.[405] Die blosse Absicht alleine vermag allerdings nicht zu genügen, muss sich diese doch auch objektiv in der Parodie resp. der vergleichbaren Abwandlung niederschlagen.[406]

In der Schweiz ist soweit ersichtlich bislang keine Rechtsprechung ergangen, die das Vorliegen einer Parodie oder etwas Vergleichbarem bejaht.[407] In Deutschland wurde das Vorliegen einer Parodie bejaht bei einer Zeitschriften-Karikatur, die den Deutschen Bundestag als Gesetzgebungsorgan des „unseriösen Staates" darstellte. Dazu wurde der Gies-Adler, der als Symbol des Bundestages gilt, in erkennbarer Weise verwendet, gleichzeitig aber sein Erscheinungsbild als würdigen und gutmütig wirkenden

---

401 Rigamonti, 287, der ein kritisches Element nicht nur in der negativen Auseinandersetzung, sondern auch in der positiven Bestätigung eines vorbestehenden Werks sieht; Ineichen, 138, der lediglich eine in Ansätzen erkennbare kritische Grundtendenz fordert; de Werra, Rz. 126, der lediglich ein Hauch von Kritik fordert; Hefti, 121, der eine kritische Tendenz fordert; Salvadé, medialex 1998, 92, 93 f., der eine analytische Idee zum Werk bereits als kritisch erachtet.

402 Botschaft, BBl 1989 III 477, 530.

403 Siehe für Deutschland Hasse, 99 ff.

404 Siehe Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 620; siehe für Deutschland BGH, 26. März 1971, I ZR 77/69 (Disney-Parodie), GRUR 1971, 588, 589; BGH, 11. März 1993, I ZR 263/91 (Alcolix), GRUR 1994, 206, 209; Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 25; Möhring/Nicolini/Ahlberg, § 24 UrhG N 30; Hasse, 102 f.

405 Wegener, Musik und Recht, 360.

406 Wegener, Musik und Recht, 360.

407 Im Entscheid OGer ZH, 18. März 1949, SJZ 45/1949, 204, wurde das Vorliegen einer Parodie abgelehnt, siehe dazu SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Adler dahingehend verändert, dass er neu wie ein gieriger und bösartiger Raubvogel wirkte.[408]

In den USA wurde das Vorliegen einer Parodie beim Lied „*Pretty Woman*" von *2 Live Crew* bejaht, das die Musik des vorbestehenden Liedes „*Oh, Pretty Woman*" von *Roy Orbison* teils verzerrt, teils unverändert übernimmt und sich der gesprochene Text an denjenigen des vorbestehenden Liedes anlehnt, dabei allerdings im Sinne eines Wortspiels diverse Wörter des Originaltexts mit schockierenden Wörtern ersetzt und damit darlegt, wie fade und banal das vorbestehende Lied ist.[409] Während sich das vorbestehende Lied beispielsweise darauf beschränkt, eine Frau in all ihrer Schönheit zu beschreiben (*„Pretty woman, the kind I like to meet; pretty woman, [...] no one could look as good as you*"), so handelt die Parodie auch von haarigen, unrasierten Frauen (*„Big hairy woman, you need to shave that stuff; [...] big hairy woman, all that hair it ain't legit*") sowie von kahlköpfigen Frauen (*„Bald headed woman, girl your hair won't grow; bald headed woman, you got a teeny weeny afro*").[410] Aus dieser Anlehnung an den vorbestehenden Text ergibt sich zusammen mit den ergänzten, schockierenden Wörtern eine komische Wirkung, die zugleich die beschriebene Banalität des vorbestehenden Liedes zum Ausdruck bringt.

Der deutschen und der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung lassen sich Einzelfälle entnehmen, in denen das Vorliegen einer Parodie bejaht wurde. Solange entsprechende Rechtsprechung für die Schweiz fehlt, können ausländische Einzelfälle wie die genannten helfen, um die schweizerische Parodiefreiheit auszulegen. Bearbeitungen hingegen, die keine Kritik und Belustigung anstreben, sondern lediglich den Zweck haben, ein neues, „cooles" Lied zu schaffen, werden weder in Deutschland und den USA, noch in der Schweiz von der Parodieschranke erfasst werden.[411] Solch sequenzielle Innovation stellt reguläre Bearbeitung dar, wofür die Parodieschranke keinen Ausweg bietet.

Music Mashups dürften Beispiele solcher Bearbeitungen sein, wird mit diesen doch regelmässig darauf abgezielt, die Zuhörer mit einem „coolen"

---

408 Die Zeitschriften-Karikatur bediente sich dabei sowohl der Mittel der Parodie als auch der Karikatur, siehe BGH, 20. März 2003, I ZR 117/00 (Gies-Adler), ZUM 2003, 777, 780.

409 Zum U.S.-amerikanischen Recht Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 573 (1994).

410 Siehe appendix A und appendix B in Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 594 ff. (1994).

411 Vgl. Handle, Rz. 332.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lied zu unterhalten.[412] Die Fälle, in denen sich *Music Mashups* kritisch-belustigend mit den vorbestehenden Liedern oder deren Musikgenres oder Autoren auseinandersetzen, sind zwar denkbar, dürften allerdings selten vorkommen;[413] dies insbesondere deshalb, weil Parodien wie erläutert ein kritisches und ein belustigendes Element fordern. Ein kritisches Element kann bereits aus der blossen Gegenüberstellung zweier Liedsequenzen entstehen, die sich in ihrem Thema, in der Stimmung oder in ihrer Komplexität unterscheiden und dadurch ein „Kräftegefälle" aufzeigen.[414] Ein belustigendes Element zu erzeugen ist allerdings schwieriger, beschränkt sich doch die Kunstform des *Music Mashups* auf das Zusammenmischen resp. Gegenüberstellen von Liedsequenzen; eine belustigende Neuinterpretation im herkömmlichen Sinne der Parodie ist dabei nicht möglich.[415]

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Parodieschranke durchaus auf gewisse Bearbeitungen Anwendung findet und damit in diesem Bereich ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit für den Werknutzer darstellt. Es handelt sich dabei allerdings nur um jene Bearbeitungen, die aufgrund ihres kritisch-belustigenden Zwecks als Parodien im Sinne der zweiten Kategorie sequenzieller Innovation qualifizieren. Reguläre Bearbeitungen hingegen, d.h. Bearbeitungen im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation wie etwa die vorgenannten Fälle von *Music Mashups* werden kaum je von der Parodieschranke erfasst. Die Parodieschranke verleiht dem Werknutzer somit kein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation.

---

412 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 360; Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 452 ff. (2016); McLeod/DiCola, 19 ff.

413 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 360; Gelke, 175 f.; Handle, Rz. 332.

414 Siehe dazu Gelke, 175 f., der insbesondere das *Mashup* „I got New York" aufführt, welches den Instrumentalpart von Frank Sinatras „*New York, New York*" mit dem Text von „*I gotta feeling*" der Band *Black Eyed Peas* mischt und darin aufgrund der unterschiedlichen Komplexität der Liedsequenzen und dem daraus entstehenden kritischen Element eine Parodie sieht. Gelke erachtet dabei dieses kritische Element für ausreichend; auf ein belustigendes Element wird m.E. zu Unrecht verzichtet.

415 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 360.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2.2. Privat- oder Schulgebrauch

Die Privatgebrauchs- und die Schulgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG erlauben es, Werke im persönlichen Bereich und im Kreis eng verbundener Personen wie Verwandte oder Freunde (lit. a) resp. im Schulunterricht durch Lehrpersonen und Schüler[416] (lit. b) zu verwenden. Sowohl die Privatgebrauchsschranke als auch die Schulgebrauchsschranke sind dabei in Bezug auf das Bearbeitungsrecht des Urhebers umfassend ausgestaltet; wird also ein Werk zum Privat- oder Schulgebrauch bearbeitet, so ist dafür weder die Einwilligung des Urhebers einzuholen noch eine Vergütung geschuldet.[417]

Der Privatbereich, der sich nebst dem persönlichen Bereich wie erwähnt auf den Kreis erstreckt, in dem Personen eng miteinander verbunden sind, erfasst nur Gruppen, die im Voraus klar eingegrenzt werden können. Aufgrund des Kriteriums der engen Verbundenheit ist die Grösse einer solchen Gruppe limitiert. Bekanntschaften, die zwecks Werkaustausch gemacht werden – sei dies über das Internet oder andere Medien – begründen keine enge Verbundenheit im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG.[418] Die Privatgebrauchsschranke steht dabei bloss natürlichen Personen zu; juristische Personen fallen unter den betriebsinternen Gebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG).[419] Der Schulbereich ist auf die Lehrpersonen und die Schüler beschränkt, Lehrmittelzentralen oder Mediatheken werden von der Schranke nicht erfasst.[420] Diese restriktive Auslegung des Schulbereichs ergibt sich aus dem Zweck der Schranke, dem Lehrer eine individuelle Un-

---

416 Der deutsche Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 lit. b URG spricht nur von „Lehrpersonen"; dem französischen und italienischen Wortlaut ebendieses Artikels kann allerdings entnommen werden, dass auch die Werkverwendung durch Schüler von der Schranke erfasst wird, siehe dazu auch Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 12; SHK-URG/Gasser, Art. 19 URG N 14.

417 Vgl. Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 11, 15; Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 24 f.; SHK-URG/Gasser, Art. 19 URG N 9, 15, 18. Für die Vervielfältigung, die im Rahmen des Bearbeitens stattfindet, ist beim Schulgebrauch allerdings eine Vergütung geschuldet, siehe dazu Art. 20 Abs. 2 URG; Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 24 f. Siehe zudem zur Qualifikation von Teilen der Eigengebrauchsschranke als umfassende Schranke resp. unentgeltliche gesetzliche Lizenz Kapitel 5: II.2. (Fn. 325).

418 SHK-URG/Gasser, Art. 19 URG N 7.

419 Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 772; SHK-URG/Gasser, Art. 19 URG N 6.

420 Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 12.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terrichtsgestaltung und die Veranschaulichung des Schulalltags zu ermöglichen.[421]

Bei der Zuweisung des Bearbeitungsrechts muss wie bereits erläutert zwischen der ersten Facette der Erstellung der Bearbeitung und der zweiten Facette der Verwendung der Bearbeitung unterschieden werden.[422] Das Recht, eine Bearbeitung zu erstellen, hat dabei einen stark eingeschränkten Geltungsbereich, gestattet dieses doch lediglich das Bearbeiten im persönlichen Bereich. Sobald die Bearbeitung etwa aufgeführt, wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird – sei dies auch nur für *eine* Person – so gilt der persönliche Bereich des Werknutzers als verlassen; es liegt bereits eine Verwendung der Bearbeitung vor. Ebendieser persönliche Bereich, auf den sich die erste Facette des Bearbeitungsrechts erstreckt, entspricht dabei dem persönlichen Bereich von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG, wodurch die erste Facette des Bearbeitungsrechts von der Privatgebrauchsschranke erfasst wird. Das Recht auf Erstellung einer Bearbeitung wird damit durch Art. 19 Abs. 1 lit. a URG dem Werknutzer zugewiesen.[423] Nimmt der Werknutzer zudem im persönlichen Bereich eine Verwendungshandlung vor, vervielfältigt er also etwa seine Bearbeitung zu persönlichen Zwecken, so ist auch diese Verwendung vom persönlichen Bereich des Art. 19 Abs. 1 lit. a URG erfasst und damit gestattet.

Wird der persönliche Bereich verlassen, vermag die Privat- resp. die Schulgebrauchsschranke die Verwendung einer Bearbeitung ebenfalls zu gestatten, allerdings lediglich innerhalb des beschriebenen Kreises eng verbundener Personen resp. innerhalb des Schulbereichs. Durch Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG kann der Werknutzer sein Recht auf Verwendung von Bearbeitungen somit im beschriebenen Rahmen unabhängig ausüben.

Was die Schulgebrauchsschranke anbelangt, so steht fest, dass im Rahmen derer Anwendbarkeit die Urheberpersönlichkeitsrechte zu beachten sind. In der Lehre besteht allerdings Uneinigkeit darüber, inwiefern Urheberpersönlichkeitsrechte im Bereich der Privatgebrauchsschranke zu berücksichtigen sind. Nach wohl herrschender Lehre ist der harte Kern der Urheberpersönlichkeitsrechte (Art. 11 Abs. 2 URG) stets zu berücksichti-

421 SHK-URG/Gasser, Art. 19 URG N 15.

422 Siehe dazu bereits Kapitel 1: II.3.3. und Kapitel 4: III.

423 Im Ergebnis ist die Rechtslage im schweizerischen Urheberrecht damit vergleichbar mit derjenigen im deutschen Urheberrecht, das in dessen § 23 UrhG *e contrario* festhält, dass jedermann zur Erstellung von Bearbeitungen berechtigt ist, siehe dazu bereits Kapitel 4: III.1. (Fn. 301).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen.[424] Rehbinder/Viganò weisen allerdings darauf hin, dass Verletzungen ebendieses harten Kerns im privaten Kreis kaum verfolgt werden können ohne dabei die Privatsphäre der Werknutzer zu verletzen.[425] Das bedeutet also, dass der harte Kern im Privatbereich zwar grundsätzlich zu beachten ist, dass dessen Beachtung aber kaum durchsetzbar ist. Vom harten Kern abgesehen sind die Urheberpersönlichkeitsrechte, so wohl die herrschende Lehre, im privaten Kreis und somit im Bereich der Privatgebrauchsschranke nicht zu berücksichtigen.[426] Selbst wenn sie zu berücksichtigen wären, könnten allerdings auch diese kaum durchgesetzt werden, ohne in die Privatsphäre der Werknutzer einzugreifen.[427]

Die Privat- und Schulgebrauchsschranke führen wie dargelegt in der Tat zu einem Recht des Werknutzers auf Bearbeitungsfreiheit zur Erstellung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen. Was die Erstellung von Bearbeitungen anbelangt, so ist diese stets von der Privatgebrauchsschranke erfasst. Was die Verwendung von Bearbeitungen betrifft, so ist diese in den beschränkten Bereichen der Privat- und Schulgebrauchsschranke unabhängig von der Einwilligung des Urhebers gestattet. Ausserhalb dieser Bereiche vermögen die Privat- und Schulgebrauchsschranke allerdings die Kontrolle des Urhebers über die Verwendung von Bearbeitungen nicht zu beseitigen. Es bestehen somit trotz der Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG noch zahlreiche Verwendungshandlungen, die nicht von der Schranke erfasst, praktisch allerdings von grosser Relevanz sind. Es ist dabei etwa an soziale Netzwerke im Internet zu denken, auf denen täglich Bearbeitungen öffentlich zugänglich gemacht und verbreitet werden. Da soziale Netzwerke die Anforderungen eines klar umgrenzten Bereichs eng verbundener Personen nicht erfüllen und ebendiese Netzwerke auch über den Schulbereich hinausschiessen, fallen dort statt-

---

424 Siehe Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 11; Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 20; so wohl auch SHK-URG/Gasser, Art. 19 URG N 9, der allerdings eine Ausnahme vorsieht, wenn der Werknutzer alleine ist; dann sind die Urheberpersönlichkeitsrechte – der harte Kern miteingeschlossen – nicht zu beachten; so wohl auch Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 767, gemäss welchem die Urheberpersönlichkeitsrechte inklusive deren harten Kern nicht zu beachten sind, wenn die Werkverwendung privat erfolgt, da dann die Interessen der Urheber nicht tangiert sind – mit „privat" muss der Bereich der Privatgebrauchsschranke gemeint sein.

425 Siehe Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 20.

426 Siehe Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 11; so wohl auch Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 767; a.A. Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 20.

427 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 20.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

findende Verwendungshandlungen nicht unter die Privat- oder Schulgebrauchsschranke.

2.3. Zitierfreiheit

Die Zitatschranke von Art. 25 URG erlaubt es, vorbestehende Werke oder Teile davon zu zitieren, d.h. unter Angabe der Quelle zu übernehmen und sie originalgetreu oder in leicht veränderter Form in einem neuen Werk[428] wiederzugeben.[429] Es bedarf dabei einer inneren Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk, muss doch das Zitat dem Zweck der Erläuterung,[430] des Hinweises[431] oder der Veranschaulichung[432] dienen und damit einen Bezug zwischen dem vorbestehenden Werk und dem Zitatmedium herstellen (sog. Belegfunktion, Art. 25 Abs. 1 URG).[433] Ein Zitieren um seiner selbst willen ist kein zulässiger Zitatzweck und wird daher von der Zitatschranke nicht erfasst.[434] Wie umfangreich das Zitat sein darf, um von der Zitatschranke erfasst zu werden, hängt vom Zweck ab, der mit dem konkreten Zitat verfolgt wird.[435] Die Zitatschranke ist auf literarische Werke anwendbar; nach umstrittener aber wohl herrschender Meinung findet sie auch auf Werke der bildenden Kunst sowie auf solche der Fotografie

---

428 Zum Werkcharakter des Zitatmediums, also der Schöpfung, die ein vorbestehendes Werk zitiert, siehe Gasser/Morant, sic! 2006, 229, 232 ff. m.w.N.; Morant, 99 ff. m.w.N.; Salagean, 141 (Fn. 894); a.A. Ruedin, Rz. 417 ff., 423; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 904; siehe zudem für Deutschland Dreier/Schulze/Dreier, § 51 UrhG N 7 m.w.N.

429 Siehe dazu Ruedin, Rz. 403; CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 4; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 5; Morant, 110 ff., 113 ff.; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 900; SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 26.

430 Erläuterung im Sinne von Aufklärung/Erklärung eines Arguments, siehe dazu Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 901 (Fn. 1432); Ruedin, Rz. 434 f.

431 Hinweis insbesondere im Sinne der Unterstützung eines Arguments, siehe dazu Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 901 (Fn. 1433).

432 Veranschaulichung im Sinne des Beweises eines Arguments, siehe dazu Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 901 (Fn. 1434).

433 Rehbinder/Viganò, Art. 25 URG N 3; Gasser/Morant, sic! 2006, 229, 235; der Begriff „Belegfunktion" wird primär im deutschen Urheberrecht verwendet.

434 Vgl. Ruedin, Rz. 446 f., 481 ff.; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 3; SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 10; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 145; Morant, 112, 169 (Fn. 770 m.w.H.); Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 903.

435 Siehe dazu BGE 131 III 480, E. 2.1 f.; CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 24 f.; Rehbinder/Viganò, Art. 25 URG N 4.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und des Films Anwendung (sog. Bild- und Filmzitate).[436] Davon abgesehen erfasst die Schranke nach herrschender Meinung auch Werke der Musik (sog. Musikzitate).[437]

Das Zitatmedium muss vom vorbestehenden Werk unabhängig sein.[438] Dies lässt sich bereits aus den zulässigen Zweckbestimmungen ableiten, kann doch ein Zitat, das dem Zitatmedium als Erläuterung, als Hinweis oder als Veranschaulichung dient, nicht mehr als ein Hilfsmittel in einer inhaltlich unabhängigen Schöpfung sein.[439] Aufgrund dieser Unabhängigkeit stellt das Zitatmedium keine sequenzielle Innovation und insbesondere keine Bearbeitung dar, ist die Abhängigkeit vom vorbestehenden Werk doch Wesensmerkmal der sequenziellen Innovation.[440] Findet die Zitatschranke also Anwendung, so liegt ein unabhängiges Zitatmedium und somit eine neue Werkschöpfung vor, die ohne Einwilligung des Urhebers des zitierten Werks verwendet werden darf.

Es ist allerdings nicht immer ganz einfach, zwischen einem (unabhängigen) Zitatmedium und einer (abhängigen) Bearbeitung zu unterscheiden.[441] Für die Unterscheidung muss demnach der Zweck der Übernahme des vorbestehenden Werks untersucht werden.[442] Wird mit der Übernahme etwas erläutert, auf etwas hingewiesen oder etwas veranschaulicht (und ist

436 Siehe dazu ausführlich SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 5 ff. m.w.N.; CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 13 ff., 19 m.w.N.; Rehbinder/Viganò, Art. 25 URG N 1; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 898; a.A. Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 2, 8; Dessemontet, Rz. 491.

437 Siehe dazu ausführlich Salagean, 57 f., 141 f.; CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 18 f.; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 8; SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 14; Ruedin, Rz. 568 ff., insbesondere 580 ff.; a.A. Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 898; Dessemontet, Rz. 492.

438 Siehe Morant, 134; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 903 (Fn. 1441); Ruedin, Rz. 451; Wittweiler, AJP 1993, 588, 590; vgl auch CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 4; a.A. aber SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 12, die nicht fordern, dass das Zitatmedium auch ohne das Zitat existenzfähig ist, damit also keine Unabhängigkeit fordern, da insbesondere bei Werkanalysen das Zitatobjekt zwangsläufig integraler Bestandteil des Zitatmediums ist. Macciacchini/Oertli beschreiben damit allerdings einen Fall, der ohnehin nicht vom Zitatrecht zu erfassen, sondern unter Anwendung des Kriteriums des inneren Abstands als freie Benutzung zu qualifizieren ist, siehe dazu bereits Kapitel 5: V.1.3.2. mit Verweis auf Handle, Rz. 334 f.

439 Vgl. Morant, 168 f.; siehe für Deutschland Möhring/Nicolini/Schulz, § 51 UrhG N 10 f.

440 Vgl. dazu CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 4; Morant, 134; vgl. für Deutschland Dreier/Schulze/Dreier, § 51 UrhG N 7.

441 Siehe Wegener, Musik und Recht, 52.

442 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 52.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Umfang des Zitats durch den Zitatzweck gerechtfertigt), so liegt ein zulässiger Zitatzweck und damit ein Zitatmedium vor; andernfalls liegt eine Bearbeitung[443] oder aber eine blosse Vervielfältigung[444] vor, auf welche die Zitatschranke keine Anwendung findet.

Wird das Vorliegen eines zulässigen Zitatzwecks im Einzelfall untersucht, so ist nicht das Zitatmedium als Ganzes, sondern das konkrete Zitat zu betrachten.[445] Um als Erläuterung, Hinweis oder Veranschaulichung dienen zu können, muss im Zitatmedium eine innere Verbindung zum Zitat hergestellt werden; es bedarf demnach einer inneren Auseinandersetzung mit dem Zitat.[446] Diese innere Auseinandersetzung liegt insbesondere dann nicht vor, wenn im Sinne einer Zitatsammlung mehrere Zitate hintereinander aufgelistet werden, bezwecken doch ebendiese Auflistungen lediglich das Zitieren um seiner selbst willen.[447] Aufgrund dieser Zweckbestimmung, die bei einer Zitatsammlung das gesamte Zitatmedium befällt, fehlt es ebendieser Zitatsammlung schliesslich auch an der für das Zitatmedium notwendigen Unabhängigkeit.

Als eine Art musikalische Zitatsammlung kann wohl das *Music Mashup* bezeichnet werden, reiht dieses doch ebenfalls diverse *Samples* und damit Teile vorbestehender Werke aneinander.[448] Durch das Aneinanderreihen dieser *Samples* fehlt es dem *Music Mashup* an der für die Zitatschranke notwendigen Unabhängigkeit und an einem zulässigen Zitatzweck.[449] Schliesslich wird die Zitatschranke auch daran scheitern, dass diese lediglich auf originalgetreue oder leicht veränderte Wiedergaben vorbestehender Werke anwendbar ist, bei *Music Mashups* die *Samples* aber regelmässig erheblich verändert werden.[450]

Im Unterschied zum *Music Mashup* ist es bei einem Werk, das – von wenigen vorbestehenden *Samples* abgesehen – primär eigene Elemente enthält, noch eher denkbar, dass ein zulässiger Zitatzweck verfolgt wird.[451]

---

443 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 52.
444 Siehe BGE131 III 480, E. 2.2; Ruedin, Rz. 652.
445 Morant, 167 f.
446 SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 11; CR-PI/Renold/Contel, Art. 25 LDA N 3 f.; Morant, 166 ff.; Rehbinder/Viganò, Art. 25 URG N 3.
447 Siehe dazu Ruedin, Rz. 481 f.; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 3; SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 10, 15; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 145; Morant, 112, 169 (Fn. 770 m.w.H.); Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 903.
448 Siehe zum *Mashup* ausführlich Gelke, 20 f.
449 Siehe für Deutschland Gelke, 154 f.
450 Vgl. dazu für Deutschland Gelke, 155 (Fn. 525).
451 Vgl. auch Ruedin, Rz. 588; a.A. Dessemontet, Rz. 492, der beim *Sound Sampling* keine innere Auseinandersetzung mit dem Zitatobjekt erkennt.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Liegt eine innere Auseinandersetzung mit dem Zitatobjekt vor, so wird das *Sample* als Musikzitat erachtet und ist somit von der Zitatschranke erfasst. Ein Beispiel dafür dürfte das Lied *All you need is love* von den *Beatles* sein, das zu Beginn die französische Nationalhymne *La Marseillaise* einbaut. Diese Verwendung bezweckt die Anspielung auf Frankreich und die Franzosen als „Erfinder" der Liebe, wobei diese „Erfindung" im Lied der Beatles besungen wird.[452] Fehlt es allerdings beim *Sound Sampling* an einer inneren Verbindung, so liegt kein zulässiger Zitatzweck und somit kein Anwendungsfall der Zitatschranke vor. Da beim *Sound Sampling* regelmässig keine innere Verbindung zum Zitatobjekt aufgebaut, sondern dieses bloss als Material für neue Werke verwendet wird, findet die Zitatschranke in den meisten Fällen von *Sound Sampling* keine Anwendung.[453]

Es steht somit fest, dass die Zitatschranke durchaus die Übernahme vorbestehender Werk(-teile) in ein neues Werk und die unabhängige Verwendung ebendieses neuen Werks legitimieren kann, dies allerdings nur dann, wenn ein zulässiger Zitatzweck vorliegt und das neue Werk damit vom vorbestehenden Werk unabhängig ist. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so sind die Übernahme vorbestehender Werke resp. Werkteile in ein neues Werk und die Verwendung ebendieses neuen Werks nicht durch die Zitatschranke legitimiert. Da die Abhängigkeit vom vorbestehenden Werk Wesensmerkmal der Bearbeitung ist und Bearbeitungen wie insbesondere *Music Mashups* in der Regel vorbestehende Werke zum Selbstzweck verwenden, werden diese nicht durch die Zitatschranke legitimiert. Die Zitatschranke verleiht dem Werknutzer somit kein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation.

2.4. Zwischenergebnis

Die Bearbeitung als dritte Kategorie sequenzieller Innovation fällt unter die Privat- und Schulgebrauchsschranke. Erstellt ein Werknutzer eine Bearbeitung, so ist diese Erstellung stets durch die Privatgebrauchsschranke legitimiert. Die erste Facette des Bearbeitungsrechts wird damit durch Art. 19 Abs. 1 lit. a URG dem Werknutzer zugewiesen. Möchte ein Werknutzer diese Bearbeitung zudem verwenden, so ist dies innerhalb des Pri-

452 Siehe dazu Salagean, 57; siehe für Deutschland Hertin, GRUR 1989, 159, 163 m.w.H.

453 Siehe Salagean, 142; Wegener, Musik und Recht, 359; Dessemontet, Rz. 492.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vat- und Schulbereichs ebenfalls gestattet. Innerhalb dieser Bereiche wird die zweite Facette des Bearbeitungsrechts – das Recht auf Verwendung der Bearbeitung – somit durch Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG von der Einwilligung des Urhebers befreit, womit der Werknutzer seine Bearbeitungen unabhängig verwenden kann. Jegliche Bearbeitungen also, die erstellt und etwa zuhause den Verwandten und Freunden vorgeführt werden oder aber Bearbeitungen, die im Schulunterricht den Schülern zugänglich gemacht werden, fallen unter das Recht auf Bearbeitungsfreiheit und sind dem Werknutzer somit ohne Einwilligung des Urhebers gestattet.

Für Verwendungshandlungen allerdings, die nicht von der Privat- oder Schulgebrauchsschranke erfasst werden – zu nennen ist insbesondere die Verwendung von Bearbeitungen in sozialen Netzwerken im Internet –, kann auf keine weiteren Schrankenbestimmungen zurückgegriffen werden. Von der Privat- und Schulgebrauchsschranke abgesehen, stehen dem Werknutzer, der eine reguläre Bearbeitung im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation verwendet, nämlich keine weiteren Schranken zur Seite, sind doch die Parodie- und die Zitatschranke nur auf Bearbeitungen resp. auf Zitatmedien anwendbar, die einen kritisch-belustigenden Zweck resp. einen zulässigen Zitatzweck (Erläuterung, Hinweis, Veranschaulichung) verfolgen und damit als Parodie im Sinne der ersten Kategorie sequenzieller Innovation resp. als Zitatmedium im Sinne einer unabhängigen Neuschöpfung qualifizieren.

VI. Zwischenergebnis

Freie Benutzungen, Parodien und Bearbeitungen haben gemeinsam, dass sie auf vorbestehenden Werken aufbauen; sie unterscheiden sich allerdings in ihrem Näheverhältnis zu den vorbestehenden Werken. Basierend auf diesem Näheverhältnis lassen sich Unterschiede in der gesetzlichen Behandlung feststellen. Freie Benutzungen und Parodien werden vom URG gesondert behandelt: Gestützt auf die ungeschriebene Schutzgrenze der freien Benutzung hat der Werknutzer das Recht, freie Benutzungen zu erstellen und diese unabhängig vom Urheber des vorbestehenden Werks zu verwenden. Die entsprechenden Bearbeitungshandlungen sind nicht vom Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers erfasst, womit der Werknutzer dafür weder eine Einwilligung einholen, noch eine Vergütung zahlen muss – ihm steht in diesem Bereich ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zu. Gestützt auf Art. 11 Abs. 3 URG hat der Werknutzer zudem das Recht, Parodien zu erstellen und diese unabhängig zu verwenden. Die Pa-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rodieschranke ist als umfassende Schrankenbestimmung ausgestaltet, weshalb der Werknutzer auch bei Parodien weder eine Einwilligung des Urhebers einholen, noch eine Vergütung bezahlen muss – auch in diesem Bereich steht ihm ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zu.

Im Gegensatz zu den freien Benutzungen und den Parodien sieht das schweizerische Urheberrecht für Bearbeitungen keine gesonderte Schutzgrenze oder Schrankenbestimmung vor. Eine Prüfung der bestehenden Schutzgrenzen hat allerdings ergeben, dass die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut Raum für Werknutzer zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen lässt und zwar dann, wenn Werke mit abgelaufener Schutzfrist für die Bearbeitung verwendet werden. Diese Werke dürfen in erkennbarer Form in die Bearbeitung integriert und ebendiese Bearbeitung in unabhängiger Weise verwendet werden; im beschriebenen Rahmen hat der Werknutzer also ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen.

Eine Prüfung der bestehenden Schrankenbestimmungen hat zudem gezeigt, dass die Privat- und Schulgebrauchsschranke Raum für Werknutzer zur Erstellung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen lassen. Die Privatgebrauchsschranke legitimiert dabei jede Erstellung einer Bearbeitung, findet die blosse Erstellung doch stets im persönlichen Bereich und damit im Privatbereich gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a URG statt. Will der Werknutzer die erstellte Bearbeitung sodann ohne die Einwilligung des Urhebers des vorbestehenden Werks verwenden, so ist dies durch die Privatresp. die Schulgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG innerhalb des Privat- und Schulbereichs gestattet – auch in diesem Bereich steht dem Werknutzer ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zu.

Für den Werknutzer kann somit abschliessend festgehalten werden, dass er freie Benutzungen und Parodien erstellen und frei verwenden darf. Auch Bearbeitungen darf er gestützt auf die Privatgebrauchsschranke erstellen. Ebendiese Privatgebrauchsschranke sowie die Schulgebrauchsschranke und die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut gestatten es dem Werknutzer zudem, Bearbeitungen unabhängig zu verwenden. Die damit unabhängig von einer Einwilligung des Urhebers gestatteten Verwendungen sind allerdings auf den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen beschränkt. Von den genannten Bestimmungen abgesehen, steht dem Urheber ein Kontrollrecht über die Verwendung von Bearbeitungen zu, weshalb der Werknutzer seine Bearbeitungen nicht ohne die Einwilligung des Urhebers verwenden darf. Diese Kontrolle über die Verwendung von Bearbeitungen stellt sodann auch der verbleibende Inhalt des Bearbeitungsrechts des Urhebers dar.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 6: Durchsetzung des Bearbeitungsrechts

I. Im Allgemeinen

Nachfolgend ist zu untersuchen, wie das Bearbeitungsrecht im schweizerischen Urheberrecht durchgesetzt wird. Dabei ist nur das Bearbeitungsrecht des Urhebers zu betrachten, da nur dieses als Ausschliesslichkeitsrecht ausgestaltet ist.[454]

Wie bereits dargelegt, kann ein Ausschliesslichkeitsrecht entweder als Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht durchgesetzt werden,[455] wobei das URG von beiden Institutionen Gebrauch macht.[456]

Als sachliche Schranken mit Entschädigungswirkung sieht das URG gesetzliche Lizenzen[457] und Zwangslizenzen[458] vor, unter welchen die Werkverwendung einwilligungsfrei zulässig ist, ebendiese Verwendung aber eine Vergütungspflicht nach sich zieht. Das URG sieht alsdann Schranken in der Form der kollektiven Verwertungspflicht[459] und – sofern die vom

---

454 Siehe dazu bereits Kapitel 2: IV.2.1.

455 Koelman, IIC 2004, 610 ff.; vgl. Calabresi/Melamed, 85 Harvard L. Rev. 1089, 1090 ff., 1105 ff. (1972); siehe dazu bereits Kapitel 2: IV.2.1.

456 Als Verbotsrecht ausgestaltet ist etwa das Veröffentlichungsrecht von Art. 9 Abs. 2 URG, aber im Grundsatz auch die in Art. 10 URG verankerten Verwendungsrechte, wie insbesondere das Recht, Werke zu vervielfältigen (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG), zu verbreiten (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) oder öffentlich zugänglich zu machen (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG). Zu diesen Verbotsrechten sind allerdings Schranken vorgesehen, die das Verbotsrecht zum Teil in ein Entschädigungsrecht umwandeln. Beispiele dafür sind etwa die Schulgebrauchsschranke hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG, die Schranke für betriebsinternes Vervielfältigen gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG oder die Schranke zur Verwendung durch Menschen mit Behinderungen gemäss Art. 24c Abs. 3 URG; siehe dazu sogleich ausführlich.

457 Beispiele für gesetzliche Lizenzen zum Vervielfältigen sind die Schulgebrauchsschranke gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG und die Schranke für betriebsinternen Gebrauch gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG.

458 Das einzige Beispiel einer Zwangslizenz im URG liefert Art. 23 zur Herstellung von Tonträgern.

459 Beispiele für kollektive Verwertungsplichten sind Art. 22, 22a, 22b, 22c und 24b URG, siehe dazu SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 13.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bundesrat vorgelegte Botschaft zur aktuellen Urheberrechtsrevision angenommen wird – neu auch in der Form der erweiterten Kollektivlizenz vor,[460] unter welchen das Verwertungsrecht zwar nicht berührt wird, dessen Ausübung aber über die zuständige Verwertungsgesellschaft erfolgen muss resp. kann.[461] Da ebendiese Verwertungsgesellschaft eine Wahrnehmungspflicht trifft (Art. 44 URG)[462] und sie die Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung besorgen muss (Art. 45 Abs. 2 URG),[463] haben letztere Schranken ebenfalls zur Folge, dass Werkverwendungen grundsätzlich nicht von einer Einwilligung abhängen, sondern stets vorgenommen werden können, solange die von der Verwertungsgesellschaft geforderte Gebühr entrichtet wird.[464] Abschliessend sieht das URG umfassende Schranken vor. Diese Art sachlicher Schranken haben allerdings keine Entschädigungswirkung und führen somit nicht zu einem Entschädigungsrecht. Umfassende Schranken nehmen allerdings einen gewissen Bereich von einem Ausschliesslichkeitsrecht aus, sodass in ebendiesem Bereich für den Urheber weder ein Verbotsrecht, noch ein Entschädigungsrecht besteht.

Der schweizerische Gesetzgeber hat diese verschiedenen Arten von Schranken eingeführt im Versuch, einen differenzierten Ausgleich der Interessen aller Beteiligten zu erreichen;[465] dies gelingt insbesondere durch die Schranken mit Entschädigungswirkung, erzielt der Gesetzgeber damit doch einen echten Interessenausgleich: Den Interessen der Urheber auf der einen Seite wird dadurch Rechnung getragen, dass ihnen ein Vergütungsanspruch zugewiesen wird; den Interessen der Werknutzer auf der anderen Seite wird dadurch Rechnung getragen, dass sie eine Nutzungslizenz erhalten.

Nachfolgend wird dargelegt, wie das Bearbeitungsrecht des Urhebers durchgesetzt wird, ob es also als Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht ausgestaltet ist.

---

460 Botschaft, BBl 2018 591, 641 ff.

461 SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2; Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 2; SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 13; Botschaft, BBl 2018 591, 641 ff.

462 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 68 f.

463 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 70 f.

464 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 71.

465 Siehe dazu SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2, 13 m.w.H.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Bearbeitungsrecht des Urhebers als Verbotsrecht

Das Bearbeitungsrecht des Urhebers ist wie dargelegt auf das Recht beschränkt, die Verwendung von Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innnovation zu kontrollieren. Dieses Recht wird – von der Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut abgesehen – lediglich von der Privat- und Schulgebrauchsschranke (Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG) und somit von einer Schranke tangiert, die als umfassende Schranke ausgestaltet ist;[466] davon abgesehen ist für das Kontrollrecht des Urhebers zur Verwendung von Bearbeitungen keine Schrankenbestimmung einschlägig. Daraus ergibt sich, dass das Kontrollrecht zur Verwendung von Bearbeitungen im Privat- und Schulbereich wegfällt und der Werknutzer in diesem Bereich somit unabhängig – also frei von jeglicher Kontrolle durch den Urheber – Bearbeitungen verwenden kann.[467] Ausserhalb des Privat- und Schulbereichs ist das Recht – wie die hier gewählte Bezeichnung als Kontrollrecht bereits verrät – als Verbotsrecht ausgestaltet.[468] Im Sinne des *all or nothing*-Prinzips hat der Urheber somit das Recht, die Verwendung von Bearbeitungen zu erlauben oder diese zu verbieten; die Interessen des Werknutzers werden dabei nicht berücksichtigt. Ein echter Interessenausgleich findet somit nicht statt.

466 Siehe bereits zur Qualifikation der Schulgebrauchsschranke als umfassende Schranke resp. unentgeltliche gesetzliche Lizenz Kapitel 5: II.2. (Fn. 325); siehe zu den einschlägigen Schranken bereits Kapitel 5: V.2.

467 Siehe dazu bereits Kapitel 5: V.2.2.

468 Vgl. dazu etwa Rehbinder/Viganò, Art. 1 URG N 3 ff. m.w.H.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 7: Ergebnis zum 2. Teil

Im 2. Teil der vorliegenden Abfassung wurde untersucht, wie das Phänomen der sequenziellen Innovation *de lege lata* vom schweizerischen Urheberrecht behandelt wird. Dabei stand, wie bereits im 1. Teil, das Bearbeitungsrecht im Zentrum der Untersuchung. Es wurde dabei zunächst untersucht, ob dem Urheber ein Bearbeitungsrecht zusteht (Kapitel 4). Anschliessend wurde geprüft, ob auch dem Werknutzer in gewissen Bereichen ein solches Recht zusteht (Kapitel 5). Schlussendlich war zu klären, wie das Bearbeitungsrecht des Urhebers ausgestaltet ist, ob es also als Entschädigungs- oder als Verbotsrecht durchgesetzt wird (Kapitel 6).

Zum Bearbeitungsrecht des Urhebers wurde festgestellt, dass Art. 11 Abs. 1 lit. b URG dem Urheber ein ausschliessliches Recht erteilt, sequenzielle Innovation zu erstellen. Es wurde zudem festgehalten, dass dem Urheber faktisch auch das Recht zur Verwendung sequenzieller Innovation in dem Sinne zusteht, dass er die Verwendung durch Werknutzer gemäss Art. 3 Abs. 4 URG kontrollieren kann.

Dieses grundsätzlich umfassende Bearbeitungsrecht des Urhebers wird allerdings *de lege lata* durch diverse Schutzgrenzen und Schrankenbestimmungen eingegrenzt; aus diesen Begrenzungen des Bearbeitungsrechts des Urhebers ergibt sich der Bereich, in welchem dem Werknutzer ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zusteht.

Aus der Schutzgrenze der freien Benutzung etwa ergibt sich für den Werknutzer ein Recht zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von freien Benutzungen als erste Kategorie sequenzieller Innovation. Über die Parodieschranke hat der Werknutzer zudem ein Recht zur Schöpfung und unabhängigen Verwendung von Parodien als zweite Kategorie sequenzieller Innovation. Über die Privatgebrauchsschranke hat der Werknutzer des Weiteren das Recht, Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation zu schöpfen. Was allerdings das Recht anbelangt, ebensolche Bearbeitungen zu verwenden, so ist dies grundsätzlich nicht ohne eine Einwilligung des Urhebers gestattet. Lediglich dann, wenn der Werknutzer eine Bearbeitung verwendet, die vorbestehende Werke enthält, deren Schutzfrist bereits abgelaufen ist (Gemeingut) oder dann, wenn er Bearbeitungen im Privat- und Schulbereich verwendet (Privat- und Schulgebrauchsschranke), ist er dazu gesetzlich legitimiert. In allen übrigen Fällen muss der

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Werknutzer die Einwilligung des Urhebers des vorbestehenden Werks einholen, um seine Bearbeitung zu verwenden.

Zur Durchsetzung des (Kontroll-)Rechts des Urhebers auf Verwendung von Bearbeitungen wurde *de lege lata* festgestellt, dass dieses lediglich durch die umfassende Schranke des Privat- und des Schulgebrauchs und die Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut eingeschränkt wird; es ist allerdings keine Schranke mit Entschädigungswirkung einschlägig. Daraus ergibt sich, dass dieses Recht des Urhebers gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b URG als Verbotsrecht ausgestaltet ist.

Ein Vergleich dieser Erkenntnisse zur geltenden Rechtslage aus dem 2. Teil mit den Ergebnissen der wirtschaftlichen Analyse aus dem 1. Teil zeigt, dass das schweizerische Urheberrecht bereits in wirtschaftlich effizienter Weise mit der sequenziellen Innovation der freien Benutzung und der Parodie umgeht, steht es doch dem Werknutzer aufgrund der Schutzgrenze der freien Benutzung und der Parodieschranke zu, ebendiese Kategorien sequenzieller Innovation zu schöpfen und diese zu verwenden. Auch das Recht auf Erstellung von Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation wird unter der derzeitigen Rechtslage bereits effizient durchgesetzt. Hinsichtlich des Rechts auf Verwendung von Bearbeitungen erzielt das schweizerische Urheberrecht allerdings noch nicht den wirtschaftlich effizienten Zustand. Es weist das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen zwar richtigerweise dem Kontrollbereich des Urhebers zu; ebendieses Bearbeitungsrecht ist allerdings als Verbotsrecht ausgestaltet und nicht etwa als Entschädigungsrecht – letzteres würde dem wirtschaftlich effizienten Zustand entsprechen.[469] Da hinsichtlich der Verwendung von Bearbeitungen *de lege lata* der wirtschaftlich effiziente Zustand nicht erreicht ist, liegt beim Recht auf Verwendung von Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation ein Marktversagen vor.[470]

---

469 Die aktuelle Revision des URG, die darauf abzielt, das schweizerische Urheberrecht an das digitale Zeitalter anzupassen und damit ursprünglich grosse Hoffnung schürte, lässt das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen unberührt und vermag somit diesen ineffizienten Zustand nicht zu beheben, vgl. dazu Botschaft, BBl 2018 591 ff.

470 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; vgl. auch dazu Hoffmann-Riem, 442 ff., der sich

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ganz allgemein dafür ausspricht, eine Art „Innovationsrendite“ einzuführen; vgl. zudem Wildhaber/Lohmann, AJP 2017, 281, 282; 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Teil: Bearbeitungen de lege lata extensa

Nachfolgend wird untersucht, welche Optionen dem schweizerischen Urheberrecht offenstehen, um die Verwendung von Bearbeitungen und damit das Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen künftig effizient – also als Entschädigungsrecht des Urhebers – auszugestalten. Dazu sind zwei grundsätzliche Lösungsansätze denkbar: Es können entweder bestehende Schrankenbestimmungen im Rahmen des Methodenpluralismus extensiver ausgelegt werden; alternativ kann der Schrankenkatalog um neue Schraken erweitert werden.

Im 3. Teil der vorliegenden Abfassung wird geprüft, ob der erste Lösungsansatz – also die extensive Auslegung bestehender Schranken – zielführend ist. Dazu werden zwei bestehende Schrankenbestimmungen untersucht, die sich für eine Ausweitung auf Bearbeitungen eignen könnten: Die Parodieschranke und die Zitatschranke. Es wird sich allerdings zeigen, dass weder die Parodieschranke noch die Zitatschranke – würden sie extensiv ausgelegt werden – den wirtschaftlich effizienten Zustand herzustellen vermögen.

Vorweg ist folgendes zur Auslegung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen anzumerken: In der Lehre wird teilweise die Meinung vertreten, dass Schrankenbestimmungen restriktiv auszulegen sind, da sie lediglich Ausnahmen zum grundsätzlich geltenden Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers darstellen.[471] Diese Lehrmeinung ist allerdings abzulehnen.[472] Auch wenn das Urheberrecht die Ausschliesslichkeitsrechte grundsätzlich dem Urheber zuweist, so sind die Schrankenbestimmungen nicht als Ausnahmen zu diesem Grundsatz zu betrachten, sondern als Gesetzestechnik, anhand derer der Inhalt und die Grenzen der Rechte der Urheber und Werknutzer bestimmt werden.[473] Die Schrankenbestimmungen sind

---

471 So etwa Cherpillod, SIWR II/1, 2. Aufl., 265; differenzierter dann allerdings ders., SIWR II/1, Rz. 744; differenzierend auch Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 8.

472 So etwa SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 N 15 m.w.N.; Brändli, Rz. 123; für Deutschland Hilty, GRUR 2005, 819, 823 f. m.w.N.; vgl. auch Geiger, FS Hilty, 77 ff.

473 Siehe dazu auch Brändli, Rz. 123; siehe zudem zum deutschen Recht Geiger, 143, 150 f.; siehe bereits Kapitel 5: II.2.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

daher keine Ausnahmen und somit nicht restriktiv auszulegen.[474] Selbst wenn allerdings die Schranken des Urheberrechts als Ausnahmen zu betrachten wären, so würde dies nichts daran ändern, dass die Auslegungsmethoden regulär Anwendung finden, besteht doch kein Rechtsgrundsatz, der besagt, dass Ausnahmen generell eng ausgelegt werden müssen.[475]

Schrankenbestimmungen wie die Parodieschranke oder die Zitatschranke sind damit anhand der herkömmlichen Methoden (Methodenpluralismus) auszulegen. Im Rahmen dieser Auslegungsmethoden sind die Schranken auch einer extensiven Auslegung zugänglich.[476] In Anbetracht des stetig steigenden Schutzbereichs im Urheberrecht kann sich eine extensive Auslegung unter Umständen gar aufdrängen, um den Interessen der Werknutzer besser Rechnung zu tragen.[477]

474 Siehe BGE 120 II 112, E. 3.b; 124 III 321, E. 2; SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 N 15; Brändli, Rz. 123; für Deutschland Hilty, GRUR 2005, 819, 823 f. m.w.N.; vgl. auch Geiger, FS Hilty, 77 ff.

475 Siehe allerdings Brändli, Rz. 123, die darauf hinweist, dass sich bei systemfremden Normen eine restriktive Auslegung vertreten lässt. Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen stellen allerdings keine systemfremden Normen im URG dar; siehe dazu auch SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 N 15.

476 BGE 120 II 112, E. 3.b; 124 III 321, E. 2; SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 N 15; ablehnend wohl Förster, 211, der sich gegen eine extensive Auslegung bestehender Schranken auf neuartige Nutzungshandlungen ausspricht.

477 Vgl. dazu Max-Planck-Institut, Declaration Three-Step Test, 1, 4 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 8: Parodieschranke

Im 2. Teil der vorliegenden Abfassung wurde festgestellt, dass Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation von der Parodieschranke – gemäss ihrer derzeitigen Auslegung – nicht erfasst werden.[478] Im vorliegenden Kapitel wird nun geprüft, ob dies durch eine extensive Auslegung geändert werden kann, ob also die Parodieschranke, wenn sie anhand der herkömmlichen Auslegungsmethoden[479] extensiv ausgelegt wird, dazu führen würde, dass Bearbeitungen davon erfasst werden. Im Fokus steht dabei die Auslegung des Begriffs der *vergleichbaren Abwandlungen*, wie er dem Art. 11 Abs. 3 URG zu entnehmen ist. Im Anschluss daran wird dargelegt, welche Vor- und Nachteile es mit sich bringen würde, wenn Bearbeitungen über den skizzierten extensiven Auslegungsvorschlag von der Parodieschranke erfasst würden. Insbesondere ist dabei darauf einzugehen, ob die Parodieschranke, würde sie auf Bearbeitungen anwendbar sein, den wirtschaftlich effizienten Zustand herstellen würde.

I. Auslegungsvorschlag

Art. 11 Abs. 3 URG hält fest, dass „*[...] die Verwendung bestehender Werke zur Schaffung [und Verwendung] von Parodien oder mit ihnen vergleichbaren Abwandlungen des Werks [zulässig ist].*“ Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 11 Abs. 3 URG ergibt sich, dass unter der Parodie kritisch-belustigende Abwandlungen vorbestehender Werke verstanden werden, wobei unter dem Begriff der Parodie lediglich *literarische* Parodien subsumiert werden.[480] Mit vergleichbaren Abwandlungen dagegen sind Parodien anderer

478 Siehe dazu ausführlich Kapitel 5: V.2.1.

479 Siehe dazu statt vieler Kramer, 57 ff.

480 So die Botschaft, BBl 1989 III 477, 530, die von der Parodie als bekannteste Form der literarischen Satire spricht; siehe auch Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10; vgl. zudem Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 613 ff. m.w.H.; a.A. Lötscher, Rz. 35 (insbesondere Fn. 108), der auch filmische und musikalische Parodien bereits unter dem Begriff der Parodie erfasst sieht.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Werkkategorien[481] sowie andere humoristische Nachahmungsformen gemeint, die ebenfalls einen kritisch-belustigenden Zweck verfolgen, wie etwa die Travestie.[482] Der Begriff der vergleichbaren Abwandlungen resp. der Vergleichbarkeit wird damit anhand des Zwecks ausgelegt, der mit der Parodieschranke verfolgt wird. Ist eine Abwandlung somit wie Parodien kritisch-belustigend, so gilt sie als mit der Parodie vergleichbar und wird von der Parodieschranke erfasst. Diese nach dem Zweck der Schranke orientierte, also teleologische Auslegung stellt allerdings eine teleologische Reduktion des Begriffs dar, verlangt der Begriff doch eigentlich keine Parodie*gleichheit*, sondern eine Parodie*vergleichbarkeit*.

Wird auf diese teleologische Reduktion verzichtet und der Begriff der vergleichbaren Abwandlungen damit extensiver als bisher ausgelegt,[483] so müssten auch Abwandlungen von der Parodieschranke erfasst werden, die einen *vergleichbaren* – also ähnlichen – Zweck wie die Parodie verfolgen.[484] Während mit der Parodie also insbesondere das Interesse an Humor und dasjenige an freier Meinungsäusserung (Art. 16 BV) verfolgt wird, so müssten Abwandlungen, die insbesondere das Interesse an Unterhaltung und dasjenige an freier, künstlerischer Entfaltung (Art. 21 BV) verfolgen, als mit der Parodie vergleichbar erachtet werden, sind doch die damit verfolgten gesellschaftlichen Interessen (Humor und Unterhaltung) und die damit geschützten Rechte (Grundrechte der Meinungs- und Kunstfreiheit) vergleichbar. *Music Mashups* oder andere Bearbeitungen müssten somit von der Parodieschranke erfasst werden, dienen diese doch der Unterhaltung und der künstlerischen Entfaltung.

II. Vorteile

Würde der Begriff der vergleichbaren Abwandlungen extensiver ausgelegt werden und würden daher Bearbeitungen, die der Unterhaltung und der künstlerischen Entfaltung dienen, von der Parodieschranke erfasst werden, so wären Werknutzer künftig nicht mehr auf die Einwilligung der Rechtsinhaber angewiesen. Sie könnten fortan einwilligungs- und vergütungsfrei

481 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 18 m.w.H.; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

482 Siehe dazu Dessemontet, SIWR II/1, Rz. 615 ff. m.w.N.; vgl. auch SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 14.

483 Eine wirkliche extensive Auslegung ist allerdings nicht notwendig; es ist ausreichend, wenn die bisherige restriktive Auslegung aufgegeben wird.

484 Vgl. zum deutschen Recht Ohly, GRUR 2017, 964, 968 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bearbeitungen verwenden, solange deren Zweck mit demjenigen von Parodien vergleichbar ist. Die dargelegte extensivere Auslegung der Parodieschranke würde zudem dazu führen, dass sequenzielle Innovation und damit das Literatur- und Kunstschaffen gefördert würde, müssten doch die Werknutzer wie erwähnt fortan keine Einwilligungen mehr einholen. Der Urheber des vorbestehenden Werks könnte dadurch insofern profitieren, als dass sein Bekanntheitsgrad und derjenige seines Werks mit jeder zusätzlichen Bearbeitung potenziell steigt. Die beschriebenen Vorteile könnten dabei ohne legislatorisches Eingreifen erzielt werden.

III. Nachteile

Würden Bearbeitungen unter den Begriff der vergleichbaren Abwandlungen und damit unter die Parodieschranke subsumiert werden, so hätte dies insbesondere zwei Nachteile. Erstens ist die Parodieschranke als umfassende Schranke ausgestaltet. Würden Bearbeitungen von dieser Schranke erfasst werden, so hätte dies zu Folge, dass Bearbeitungen nicht nur einwilligungsfrei, sondern auch vergütungsfrei verwendet werden könnten, zieht doch eine umfassende Schranke keine Vergütungspflicht nach sich.[485] Die Parodieschranke vermag somit keinen eigentlichen Interessenausgleich herzustellen; viel eher gilt das *Alles oder Nichts*-Prinzip: Fällt die Bearbeitung unter die Schranke, wird den Interessen des Werknutzers vollständig Rechnung getragen, während der Urheber leer ausgeht. Fällt die Bearbeitung hingegen nicht unter die Schranke, so wird den Interessen des Urhebers umfassend Rechnung getragen; der Werknutzer geht dabei allerdings leer aus. In anderen Worten ausgedrückt, vermag die Parodieschranke nicht den wirtschaftlich effizienten Zustand herzustellen, setzt die Schranke doch auf der falschen Ebene an: Sie setzt nicht auf der Durchsetzungsebene an, indem sie das Verbotsrecht des Urhebers in ein Entschädigungsrecht umwandelt, sondern sie greift bereits in die Rechtsverteilung ein und führt dazu, dass das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen nun nicht mehr dem Urheber, sondern dem Werknutzer zusteht.

Würden Bearbeitungen, die der Unterhaltung und der künstlerischen Entfaltung dienen, unter den Begriff der vergleichbaren Abwandlungen subsumiert werden, so hätte dies zweitens den Nachteil, dass unklar wäre,

485 Siehe allerdings Hilty, Rz. 243, zur Vergütung für Aufführungs-, Sende-, Vervielfältigungsrechte etc., die bei der Verwendung der Parodie notwendigerweise tangiert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

welche Bearbeitungen alle von der Parodieschranke erfasst würden. Würden alle Bearbeitungen davon erfasst werden, da in jeder Bearbeitung ein gewisser Unterhaltungs- und künstlerischer Entfaltungszweck erblickt und dieser für ausreichend erachtet wird, so würde dies zu einem äusserst weiten Anwendungsbereich der Parodieschranke führen, was in Anbetracht der vergütungsfreien Werkverwendung unhaltbar erscheint. Würden hingegen nicht alle, sondern bloss gewisse, qualifizierte Bearbeitungen davon erfasst werden, so wäre es schwierig, zwischen zulässigen und unzulässigen Bearbeitungen abzugrenzen.

IV. Zwischenergebnis

Im vorliegenden Kapitel wurde dargelegt, dass Bearbeitungen von der Parodieschranke erfasst werden könnten, wenn diese extensiv ausgelegt würde. Dazu müsste der Begriff der vergleichbaren Abwandlungen, der derzeit auf Abwandlungen beschränkt wird, die den *gleichen* Zweck verfolgen wie Parodien, ausgeweitet werden auf Abwandlungen, die einen *vergleichbaren* – also ähnlichen – Zweck verfolgen wie Parodien. Der Vorteil einer solchen extensiven Auslegung ist primär der, dass Bearbeitungen – ohne legislatives Einschreiten – einwilligungsfrei zulässig wären, womit sequenzielle Innovation gefördert würde. Die Nachteile einer solchen extensiven Auslegung wiegen allerdings schwer: Würden Bearbeitungen von der Parodieschranke erfasst werden, so wäre deren Verwendung vergütungsfrei zulässig; die Schranke würde somit nicht auf der Durchsetzungsebene des Bearbeitungsrechts, sondern bereits auf der Rechtsverteilungsebene ansetzen und damit den wirtschaftlich effizienten Zustand verfehlen. Zudem wäre unklar, welche Bearbeitungen von der Parodieschranke erfasst würden. Alle davon zu erfassen, würde in Anbetracht der fehlenden Vergütungspflicht zu weit gehen; die Anwendung auf gewisse Bearbeitungen zu beschränken, würde hingegen zu Rechtsunsicherheit führen. In Anbetracht dieser Nachteile steht somit fest, dass eine extensive Auslegung der Parodieschranke nicht zu einem angemessenen Umgang mit Bearbeitungen führt.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 9: Zitatschranke

Im 2. Teil der vorliegenden Abfassung wurde geprüft, ob die Zitatschranke auf Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation Anwendung findet, wobei festgestellt wurde, dass die Schranke – gemäss ihrer derzeitigen Auslegung – nicht greift.[486] Wie bereits im vorangehenden Kapitel zur Parodieschranke, so wird nun im vorliegenden Kapitel geprüft, ob die Zitatschranke auf Bearbeitungen im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation Anwendung finden könnte, wenn ebendiese Schranke anhand der herkömmlichen Auslegungsmethoden[487] extensiv ausgelegt wird. Diese extensive Auslegung muss bei den zulässigen Zitatzwecken ansetzen, die Art. 25 URG abschliessend aufzählt. Nachstehend wird daher untersucht, inwiefern diese Zitatzwecke extensiv ausgelegt werden könnten, um Bearbeitungen von der Schranke zu erfassen. Anschliessend werden die Vor- und Nachteile dargelegt, die entstehen würden, wenn Bearbeitungen unter die Zitatschranke fallen würden. Wie bereits bei der Parodieschranke, so muss auch vorliegend besonders darauf geachtet werden, ob eine extensive Zitatschranke den wirtschaftlich effizienten Zustand herzustellen vermag.

I. Auslegungsvorschlag

Art. 25 Abs. 1 URG hält fest, dass „*[v]eröffentlichte Werke [...] zitiert werden [dürfen], wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist.*" Als zulässigen Zitatzweck werden somit nur die Erläuterung, der Hinweis oder die Veranschaulichung erachtet, wobei dieser geforderte Zitatzweck auf etwas bezogen sein muss, das ausserhalb des konkreten Zitats liegt (Belegfunktion).[488] Es reicht also nicht, wenn das Zitat für sich alleine etwas erläutert, auf etwas hinweist oder etwas veranschaulicht, das Zitat also um

---

486 Siehe dazu ausführlich Kapitel 5: V.2.3.

487 Siehe dazu statt vieler Kramer, 57 ff.

488 Siehe SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 10; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 1; Rehbinder/Viganò, Art. 25 URG N 3; Hilty, Rz. 231; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 901, 903; Ruedin, Rz. 481 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seiner selbst willen einen Zweck verfolgt. Diese Auslegung entspricht dem Sinn und Zweck der Zitatschranke, möchte damit doch ermöglicht werden, dass sich Dritte auf vorbestehende Werke beziehen und ihre Meinungen und Ideen dazu austauschen können.[489]

Dass ein Zitieren um seiner selbst willen allerdings durchaus künstlerischen Gehalt haben kann und daher schützenswert ist, beweist Lessig anhand des Schreibstils seines Studienkolleges:

> *Ben's writing had a certain style. Were it music, we'd call it sampling. Were it painting, it would be called collage. Were it digital, we'd call it remix. Every paragraph was constructed through quotes. The essay might be about Hemingway or Proust. But he built the argument by clipping quotes from the authors he was discussing. Their words made his argument.*[490]

Unter der beschriebenen Auslegung der Zitatschranke ist dieser Schreibstil im schweizerischen Urheberrecht nicht zulässig.[491] Schliesslich beschränkt sich der Schreibstil auf eine Aneinanderreihung von Zitaten im Sinne einer Zitatsammlung,[492] wobei die einzelnen Zitate nicht etwas erläutern, auf etwas hinweisen oder etwas veranschaulichen, das ausserhalb der konkreten Zitate liegt. Vielmehr stellen die Zitate durch die Verbindung miteinander überhaupt erst den Inhalt des Zitatmediums dar und enthalten in sich selbst und in der Verbindung miteinander einen Hinweis, eine Erläuterung oder eine Veranschaulichung. Gleiches gilt, wenn dieser Stil des Werkschaffens bei anderen Werkkategorien angewandt wird.

Um solche Fälle des Zitierens um seiner selbst willen künftig durch die Zitatschranke zu erfassen, müsste das Erfordernis des Zitatzwecks entspre-

---

489 SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 1; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 1.

490 Lessig, 51 ff.

491 Gemäss Lessig, 51 ff., ist der beschriebene Schreibstil im U.S.-amerikanischen Recht bei literarischen Werken zulässig. Dies ist wohl dank der Flexibilität der *Fair Use*-Doktrin zutreffend, vgl. dazu 17 U.S.C. § 107 (2016). Ein vergleichbares Zitieren bei anderen Werkkategorien ist allerdings urheberrechtlich problematisch, gelten gemäss Lessig beispielsweise bei Werken der Musik oder bei filmischen Werken – und dies kann er sich nicht erklären – andere Massstäbe, siehe ders., 53.

492 Siehe zur Zitatsammlung bereits Kapitel 5: V.2.3.; siehe dazu zudem Ruedin, Rz. 481 f.; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 3; SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 10, 15; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 145; Morant, 112, 169 (Fn. 770 m.w.H.).; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 903.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chend weiter ausgelegt werden.[493] Anstatt wie bis anhin in teleologischer Auslegung zu fordern, dass das Zitat etwas belegen muss, das ausserhalb des Zitats liegt, könnte streng auf den Wortlaut der Zitatschranke abgestellt werden. Art. 25 Abs. 1 URG fordert bloss, dass mit dem Zitat ein Hinweis, eine Erläuterung oder Veranschaulichung einhergeht; dies kann durchaus auch durch das Zitat alleine erreicht werden. Beispielsweise weist ein Werknutzer, der ein Zitat anbringt, bereits durch das blosse Anbringen dieses Zitats auf etwas hin und zwar auf das, was das Zitat enthält. Diese stärker am Wortlaut der Zitatschranke orientierte Auslegung würde somit Zitate, die um ihrer selbst willen angebracht werden, gleichsam erfassen wie Zitate, die durch die Verbindung zu etwas Neuem den Zitatzweck verfolgen.

II. Vorteile

Würde die Zitatschranke wie vorgebracht stärker am Wortlaut orientiert und damit extensiver als bis anhin ausgelegt werden, so hätte dies den Vorteil, dass Werknutzer künftig Zitatsammlungen, wie sie Lessig[494] beschreibt, verwenden könnten, ohne dafür die Einwilligung des Urhebers einholen zu müssen. Wie bereits bei der extensiven Auslegung der Parodieschranke, so würde auch eine extensive Auslegung der Zitatschranke sequenzielle Innovation und damit das Literatur- und Kunstschaffen potenziell fördern; zudem könnte der Urheber des vorbestehenden Werks dadurch, dass sein Werk – *notabene* mitsamt Urhebernennung – vermehrt in Bearbeitungen verwendet wird, wiederum von einer gesteigerten Bekanntheit profitieren. Ein legislatorisches Eingreifen wäre dazu nicht notwendig, würde doch auf den bestehenden Wortlaut der Zitatschranke abgestellt werden.

III. Nachteile

Die vorgebrachte extensive Auslegung der Zitatschranke würde diverse Nachteile mit sich bringen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Zitat

493 Vgl. zum deutschen Recht Ohly, GRUR 2017, 964,968; Apel, K&R 2017, 563, 565.
494 Lessig, 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grundsätzlich originalgetreu wiedergegeben werden muss[495] und daher im Rahmen des Zitatzwecks lediglich leichte Änderungen zulässig sind.[496] Sind die vorgenommenen Änderungen allerdings weitreichender, so findet die Zitatschranke keine Anwendung. Da bei Bearbeitungen im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation mehr als blosse Änderungen vorliegen,[497] müsste die Zitatschranke auch diesbezüglich extensiv ausgelegt werden; die Abkehr von der derzeitigen Auslegung der Zitatschranke wäre somit erheblich.

Davon abgesehen würde die Schranke – wie bereits die Parodieschranke – den wirtschaftlich ineffizienten Zustand nicht zu beheben vermögen, ist sie doch als umfassende Schranke ausgestaltet. Die von der Schranke erfassten Werknutzungen sind somit nicht nur einwilligungs-, sondern auch vergütungsfrei zulässig, womit die Interessen der Urheber und Werknutzer nicht ausgeglichen werden; vielmehr gilt das *Alles oder Nichts*-Prinzip.[498] Auch hier vermag die Schranke somit nicht den wirtschaftlich effizienten Zustand herzustellen, da sie auf der Ebene der Rechtsverteilung und nicht etwa auf der Durchsetzungsebene des Rechts als Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht ansetzt.

Schliesslich würde es dem Sinn und Zweck der Zitatschranke widersprechen, wenn das Zitat bloss um seiner selbst willen im Zitatmedium angefügt werden könnte, wird doch mit der Zitatschranke gerade der Zweck verfolgt, dass sich Werknutzer auf vorbestehende Werke beziehen und ihre Meinungen und Ideen dazu austauschen können.[499]

IV. Zwischenergebnis

Im vorliegenden Kapitel wurde dargelegt, dass Aneinanderreihungen von Zitaten – also Zitatsammlungen – von der Zitatschranke erfasst werden könnten, wenn diese extensiv ausgelegt würde. Dazu müsste die Schranke dahingehend ausgelegt werden, dass der erforderliche Zitatzweck bereits dann als erfüllt gilt, wenn der Zweck durch das Zitat selbst – also durch

---

495 Siehe dazu Gasser/Morant, sic! 2006, 229, 234.
496 Siehe dazu Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 145.
497 Bearbeitungen tangieren schliesslich stets das Bearbeitungsrecht am vorbestehenden Werk gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b URG; leichte Änderungen tangieren bloss das Änderungsrecht gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a URG.
498 Siehe dazu bereits Kapitel 8: III.
499 SHK-URG/Macciacchini/Oertli, Art. 25 URG N 1; Barrelet/Egloff, Art. 25 URG N 1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das, was es enthält – verfolgt wird. Unter der derzeit geltenden Auslegung reicht dies nicht aus, muss doch der Zitatzweck aus der Verbindung des Zitats mit dem Zitatmedium hervorgehen. Würde die Zitatschranke extensiv ausgelegt werden, so hätte dies zwar den Vorteil, dass Zitatsammlungen von der Schranke erfasst würden. Ebendiese extensive Auslegung würde allerdings erhebliche Nachteile nach sich ziehen: Zunächst müsste die Schranke nicht nur hinsichtlich des Zitatzwecks, sondern auch hinsichtlich der erlaubten Veränderung des Zitatobjekts extensiv ausgelegt werden, sodass Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation von der Schranke erfasst würden; es müsste somit gesamthaft erheblich von der derzeitigen Auslegung abgewichen werden. Des Weiteren würde die Schranke den wirtschaftlich ineffizienten Zustand im Zusammenhang mit Bearbeitungen nicht zu beheben vermögen, weil sie als umfassende Schranke ausgestaltet ist und daher nicht auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung, sondern auf der Rechtsverteilungsebene ansetzt. Die skizzierte extensive Auslegung der Zitatschranke würde zudem dem Sinn und Zweck ebendieser Schranke widersprechen, soll damit doch der Meinungs- und Ideenaustausch zu vorbestehenden Werken und nicht etwa bloss deren zusammenhangslose Wiedergabe gefördert werden. In Anbetracht dieser Nachteile steht somit fest, dass auch eine extensive Auslegung der Zitatschranke nicht zu einem angemessenen Umgang mit Bearbeitungen führt.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 10: Ergebnis zum 3. Teil

Im 3. Teil der vorliegenden Abfassung wurde untersucht, ob bestehende Schranken des Urheberrechts anhand des Methodenpluralismus in der Weise ausgelegt werden könnten, dass das Bearbeitungsrecht hinsichtlich Bearbeitungen wirtschaftlich effizient behandelt würde. Im Fokus standen dabei die Parodieschranke (Kapitel 8) und die Zitatschranke (Kapitel 9).

Zur Parodieschranke wurde festgestellt, dass diese dahingehend ausgelegt werden könnte, dass der Begriff der vergleichbaren Abwandlungen, der derzeit auf Abwandlungen beschränkt wird, die den *gleichen* Zweck verfolgen wie Parodien, ausgeweitet werden könnte auf Abwandlungen, die einen *vergleichbaren* – also ähnlichen – Zweck verfolgen wie Parodien. Eine entsprechende Auslegung würde dafür sorgen, dass nicht mehr nur kritisch-belustigende, sondern auch andere Bearbeitungen von der Parodieschranke erfasst würden, solange eben ein damit vergleichbarer Zweck verfolgt wird. Als Beispiel dazu wurden *Music Mashups* genannt, die einen mit dem kritisch-belustigenden Zweck vergleichbaren künstlerisch-unterhaltsamen Zweck verfolgen. Die skizzierte Auslegung der Parodieschranke hätte allerdings den primären Nachteil, dass Bearbeitungen, die von der Parodieschranke erfasst würden, vergütungsfrei verwendet werden könnten, ist die Parodieschranke doch als umfassende Schranke ausgestaltet. Damit würde nicht auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung, sondern auf der Rechtsverteilungsebene angesetzt und daher auch der wirtschaftlich effiziente Zustand verfehlt werden. Von einer extensiven Auslegung der Parodieschranke zugunsten von Bearbeitungen ist daher Abstand zu nehmen.

Zur Zitatschranke wurde festgestellt, dass diese dahingehend ausgelegt werden könnte, dass der erforderliche Zitatzweck bereits dann als erfüllt gilt, wenn der Zweck durch das Zitat selbst verfolgt wird. Unter der derzeit geltenden Auslegung reicht dies nicht aus, da der Zitatzweck aus der Verbindung des Zitats mit dem Zitatmedium hervorgehen muss. Die skizzierte extensive Auslegung würde dafür sorgen, dass Zitatsammlungen unter die Schranke subsumiert werden könnten. Ebendiese Auslegung vermag allerdings den wirtschaftlich ineffizienten Zustand im Zusammenhang mit Bearbeitungen ebenfalls nicht zu beheben, da die Zitatschranke – wie bereits die Parodieschranke – als umfassende Schranke ausgestaltet ist und daher nicht auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung, sondern auf der

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsverteilungsebene ansetzt. Auch bei der Zitatschranke ist somit von einer extensiven Auslegung abzusehen, da der für Bearbeitungen bestehende wirtschaftlich ineffiziente Zustand dadurch nicht behoben werden kann.

Abschliessend kann zusammengefasst werden, dass weder die Parodieschranke noch die Zitatschranke – würden sie extensiv ausgelegt werden – den wirtschaftlich effizienten Zustand für Bearbeitungen herzustellen vermögen. Vorzugswürdig sind viel eher Lösungen, die nicht dem *Alles oder Nichts*-Prinzip folgen. Eine extensive Auslegung bestehender Schrankenbestimmungen ist somit nicht zielführend.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Teil: Bearbeitungen de lege ferenda

Im 4. Teil der vorliegenden Abfassung wird untersucht, ob der Gesetzgeber anhand des zweiten Lösungsansatzes – also anhand der Ergänzung des Schrankenkatalogs um neue Schranken – den wirtschaftlich effizienten Zustand herzustellen vermag. Dabei werden drei denkbare Optionen betrachtet, die das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen in ein Entschädigungsrecht des Urhebers umgestalten könnten. Erstens wird eine Schranke für kreative Bearbeitungen betrachtet; zweitens wird der in der Literatur bereits vielfach diskutierte Ansatz der Schrankengeneralklausel für das schweizerische Urheberrecht geprüft; und drittens wird eine in der Literatur ebenfalls bereits mehrfach vorgebrachte Schranke für nichtkommerzielle Verwendung dargelegt. Es wird sich zeigen, dass hinsichtlich der Schrankengeneralklausel und der Schranke für nichtkommerzielle Verwendung überwiegende Argumente gegen deren Einführung in das schweizerische Urheberrecht sprechen. Eine Schranke für kreative Bearbeitungen drängt sich für das schweizerische Urheberrecht allerdings auf, will dieses weiterhin der Innovation zuträglich sein und den Interessen der Urheber und der Werknutzer angemessen Rechnung tragen.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 11: Schranke für kreative Bearbeitungen

Im vorliegenden Kapitel wird die Einführung einer Schranke für kreative Bearbeitungen als möglicher Lösungsansatz untersucht, um das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* als Entschädigungsrecht und damit in wirtschaftlich effizienter Weise auszugestalten. Dazu werden zunächst die Bestimmungen resp. Vorstösse des schweizerischen und U.S.-amerikanischen Rechts betrachtet, die als Vorbilder für die vorgeschlagene Schranke dienen. Nachfolgend wird untersucht, wie eine Schranke für kreative Bearbeitungen für das schweizerische Urheberrecht ausgestaltet werden müsste, ob die Schranke mit dem staatsvertraglich vereinbarten Dreistufentest vereinbar wäre und welche Vor- und Nachteile diese mit sich bringen würde. Abschliessend wird auf kürzliche Bestrebungen im Rahmen der EU Copyright Reform eingegangen, die anfänglich in eine ähnliche Richtung wiesen.[500]

I. Vorbilder der Schranke

Die Schranke für kreative Bearbeitungen lehnt sich an einen Vorstoss an, der im U.S.-amerikanischen Diskurs bereits vereinzelt vorgebracht und von Peter Menell als *Remix Compulsory License Act* bezeichnet wird.[501] Dieser *Remix Compulsory License Act* hat selber die *Cover License*[502] des *Copyright Act*[503] zum Vorbild und verlangt eine vergleichbare Lizenz für *Remixe*, sodass letztere ebenfalls ohne die Einwilligung des Urhebers des vorbestehenden Werks, dafür aber gegen Bezahlung einer Gebühr verwendet wer-

500 Siehe etwa EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 17, 18, 50 f. (Änderungsantrag 12, 13, 56); siehe zum deutschen Recht auch Ohly, GRUR 2017, 964, 968 f.; Apel, K&R 2017, 563, 565.

501 Siehe dazu ausführlich Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 352 ff. (2014); ders., 164 U. Penn. L. Rev. 441, 488 ff. (2016); siehe auch Vrana, 68 Wash. & Lee L. Rev. 811, 850 ff. (2011); Ashtar, 19 Alb. L.J. Sci. & Tech. 261, 312 ff. (2009).

502 Siehe dazu und zum Begriff des *Covers* resp. der Coverversion sogleich Kapitel 11: I.1.

503 17 U.S.C. § 115 (a) (1) (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den können.[504] Die Schranke für kreative Bearbeitungen ist somit vom *Remix Compulsory License Act* und damit zusammenhängend von den Bestimmungen inspiriert, die der U.S-amerikanische *Copyright Act* sowie auch das schweizerische Urheberrecht für Coverversionen vorsehen. Davon abgesehen bestehen Parallelen zwischen kreativen Bearbeitungen und Parodien, weshalb auch die Parodieschranke als Inspirationsquelle dient. Nachstehend soll auf die genannten Vorbilder der Schranke für kreative Bearbeitungen eingegangen werden.

1. Bestimmungen für Coverversionen

Die *Cover License* im U.S.-amerikanischen Recht wurde bereits im Copyright Act von 1909 eingeführt und ist der Grundstein für zahlreiche Neuinterpretationen bereits veröffentlichter Kompositionen, eben auch *Cover* oder Coverversionen genannt.[505] Die aktuelle Fassung des Copyright Act hält fest:

> *When phonorecords of a nondramatic musical work have been distributed to the public in the United States under the authority of the copyright owner, any other person […] may, by complying with the provisions of this section, obtain a compulsory license to make and distribute phonorecords of the work.*[506]

Dank dieser Lizenz ist es Werknutzern also gestattet, Neuinterpretationen bereits veröffentlichter Kompositionen auf Tonträgern aufzunehmen und diese zu verbreiten. Ihnen sind dabei allerdings gewisse Grenzen gesetzt, dürfen sie doch insbesondere die Melodie oder den Charakter der verwendeten Komposition nicht grundlegend verändern.[507] Die *Cover License* ist zudem als vergütungspflichtige Lizenz ausgestaltet; der Werknutzer muss eine Gebühr von 9.1 *cents* für fünf-minütige (oder kürzere) Coverversionen entrichten, die dem Urheber der verwendeten Komposition zusteht.[508]

---

504 Siehe Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 493 ff. (2016).
505 Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 493 (2016).
506 17 U.S.C. § 115 (a) (1) (2016).
507 17 U.S.C. § 115 (a) (2) (2016); Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 493 f. (2016). Die Coverversion stellt damit keine Bearbeitung oder Neugestaltung dar, sondern lediglich eine Vervielfältigung, die allenfalls geringfügige Änderungen enthält, siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 23 f., 33 f.
508 Siehe zu den detaillierten Gebührenregelungen 37 C.F.R. § 385.3 (a); siehe auch U.S. Copyright Office, Mechanical License Royalty Rates (2010), <https://www.c

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine mit der U.S.-amerikanischen *Cover License* vergleichbare Bestimmung gibt es für die Schweiz nicht. Gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a URG ist allerdings die Verwertung der ausschliesslichen Rechte zur Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik und zur Herstellung (und Verbreitung)[509] von Tonträgern oder Tonbildträgern solcher Werke der Bundesaufsicht unterstellt. Unter Verwertung wird dabei die direkte Wahrnehmung der genannten Rechte gegenüber den Werknutzern verstanden, wie insbesondere die Bewilligung zur Aufnahme einer Coverversion auf einem Tonträger.[510] Die Unterstellung unter die Bundesaufsicht bedeutet, dass die zuständige Verwertungsgesellschaft – bei Coverversionen ist dies die SUISA – immer dann, wenn sie einen Wahrnehmungsvertrag mit einem Urheber oder einen Gegenseitigkeitsvertrag mit einer ausländischen Verwertungsgesellschaft abschliesst, bei der Wahrnehmung der übertragenen Verwertungsrechte unter der Aufsicht des Instituts für Geistiges Eigentum (IGE, Art. 52 E-URG) und der eidgenössischen Schiedskommission (Schiedskommission, Art. 55 URG) steht. Art. 40 Abs. 1 lit. a URG greift im Grunde nicht in die urheberrechtlichen Berechtigungen ein.[511] Da eine individuelle Verwertung der unter Art. 40 Abs. 1 lit. a URG aufgeführten Verwertungsrechte aus Praktikabilitätsgründen allerdings ausser Betracht fällt,[512] übertragen Musik-Urheber die Wahrnehmung ebendieser Verwertungsrechte in der Regel der SUISA.[513] In all jenen Fällen, in denen die Rechte nicht vertraglich übertragen werden, darf die SUISA diese dennoch wahrnehmen im Sinne der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff.

---

opyright.gov/licensing/m200a.pdf>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019; Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 494 (2016); siehe dazu ausführlich Kapitel 11: IV.3.2.

509 Die Tatsache, dass die Verbreitung von Tonträgern und Tonbildträgern der Bundesaufsicht unterstellt ist, ergibt sich zwar nicht explizit aus Art. 40 Abs. 1 lit. a URG, war aber dem Art. 1 Abs. 1 lit. b der Vollziehungsverordnung zum Verwertungsgesetz von 1941 zu entnehmen, siehe SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 5, 9. Da gemäss der Botschaft zum URG von 1992 die Verwertung der ausschliesslichen Rechte in unverändertem Umfang der Bundesaufsicht unterstehen soll, ist auch die Verwertung des Verbreitungsrechts weiterhin der Bundesaufsicht unterstellt. Vgl. Botschaft, BBl 1989 III 477, 554; gl.M. SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 9; Rehbinder/Viganò, Art. 40 URG N 14.

510 Auch die Geltendmachung eines Verbotsrechts fällt darunter, vgl. SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 3.

511 Siehe SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 12.

512 BGer, 24. März 2003, 2A_288/2002, E. 3.4.3.4.1.

513 Siehe Wegener, Musik und Recht, 69; vgl. auch SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 12; Rehbinder/Viganò, Art. 40 URG N 11 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

OR).[514] Die Verwertung der Aufführungs-, Sende-, Ton-/Tonbildträgerherstellungs- und Verbreitungsrechte ist damit zwar nicht einer gesetzlichen Kollektivverwertungspflicht unterstellt, Sachzwänge[515] führen aber zu einem faktischen Kollektivverwertungszwang, sodass die SUISA die Rechte für die Urheber wahrnimmt. Für die Rechte, die zum Tätigkeitsgebiet der SUISA (oder zu demjenigen anderer Verwertungsgesellschaften) gehören, besteht für sie eine Verwertungspflicht (Art. 44 URG);[516] sie muss ihre Geschäfte dabei nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung besorgen (Art. 45 Abs. 2 URG).[517] Daraus lässt sich auch die Pflicht ableiten, Tarife für die von ihr geforderten Gebühren aufzustellen, diese genehmigen zu lassen und zu veröffentlichen (Art. 46 URG).[518] Dieser Pflicht ist die SUISA bspw. für die Verbreitung von Coverversionen auf Ton-/Tonbildträgern mit dem Tarif PI nachgekommen, wonach die Gebühr für zehnminütige (oder kürzere) Coverversionen derweil 22 Rappen beträgt.[519] Sachzwänge und die Unterstellung unter die Bundesaufsicht gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a URG haben somit zur Folge, dass ein Werknutzer, der eine Coverversion aufführen, senden oder auf Ton-/Tonbildträger aufnehmen und diese verbreiten will, für diese Werkverwendungen grundsätzlich nicht von einer Einwilligung abhängt, sondern lediglich die von der SUISA geforderte Gebühr entrichten muss.[520]

2. Remix Compulsory License Act

Der von Menell vorgebrachte *Remix Compulsory License Act* steht stellvertretend für diverse Vorstösse der U.S.-amerikanischen Lehre, die für *Remixe* eine Bestimmung fordern, die mit derjenigen für Coverversionen ver-

514 Siehe SUISA Statuten 2014, Ziff. 3.2; Wegener, Musik und Recht, 69; SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 12.
515 BGer, 24. März 2003, 2A_288/2002, E. 3.4.3.4.1; Rehbinder/Viganò, Art. 40 URG N 11.
516 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 68 f.
517 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 70 f.
518 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 72 ff.
519 Siehe hierzu und zu den detaillierten Tarifregelungen SUISA Tarif PI, Rn. 21.1 (2015–2018).
520 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 71.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichbar ist.[521] Diese Vorstösse und insbesondere der *Remix Compulsory License Act* von Menell können als die U.S-amerikanische Antwort auf das Phänomen sequenzieller Innovation betrachtet werden, wobei sich ebendiese Antwort auf *Remixe* – wie insbesondere *Music Mashups* – beschränkt.[522] Menell definiert dabei *Remix* im Sinne des *Remix Compulsory License Act* als eine Bearbeitung, die Musiksamples aus mindestens sechs oder mehr vorbestehenden Werken miteinander verbindet.[523]

Die geforderte *compulsory license* soll dem Werknutzer die Verwendung eines *Remix* ohne die Einwilligung des Urhebers des vorbestehenden Werks gestatten; er schuldet den Rechtsinhabern dafür allerdings eine Vergütung. Da bei der Verwendung von *Samples* in der Regel sowohl die Rechte des Urhebers als auch diejenigen des Tonträgerherstellers tangiert werden, muss die Vergütung – verglichen mit derjenigen bei Coverversionen –[524] höher angesetzt werden.[525] Menell schlägt deshalb eine Verdoppelung der Gebühr für Coverversionen vor und fordert für fünfminütige (oder kürzere) *Remixe* eine Gebühr von 18.2 *cents*; diese ist dann, so Men-

521 Siehe Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 493 ff. (2016); ders., 61 J. Copyright Soc'y 235, 352 ff. (2014); siehe auch 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); siehe auch U.S. Task Force Green Paper on Copyright, 28 f., 101; U.S. Task Force White Paper on Remix, 6 ff.; kritisch dazu allerdings LaPolt/Rosenthal/Meller, 38 Columbia J.L. & Arts 365 ff. (2015), die sich für stärkere Ausschliesslichkeitsrechte und daher gegen eine *compulsory license* aussprechen; so auch Merges, 227 f., 238.

522 Siehe dazu Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 501 (2016).

523 Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014); vgl. hingegen Vrana, 68 Wash. & Lee L. Rev. 811, 855 (2011), der ein flexibleres Regime vorschlägt, da er die *compulsory license* auf Werknutzungen anwenden will „*[...] that [are] truly transformative, not merely derivative*"; so auch Ashtar, 19 Alb. L.J. Sci. & Tech. 261, 312 ff. (2009); vgl. zudem Baroni, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 94 ff. (1993), der die *compulsory license* für jedes *Sampling* gelten lassen will.

524 Siehe dazu Kapitel 11: I.1.

525 A.A. hingegen Baroni, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 97 f. (1993), der sich dafür ausspricht, dass nur der Tonträgerhersteller entschädigt werden soll, da beim *Sampling* in der Regel die Urheberrechte nicht verletzt werden, weil das übernommene Element zu klein ist, um eigenen individuellen Charakter zu haben oder aber weil das übernommene Element so stark verändert wird, dass es nicht mehr erkennbar ist.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ELL, hälftig auf die Urheber und die Tonträgerhersteller der vorwendeten Werke aufzuteilen.[526]

Davon abgesehen müssen schliesslich auch die Einnahmen aus dem *Remix* gerecht auf die Rechtsinhaber verteilt werden. Der Verteilungsschlüssel sollte Transaktionskosten möglichst zu vermeiden versuchen. Die Einnahmen könnten gemäss MENELL beispielsweise zu je einem Drittel auf den Werknutzer, die Urheber und die Tonträgerhersteller aufgeteilt werden. Die Anteile der einzelnen Urheber und Tonträgerhersteller könnten schliesslich von der relativen Dauer ihres *Samples* im *Remix* abhängig gemacht werden.[527] Die Information darüber, welche *Samples* verwendet und wie lange diese im *Remix* gespielt werden, würden dann direkt vom Werknutzer eingefordert werden anhand eines standardisierten *Remix*-Anmeldeformulars, das er beim *Copyright Office* zur Anmeldung des *Remix* einreichen muss – zusammen mit einer Kopie des *Remix*.[528]

Was die Urheberpersönlichkeitsrechte anbelangt, so gesteht MENELL zwar ein, dass diese durch die Bearbeitung der vorbestehenden Werke im *Remix* tangiert werden; dennoch sollte gemäss MENELL bei der *Remix Compulsory License* von einem Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte abgesehen werden.[529] Er begründet dies damit, dass das Interesse am Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte immer dann in Frage steht, wenn das vorbestehende Werk in einen kritischen Kontext gesetzt wird, aber genau dieser kritische Kontext im Lichte des *First Amendment*,[530] das die Meinungsfreiheit statuiert, als besonders schutzbedürftig gilt.[531] Den Urheberpersönlichkeitsrechten soll aber immerhin dadurch Rechnung getragen werden,

526 MENELL, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014); siehe dazu ausführlich Kapitel 11: IV.3. MENELL scheint allerdings später von diesem Vorschlag wieder Abstand zu nehmen und die Lizenzgebühr ausschliesslich an die Einnahmen zu knüpfen, die mit dem *Remix* generiert werden, wobei zwei Drittel der Einnahmen an die Rechtsinhaber der verwendeten Werke gehen sollen; vgl. dazu MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 497 ff. (2016).

527 Siehe MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 497 ff. (2016).

528 Siehe MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 495 f. (2016).

529 Siehe MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 506 ff. (2016).

530 U.S. Const. amend. I: „*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*"

531 Siehe MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 506 ff. (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass dem *Remix* ein Hinweis anzufügen ist, dass die Rechtsinhaber der Verwendung ihrer Werke im *Remix* nicht zugestimmt haben.[532]

3. Parodieschranke

Von der Anlehnung an die gesetzliche Regelung von Coverversionen und an den U.S-amerikanischen Vorstoss des *Remix Compulsory License Act* abgesehen, lässt der Vorschlag einer Schranke für kreative Bearbeitungen zudem Parallelen zur Parodieschranke[533] des Art. 11 Abs. 3 URG erkennen, stellt doch die Parodie ebenfalls eine Bearbeitung vorbestehender Werke dar.[534] Da Bearbeitungen begriffsnotwendig die Werkintegrität der vorbestehenden Werke berühren,[535] stellen sich im Umgang mit kreativen Bearbeitungen ähnliche Fragen wie im Umgang mit Parodien. Insbesondere ist zu klären, wo die Schranken systematisch einzuordnen sind, welche Nutzungshandlungen durch sie legitimiert werden müssen und ob Urheberpersönlichkeitsrechte in diesem Zusammenhang noch zu gewähren sind.

Die Parodieschranke stellt – wie der Name bereits sagt – eine urheberrechtliche Schrankenbestimmung dar. Während urheberrechtliche Schran-

---

532 Siehe Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 500 (2016); der Vorstoss kann diesbezüglich allerdings nicht überzeugen, hat doch zumindest der harte Kern des Urheberpersönlichkeitsrechts auch im Rahmen einer *Remix Compulsory License* Geltung zu erlangen, siehe dazu ausführlich Kapitel 11: IV.7. Der Vorstoss der *Remix Compulsory License* hat bislang keine Früchte getragen, siehe dazu etwa U.S. Task Force White Paper on Remixe, 24 f. Dies mag insbesondere daran liegen, dass der U.S.-amerikanische *Copyright Act* mit seiner *Fair Use*-Doktrin bereits eine gewisse Flexibilität für sequenzielle Innovation mit sich bringt. Die *Fair Use*-Doktrin vermag allerdings bei Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation nicht zu überzeugen, ist doch deren Anwendbarkeit höchst umstritten und vom Einzelfall abhängig – ihr haftet damit grosse Rechtsunsicherheit an, vgl. Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 510 f. (2016). Unabhängig von ihrer Anwendbarkeit vermag die *Fair Use*-Doktrin im Zusammenhang mit Bearbeitungen nicht zu überzeugen, führt sie doch zu keinem echten Interessenausgleich. Der U.S.-Kongress ist daher gut beraten, dem Vorstoss der U.S.-amerikanischen Literatur zu folgen und die Einführung einer *Remix Compulsory License* oder einer damit vergleichbaren Lösung zu prüfen.

533 Zur dogmatisch-systematischen Einordnung der Parodieschranke als Schranke siehe Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 15; CR-PI/Philippin, Art. 11 LDA N 3; SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 3; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16 f.; siehe zudem sogleich Kapitel 11: II.

534 Siehe dazu ausführlich Kapitel 1: II.2.2. sowie Kapitel 5: V.2.1.

535 Siehe dazu Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 10 m.w.H.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kenbestimmungen im URG regelmässig in dessen 5. Kapitel (Art. 19 ff. URG) aufgeführt sind, ist die Parodieschranke in Art. 11 Abs. 3 URG und somit im 3. Kapitel unter der Marginalie Werkintegrität normiert. Diese Eingliederung wird m.E. berechtigterweise hinterfragt.[536] Da die Parodieschranke die Werkintegrität der verwendeten Werke berührt, kann die Eingliederung zwar durchwegs nachvollzogen werden. Folgt man allerdings dieser Logik, so müssten auch die die Verwendungsrechte limitierenden Schranken an entsprechender Stelle – sprich unter Art. 10 URG – eingegliedert werden. Sollte also im Rahmen einer Urheberrechtsrevision die Parodieschranke in das 5. Kapitel verschoben werden, so wäre dies durchaus zu begrüssen; dies nicht nur deshalb, weil damit die systematische Richtigkeit wiederhergestellt wäre, sondern auch darum, weil die Parodieschranke damit in den Kompetenzbereich der Beobachtungsstelle für Technische Massnahmen fallen würde (Art. 39b Abs. 1 lit. a URG).[537]

Zur Ausgestaltung der Parodieschranke ist anzufügen, dass diese als umfassende Schranke statuiert ist und somit die Schaffung und Verwendung von Parodien einwilligungs- und vergütungsfrei zulässt. Dies entspricht dem wirtschaftlich effizienten Zustand, da die Interessen des Werknutzers diejenigen des Urhebers überwiegen und Ersterer somit als effizienter Nutzer zu bezeichnen ist.[538]

Was die betroffenen Facetten des Bearbeitungsrechts anbelangt, so wird durch die Parodieschranke explizit die Schaffung von Parodien legitimiert und somit nur die erste Facette des Bearbeitungsrechts dem Werknutzer ausdrücklich zugewiesen (Art. 11 Abs. 3 URG). Implizit wird damit aber auch die zweite Facette des Bearbeitungsrechts dem Werknutzer überlassen; der Werknutzer ist damit legitimiert, die Parodie zu verwenden.[539] Die durch die Verwendung der Parodie inhärente Verwendung des darin enthaltenen vorbestehenden Werks ist damit von der Parodieschranke erfasst.

Was das Urheberpersönlichkeitsrecht auf Schutz der Werkintegrität anbelangt, so wird dieses bei der Schaffung und Verwendung der Parodie zwar verletzt; die Parodieschranke legitimiert allerdings nicht nur die mit der Parodie einhergehende Bearbeitungshandlung, sondern auch die damit zusammenhängende Verletzung der Werkintegrität.[540] Nichtsdesto-

536 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 15; CR-PI/Philippin, Art. 11 LDA N 3.
537 Vgl. Graber, sic! 2010, 329, 331 f.; vgl. auch SHK-URG/Auf der Maur, Art. 39b URG N 5.
538 Siehe dazu ausführlich Kapitel 2: IV.1.3.
539 Siehe dazu bereits Kapitel 4: III.2. sowie Kapitel 5: IV.
540 Vgl. Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 4.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trotz bleibt es dem Urheber vorbehalten, sich zu wehren, sollte sein Werk in einer urheberpersönlichkeitsrechtsverletzenden Weise entstellt werden (Art. 11 Abs. 2 URG).[541]

II. Mögliche legislative Ausgestaltung

Der Vorschlag einer Schranke für kreative Bearbeitungen führt zunächst die Frage mit sich, wie eine entsprechende Schranke systematisch im Gesetz einzuordnen ist. Es sind dabei insbesondere zwei systematische Eingliederungen denkbar: Als erste Variante könnte das 5. Kapitel des URG um eine weitere Schranke ergänzt werden, welche sich ausschliesslich den kreativen Bearbeitungen widmet. Als zweite Variante könnte Art. 11 URG, welcher in dessen Abs. 3 die Parodieschranke festhält, um eine Schranke für kreative Bearbeitungen erweitert werden. Letztere Variante ist m.E. zu bevorzugen, wird doch bei der kreativen Bearbeitung, wie bei der Parodie,[542] stets die Werkintegrität der verwendeten Werke berührt.[543] Die Schranke für kreative Bearbeitungen stellt damit, wie die Parodieschranke, eine Limitierung des Rechts auf Schutz der Werkintegrität dar, womit es sich auch anbietet, die Schranke für kreative Bearbeitungen unter Art. 11 Abs. 3 URG und somit gemeinsam mit der Parodieschranke einzugliedern.[544]

Der Vorschlag einer Schranke für kreative Bearbeitungen führt zudem die Frage mit sich, als welche Art von Schranke (umfassende Schranke, ge-

---

541 Siehe SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 8; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 9; Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 13 f.; siehe dazu bereits Kapitel 5: IV.

542 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 13; SHK-URG/Pfortmüller, Art. 11 URG N 10.

543 Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 10 m.w.H.

544 Mit dem Vorschlag, die Schranke für kreative Bearbeitungen gemeinsam mit der Parodieschranke unter Art. 11 URG einzugliedern, soll sichergestellt werden, dass vergleichbare Schranken systematisch an gleicher Stelle eingeordnet werden. Sollte im Rahmen einer Urheberrechtsrevision die Parodieschranke allerdings, wie unter Kapitel 11: I.3. gefordert, sinnvollerweise in das 5. Kapitel verschoben werden, so müsste die vorgeschlagene Schranke für kreative Bearbeitungen entsprechend folgen. Die Eingliederung der Schranke für kreative Bearbeitungen unter Art. 11 URG hätte zur Folge, dass diese Schranke – wie bereits die Parodieschranke – nicht in den Kompetenzbereich der Beobachtungsstelle für Technische Massnahmen fallen würde (Art. 39b Abs. 1 lit. a URG), vgl. Graber, sic! 2010, 329, 331.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzliche Lizenz, Zwangslizenz, kollektive Verwertungspflicht oder erweiterte Kollektivlizenz) diese auszugestalten ist. Um aus wirtschaftlicher Sicht den effizienten Zustand zu erreichen, muss die Schranke die Rechtsallokation des Bearbeitungsrechts unberührt lassen; auf der Ausübungsschicht muss sie allerdings nicht ein Verbotsrecht, sondern ein Entschädigungsrecht herbeiführen, stellt doch das Entschädigungsrecht die effiziente Institution dar.[545] Würde – wie bei der Parodieschranke – direkt in die Rechtsallokation eingegriffen werden, würde die Schranke für kreative Bearbeitungen also als umfassende Schranke ausgestaltet werden, so würden die Rechte zur Verwendung einer kreativen Bearbeitung von Gesetzes wegen jedermann zustehen – und zwar einwilligungs- und vergütungsfrei. Dies würde – wie bereits dargelegt – den Interessen des Urhebers nicht gebührend Rechnung tragen, ist er doch der effiziente Nutzer des Bearbeitungsrechts.[546] Um also lediglich in die Ausübungsschicht des Bearbeitungsrechts einzugreifen, muss die Schranke für kreative Bearbeitungen entweder als gesetzliche Lizenz, als Zwangslizenz, als kollektive Verwertungspflicht oder als erweiterte Kollektivlizenz ausgestaltet werden, führen doch diese Arten von Schranken zumindest faktisch allesamt zu einem Entschädigungsrecht des Urhebers.[547]

Eine Schranke in der Form der kollektiven Verwertungspflicht führt nicht direkt zu einem Entschädigungsrecht, sondern beschränkt lediglich dessen individuelle Ausübung.[548] Die kollektive Verwertungspflicht führt damit dazu, dass der Urheber das Recht nicht mehr individuell ausüben darf, selbst dann, wenn dieser eine individuelle Ausübung wünscht.[549] Auch die gerichtliche Geltendmachung des Rechts ist ihm entzogen, ist doch aufgrund der Schranke nur noch die zuständige Verwertungsgesellschaft aktivlegitimiert.[550] Da die Schrankenbestimmungen des URG zwingenden Charakter haben, kann diese kollektive Verwertungspflicht auch nicht auf dem Wege der Vereinbarung umgangen werden.[551] Liegt eine

545 Siehe dazu ausführlich Kapitel 2: IV.1.4. und IV.2.; vgl. auch SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2.
546 Siehe dazu ausführlich Kapitel 2: IV.1.4.
547 Vgl. SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2; Rehbinder/Viganò, Art. 19 URG N 4; Botschaft, BBl 2018 591, 641 ff.
548 Siehe SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 2.
549 Siehe SHK-URG/Oertli, Art. 22 URG N 13.
550 Siehe dazu BGE 133 III 568, E. 4; Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 2a.
551 Siehe dazu allerdings ausführlich BGE 127 III 26, E. 4; Rehbinder/Viganò, Art. 20 URG N 2; SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 5; Barrelet/Egloff, Art. 19 URG N 2a; siehe dazu zudem Kapitel 11: IV.4.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kollektive Verwertungspflicht vor, so muss die Verwertung damit über die zuständigen Verwertungsgesellschaften erfolgen. Diese müssen dabei die Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung besorgen (Art. 45 Abs. 2 URG) und unterstehen einer Tarifpflicht.[552] Diese Pflichten der Verwertungsgesellschaft führen dazu, dass Werknutzer grundsätzlich eine Nutzungslizenz erhalten.[553] Diese Art von Schranke eignet sich daher für die Ausübung diverser Verwertungsrechte.[554] Für die Ausübung von Urheberpersönlichkeitsrechten ist sie allerdings ungeeignet, würde es doch dem Sinn der Urheberpersönlichkeitsrechte widersprechen, wenn diese nicht individuell durch die Urheber, sondern nur kollektiv über die Verwertungsgesellschaften ausgeübt werden könnten. Mit der vorgebrachten Schranke für kreative Bearbeitungen wird das Bearbeitungsrecht tangiert. Dieses ist wie dargelegt Ausfluss des Rechts auf Schutz der Werkintegrität und entstammt somit den Urheberpersönlichkeitsrechten.[555] Auch wenn das Bearbeitungsrecht zudem vermögensrechtliche Elemente aufweist,[556] so scheint aufgrund der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Elemente eine kollektive Verwertungspflicht ungeeignet. Eine Schranke für kreative Bearbeitungen sollte somit nicht in der Form der kollektiven Verwertungspflicht ausgestaltet werden.

Wie die kollektive Verwertungspflicht, so führt auch eine Schranke in der Form einer erweiterten Kollektivlizenz gemäss dem vom Bundesrat vorgelegten Entwurf nicht direkt zu einem Entschädigungsrecht. Viel eher führt sie dazu, dass in gewissen Fällen das Recht ausnahmsweise nicht individuell, sondern kollektiv durch die zuständige Verwertungsgesellschaft wahrgenommen wird.[557] Im Unterschied zur kollektiven Verwertungspflicht findet bei der erweiterten Kollektivlizenz die davon erfasste Verwertung nicht in jedem Fall kollektiv über die Verwertungsgesellschaft statt, sondern nur dann, wenn es sich um die Verwendung einer grösseren Anzahl von Werken handelt und wenn die einzelnen Urheber der verwende-

552 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 70 f.
553 Siehe dazu Wegener, Musik und Recht, 71.
554 Zu denken ist insbesondere daran, ein gesendetes Werk öffentlich wahrnehmbar zu machen oder weiterzusenden, Art. 22 Abs. 1 URG, oder ein Archivwerk eines Sendeunternehmens zu senden, Art. 22a Abs. 1 URG.
555 Siehe dazu ausführlich Kapitel 1: II.3.4.
556 Siehe auch zum Doppelcharakter Kapitel 1: II.3.4.
557 Vgl. Art. 43a E-URG; Botschaft, BBl 2018 591, 641 ff.; Egloff, sic! 2014, 671, 683 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten Werke von der *Opt-out*-Option keinen Gebrauch gemacht haben.[558] Dennoch scheint es ungeeignet, eine Schranke für kreative Bearbeitungen in der Form der erweiterten Kollektivlizenz auszugestalten, denn auch wenn eine individuelle Verwertung noch möglich ist, so sollte doch gesamthaft davon abgesehen werden, die kollektive Verwertung für ein Recht mit urheberpersönlichkeitsrechtlichen Komponenten zuzulassen. Es ist somit auch davon abzusehen, eine Schranke für kreative Bearbeitungen als erweiterte Kollektivlizenz auszugestalten.

Auch eine Schranke in der Form der Zwangslizenz führt nicht direkt zu einem Entschädigungsrecht, begründet aber für den Urheber den Zwang, Verträge über das Recht abzuschliessen. Der Urheber darf sein Recht also individuell ausüben, ist ein Werknutzer allerdings am betreffenden Recht interessiert, so ist der Urheber verpflichtet, eine Nutzungslizenz zu erteilen.[559] Erteilt er diese Nutzungslizenz nicht, so kann diese auch gerichtlich erwirkt werden.[560] Als Beispiel dazu kann nur Art. 23 URG angefügt werden, ist dies doch die letzte verbleibende Schranke des URG, die in der Form der Zwangslizenz ausgestaltet ist.[561] Art. 23 URG sieht vor, dass der Urheber, dessen Werk der Musik mit seiner Zustimmung auf Tonträger aufgenommen und verbreitet wurde, dazu verpflichtet ist, inländischen Tonträgerherstellern vertraglich die Herstellung von Tonträgern zu gestatten. Diese Zwangslizenz hat heute allerdings wohl nur noch historische und dogmatische Bedeutung: Historisch erinnert die Schranke an die Blütezeit der schweizerischen Musikdosenindustrie, in welcher Monopolstellungen von Tonträgerherstellern verhindert werden sollten, um die Tonträgerindustrie anzukurbeln.[562] Dogmatisch ist die Schranke von Relevanz, weil sie – wie bereits erwähnt – die einzige noch verbleibende Schrankenbestimmung ist, die als Zwangslizenz ausgestaltet ist.[563] Von dieser historischen und dogmatischen Bedeutung abgesehen ist die Zwangslizenz von Art. 23 URG allerdings zu vernachlässigen, da das Recht zur Herstellung von Tonträgern gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a URG der Bundesaufsicht untersteht und aus Sachzwängen praktisch immer von den Verwertungsgesell-

558 Vgl. Art. 43a E-URG; Botschaft, BBl 2018 591, 641 ff.; Egloff, sic! 2014, 671, 683 ff.
559 Siehe SHK-URG/Oertli, Art. 23 URG N 2.
560 Siehe Rehbinder/Viganò, Art. 23 URG N 1; Hilty, Rz. 249.
561 Siehe Hilty, Rz. 249; SHK-URG/Oertli, Art. 23 URG N 1.
562 Dessemontet, Rz. 463; Rehbinder/Viganò, Art. 23 URG N 2; SHK-URG/Oertli, Art. 23 URG N 1; Lutz, 203; Hilty, Rz. 249.
563 Hilty, Rz. 249; SHK-URG/Oertli, Art. 23 URG N 1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaften ausgeübt wird.[564] Das Recht zur Herstellung von Tonträgern kann daher gestützt auf Art. 40 Abs. 1 lit. a URG stets über die Verwertungsgesellschaft erlangt werden gegen Bezahlung einer tariflich festgelegten Gebühr.[565] Als Zwangslizenzen ausgestaltete Schranken sind im URG damit praktisch ausgemerzt.[566]

Um der vorgebrachten Schranke für kreative Bearbeitungen ein ähnliches Schicksal zu ersparen, ist von einer Ausgestaltung als Zwangslizenz abzusehen. Auch wenn eine Zwangslizenz den Vorteil hätte, dass die beteiligten Parteien die Lizenzgebühr selber aushandeln könnten, so wären ebendiese Parteien dieser Aufgabe regelmässig nicht gewachsen. Schliesslich müsste nicht nur die Gebühr für die Nutzungslizenz an sich festgelegt werden, sondern auch die prozentuale Aufteilung der Einnahmen, die durch die Bearbeitung (und allfällige Bearbeitungen der Bearbeitungen) erzielt werden.[567] Da die Parteien regelmässig an dieser Aufgabe scheitern würden, wären es die Gerichte, die sich dieser Aufgabe annehmen müssten.[568] Dies würde nicht nur zu einer Überlastung der Gerichte führen, sondern ihnen auch eine Aufgabe übertragen, zu welcher die Verwertungsgesellschaften besser geeignet sind. Auch die Form der Zwangslizenz ist damit für die vorgebrachte Schranke für kreative Bearbeitungen ungeeignet.

Aus dem Gesagten lässt sich schliessen, dass eine Schranke für kreative Bearbeitungen in der Form der gesetzlichen Lizenz auszugestalten wäre.[569] Anders als die kollektive Verwertungspflicht, die erweiterte Kollektivlizenz und die Zwangslizenz führt die gesetzliche Lizenz zu einem direkten Entschädigungsrecht. Ein Beispiel für eine gesetzliche Lizenz ist Art. 20 Abs. 2

---

564 Siehe dazu ausführlich Kapitel 11: I.1.

565 Siehe dazu ausführlich Barrelet/Egloff, Art. 23 URG N 1 f.; Hilty, Rz. 249; SHK-URG/Oertli, Art. 23 URG N 12; siehe zudem bereits Kapitel 11: I.1. Die Bestimmung des Art. 23 URG, die grundsätzlich alle Werke der Musik betrifft, kann theoretisch noch im Zusammenhang mit den sog. grossen Rechten – also den Rechten bei Werken des Musiktheaters – Bedeutung erlangen, findet doch Art 40 Abs. 1 lit. a URG nur auf nichttheatralische Werke der Musik Anwendung, siehe dazu Hilty, Rz. 249; SHK-URG/Oertli, Art. 23 URG N 12; Rehbinder/Viganò, Art. 23 URG N 2. Praktisch spielt Art. 23 URG aber auch bei den Werken des Musiktheaters keine Rolle, da die wettbewerbsrechtlichen Probleme nicht mehr in diesem Bereich liegen, Hilty, Rz. 249.

566 Siehe allerdings Hilty, Rz. 213, gemäss welchem Zwangslizenzen künftig wieder eine grössere Rolle spielen könnten.

567 Vgl. dazu Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 497 ff. (2016).

568 Vgl. Hilty, Rz. 249.

569 Siehe allerdings Kapitel 11: IV.1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

URG, der explizit vorsieht, dass derjenige, der Werke im Schul- oder betriebsinternen Gebrauch auf irgendwelche Art vervielfältigt, dem Urheber dafür eine Vergütung schuldet. Diese Vergütung kann nur von der zuständigen Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden (Art. 20 Abs. 4 URG).[570] Eine entsprechende Bestimmung enthält auch die gesetzliche Lizenz von Art. 13 Abs. 1 URG, die vorsieht, dass derjenige, der Werke der Literatur und Kunst vermietet oder sonst wie gegen Entgelt zur Verfügung stellt, dem Urheber oder der Urheberin dafür eine Vergütung schuldet. Auch dieser Vergütungsanspruch kann nur von der zuständigen Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden (Art. 13 Abs. 3 URG). Diesen Beispielen entsprechend könnte nArt. 11 URG wie folgt lauten:

nArtikel 11 URG

1 *Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen;*
   a. *ob, wann und wie das Werk geändert werden darf;*
   b. *ob, wann und wie das Werk zur Schaffung eines Werks zweiter Hand verwendet oder in ein Sammelwerk aufgenommen werden darf.*

2 *Selbst wenn eine Drittperson vertraglich oder gesetzlich befugt ist, das Werk zu ändern oder es zur Schaffung eines Werks zweiter Hand zu verwenden, kann sich der Urheber oder die Urheberin jeder Entstellung des Werks widersetzen, die ihn oder sie in der Persönlichkeit verletzt.*

3 *Zulässig ist die Verwendung bestehender Werke zur Schaffung von Parodien oder mit ihnen vergleichbaren Abwandlungen des Werks sowie zur Schaffung von kreativen Bearbeitungen.*

4 *Wer kreative Bearbeitungen auf irgendwelche Art verwendet, schuldet dem Urheber oder der Urheberin eine Vergütung.*

5 *Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.*

Durch die Eingliederung der Schranke für kreative Bearbeitungen unter die Parodieschranke könnte nArt. 11 Abs. 3 URG als eine Art Sammelbecken für Schranken sequenzieller Innovation betrachtet werden. Dieser nArt. 11 URG, der weiterhin unter dem Titel der Werkintegrität stehen soll, würde demnach den Schutzumfang der Integrität von Werken zunächst in dessen Abs. 1 und 2 grundsätzlich festhalten, und in dessen

570 Diese Verwertungsgesellschaftspflicht wird allerdings in Frage gestellt, siehe dazu SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 18; siehe dazu ausführlich Kapitel 11: IV.5.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 3 die Beschränkungen auflisten, womit der Anspruch des Urhebers auf Werkintegrität abschliessend abgesteckt wäre.

III. Kreative Bearbeitungen im Sinne der Schranke

1. Gründe für Beschränkung auf kreative Bearbeitungen

Der Begriff der *kreativen* Bearbeitung ist ein dem geltenden Urheberrechtsgesetz noch unbekannter unbestimmter Rechtsbegriff, welcher durch die Einführung der Schranke für kreative Bearbeitungen einer Definition bedarf. Es ist dabei vorweg zu klären, wieso von der Schranke nur Bearbeitungen erfasst werden sollen, die *kreativ* sind, hat doch ein Vergleich der Institution des Verbotsrechts mit der Institution des Entschädigungsrechts gezeigt, dass das Entschädigungsrecht für Bearbeitungen – und zwar für alle Bearbeitungen – die wirtschaftlich effiziente Institution ist. Wenn also der wirtschaftlich effiziente Zustand hergestellt werden soll, dann dürfte die Schranke nicht auf kreative Bearbeitungen beschränkt werden, sondern sie müsste jegliche Bearbeitungen erfassen. Dagegen sind zwei Argumente vorzubringen:

Erstens hat bereits Coase festgestellt, dass ausnahmsweise ein wirtschaftlich ineffizienter Zustand vertretbar ist, wenn die Kosten der Transaktion, die den wirtschaftlich effizienten Zustand herstellt, gering sind. Sind ebendiese Kosten gering, so werden die Parteien durch Transaktion den wirtschaftlich effizienten Zustand selber herstellen.[571] Verwendet also beispielsweise ein Werknutzer eine Bearbeitung, in der er zwei vorbestehende Werke in individueller Weise miteinander verknüpft, ist das Bearbeitungsrecht dazu allerdings – wie unter der geltenden Rechtslage – nicht als Entschädigungsrecht, sondern als Verbotsrecht ausgestaltet, so sind die Kosten für die Lizenzierung der zwei vorbestehenden Werke ausreichend gering.[572] Es kann daher eine Transaktion stattfinden, womit der wirtschaftlich effiziente Zustand *in fine* bereits unter der geltenden Rechtslage hergestellt werden kann. Die vorgebrachte Schranke ist daher nicht auf alle Bearbeitungen zu erstrecken, sondern nur auf solche, die ein quantitatives Element erfüllen.

Zweitens sind die Kommunikationsgrundrechte wie insbesondere die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) wohl nur dann ernsthaft gefährdet, wenn die ge-

571 Siehe Coase, 3 J.L. & Econ. 1 ff. (1960); siehe dazu bereits Kapitel 2: II.2.
572 Vgl. dazu für die USA auch Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 497 (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaffene Bearbeitung einen individuellen Wert mit sich bringt, der über die Individualität einer *kleinen Münze*[573] hinausgeht, die für eine Bearbeitung per Definition gefordert ist. Der Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) des Urhebers ist im Gegenzug tendenziell grösser, je kleiner die Individualität der Bearbeitung ist, rückt doch der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks dann stärker in den Vordergrund (*sliding scale*). Dies führt dazu, dass bei Bearbeitungen mit einer ausgeprägten Individualität die Interessen der Werknutzer gegenüber den Interessen des Urhebers in einem besseren Verhältnis stehen als bei weniger individuellen Bearbeitungen. Die vorgebrachte Schranke ist daher auch nur auf solche Bearbeitungen zu erstrecken, die ein gewisses qualitatives Element erfüllen.

2. Definition kreativer Bearbeitungen

Aufgrund des angefügten quantitativen und qualitativen Arguments ist die vorgebrachte Schranke nicht auf jegliche Bearbeitungen, sondern ausschliesslich auf kreative Bearbeitungen zu erstrecken. Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation würden damit aufgeteilt werden in kreative Bearbeitungen als eine neu formierte, dritte Kategorie sequenzieller Innovation und in übrige Bearbeitungen als vierte Kategorie sequenzieller Innovation. Letztere würde jegliche Bearbeitungen zusammenfassen, die nicht als kreative Bearbeitung oder als Parodie qualifizieren.

Nachfolgend ist zu definieren, was unter dem Begriff der *kreativen Bearbeitung* zu verstehen und damit von der vorgebrachten Schranke zu erfassen wäre. Dabei kann für den Begriff der *Bearbeitung* an sich auf das bereits Gesagte zurückgegriffen werden: Es würde damit Bezug genommen werden auf eine Schöpfung, die auf vorbestehenden Werken aufbaut, um eine neue Schöpfung mit eigenem individuellen Charakter zu schaffen, wobei der individuelle Charakter der vorbestehenden Werke darin erkennbar bleibt.[574] Das Urheberrecht verwendet – wie bereits erläutert – den Begriff des *Werks zweiter Hand*; der Begriff der Bearbeitung wird vorliegend als Synonym dazu verwendet.[575]

---

573 Vgl. für Deutschland Wandtke, 2. Kap. Rn. 4; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 17.

574 Siehe dazu ausführlich Kapitel 1: II.2.3.

575 Siehe auch Handle, Rz. 257, 260 f.; Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 94; siehe auch dazu bereits Kapitel 1: II.2.3.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Begriff der *kreativen Bearbeitung* resp. der *Kreativität* ist dem geltenden Urheberrecht unbekannt. Um das Potenzial einer Schranke für kreative Bearbeitungen voll ausschöpfen zu können, wäre der Begriff der kreativen Bearbeitung weit zu verstehen. Den Gründen für die Begrenzung der Schranke auf kreative Bearbeitungen kann entnommen werden, dass mit dem Begriff ein quantitatives und ein qualitatives Element zu fordern wäre. Beide Elemente sind allerdings zu einem gewissen Grad problembehaftet. Nachfolgend ist daher ausführlich zu untersucht, wie diese Elemente konkret zu definieren wären.

2.1. Quantitatives Element

Wird dem Begriff der Kreativität ein quantitatives Element zugewiesen, wird also eine Mindestanzahl an verwendeten Werken festgelegt, so ist dies insofern problematisch, als dass die vorgebrachte Schranke dadurch an Flexibilität verlieren kann. Zudem sollte hinterfragt werden, ob der künstlerische Gehalt einer Bearbeitung tatsächlich von dessen Anzahl verwendeter Werke abhängt und ob solche Bearbeitungen, die lediglich wenige vorbestehende Werke verwenden, im Vergleich benachteiligt werden sollen. Die Bearbeitungen von *DJ Danger Mouse*' *Grey Album*, um ein Beispiel zu nennen, verwenden typischerweise jeweils nur zwei vorbestehende Werke, eines der *Beatles* und eines von *Jay-Z*.[576] Dennoch ist der künstlerische Gehalt und Wert dieser Bearbeitungen unbestritten, wurde doch das Album an nur einem Tag – am *Grey Tuesday* –[577] über 100'000 Mal heruntergeladen.[578]

Auch wenn ein künstlerischer Gehalt bei Werken, die bloss wenige vorbestehende Werke verwenden, zugegebenermassen vorhanden ist und dieser damit nicht von der Anzahl verwendeter Werke abhängt, so ist doch ein gesetzgeberisches Eingreifen nicht notwendig, da Lizenzverhandlungen den effizienten Zustand herbeiführen können. Die dem quantitativen Element anhaftenden Probleme sind daher hinzunehmen, besteht doch bei den dadurch ausgeschlossenen Bearbeitungen aus wirtschaftlicher Sicht

576 Lim, 2004 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 369, 370 f. (2004); U.S. Task Force Green Paper on Copyright, 28 (Fn. 143).
577 Siehe Lim, 2004 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 369, 372 (2004) m.w.H.
578 Vgl. auch Lim, 2004 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 369, 372 (2004), gemäss welchem selbst das Label von *Jay-Z*, *Roc-A-Fella*, die künstlerischen Fähigkeiten von *DJ Danger Mouse* lobte.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kein Handlungsbedarf.[579] Was *DJ Danger Mouse*' *Grey Album* betrifft, so wäre es ihm möglich gewesen, in Vertragsverhandlungen mit den Rechtsinhabern zu treten; dies hat er scheinbar auch nur darum unterlassen, weil er das Album ursprünglich bloss in Freundes- und Bekanntenkreisen zirkulieren lassen wollte.[580] Da *DJ Danger Mouse* die Nutzungsrechte zu den verwendeten Werken nicht einholte, wurde die Verwendung seiner Bearbeitungen zwar verhindert, dieser Missstand ist aber nicht über eine Änderung des geltenden Rechts,[581] sondern bilateral zwischen den Parteien zu beheben.

Da die dem quantitativen Element des Kreativitätsbegriffs anhaftenden Probleme hinzunehmen sind, gilt es ebendieses quantitative Element zu definieren. Dabei sind zwei Aspekte zu klären: Erstens muss eine Mindestanzahl verwendeter Werke festgelegt werden, die für eine kreative Bearbeitung gefordert wird. Zweitens ist zu klären, ob diese Mindestanzahl ein Richtwert darstellt oder ob sie unverzichtbare Voraussetzung für die kreative Bearbeitung sein soll. Für das U.S.-amerikanische Vorbild der *Remix Compulsory License* hat sich Menell darum bemüht, eine solche Mindestanzahl verwendeter Werke festzulegen.[582] Er hat dabei festgestellt, dass konventionelle Rap- oder Hip Hop-*Remixe*, die regelmässig eine geringe Anzahl vorbestehender Werke verwenden, nicht von der Definition erfasst werden sollen.[583] Erst bei einer grösseren Anzahl verwendeter Werke wird die *Remix*-Schranke notwendig, wobei die Hürde – so Menell – wiederum nicht zu hoch anzusetzen ist, können künstlerisch hochstehende *Remixe* doch bereits aus weniger als den von *Girl Talk*[584] typischerweise verwendeten 30 Werken bestehen.[585] Menell schlägt daher vor, die Mindestanzahl bei *sechs oder mehr* vorbestehenden Werken festzulegen.[586] Er äussert sich dabei nicht explizit dazu, ob diese Mindestanzahl ein Richtwert oder eine unverzichtbare Voraussetzung für die *Remix Compulsory License* darstellen

579 Siehe dazu bereits die Ausführungen zum Coase-Theorem in Kapitel 2: II.2.
580 Siehe Lim, 2004 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 369, 371 (2004).
581 Auf die Bearbeitungen von *DJ Danger Mouse* fand U.S.-amerikanisches Recht Anwendung.
582 Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014); siehe auch ders., 164 U. Penn. L. Rev. 441, 497 (2016), worin er ebenfalls auf die Notwendigkeit eines quantitativen Elements hinweist.
583 Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 497 (2016).
584 Siehe zu *Girl Talk* ausführlich Mongillo, 9 Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 1, 2 f. (2009).
585 Vgl. Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 449, 497 (2016).
586 Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

soll.[587] Es ist darum davon auszugehen, dass Menell die vorgeschlagene Mindestanzahl als unverzichtbare Voraussetzung betrachtet.[588]

Auch wenn das U.S.-amerikanische Vorbild der *Remix Compulsory License* – wie der Name bereits sagt – lediglich *Remixe* und somit nur Werke der Musik betrifft, so wird in Anlehnung an dieses Vorbild auch für die vorgebrachte Schranke für kreative Bearbeitungen, welche – bis auf die Werke der Baukunst – jegliche Werktypen erfassen soll, eine Mindestanzahl von *sechs oder mehr* vorbestehenden Werken gefordert. Insbesondere für schöngeistige Werke wie die von Menell anvisierten Werke der Musik, aber auch wie die Werke der bildenden Kunst oder die fotografischen Werke scheint diese Mindestanzahl angemessen. Schliesslich enthalten konventionelle Rap- oder Hip Hop-*Remixe* – wie Menell bereits festgestellt hat – regelmässig eine geringere Anzahl vorbestehender Werke;[589] dies trifft wohl auch auf konventionelle Bearbeitungen von Werken der bildenden Kunst und von fotografischen Werken zu. Diese konventionellen Bearbeitungen sollen nicht von der Schranke für kreative Bearbeitungen erfasst werden, da die Schranke eben nur Bearbeitungen erfassen soll, die über das konventionelle Mass hinausgehen. Die Mindestanzahl ist daher nicht tiefer anzusetzen. Die Mindestanzahl ist allerdings auch nicht höher anzusetzen, würden doch so zu hohe Transaktionskosten – wie bereits unter der derzeitigen Rechtslage – die Verwendung von Bearbeitungen verhindern. Bis zu einer Anzahl von fünf vorbestehenden Werken erscheint es zumutbar, die Werknutzer auf den Weg der individuellen Lizenzierung zu verweisen. Da die Rechte an vorbestehenden Werken bei mehr als nur einer Person liegen können, liegt diese Mindestanzahl allerdings unter Umständen bereits an der oberen Grenze des Zumutbaren.

Für Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie insbesondere Pläne, Karten oder plastische Darstellungen ist fraglich, ob bei einer Mindestanzahl von sechs oder mehr vorbestehenden Werken die Schranke je zur Anwendung gelangen würde, da wissenschaftliche resp. technische Bearbeitungen tendenziell auf einer geringeren Anzahl vorbestehender Werke aufbauen. Dem ist allerdings insofern zu begegnen, als dass mit dem quantitativen Element eine Beschränkung auf gerade die Fälle angestrebt wird, bei welchen hohe Transaktionskosten eine individuelle Lizenzierung verhindern. Davon ausgehend, dass die Transaktionskosten einer Lizenzierung bei schöngeistigen und bei wissenschaftlichen resp.

587 Vgl. Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014).
588 Vgl. Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014).
589 Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 497 (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

technischen Werken vergleichbar sind, ist daher bei ebendiesen wissenschaftlichen resp. technischen Werken dieselbe Mindestanzahl zu fordern. Damit wäre sichergestellt, dass – sowohl bei schöngeistigen als auch bei wissenschaftlichen oder technischen Bearbeitungen – bloss diejenigen Bearbeitungen von der Schranke erfasst würden, deren Lizenzierung aufgrund zu hoher Transaktionskosten regelmässig ausbleibt. Als Konsequenz davon müssten Werknutzer, die Bearbeitungen mit weniger als sechs vorbestehenden Werken verwenden wollen, in Lizenzverhandlungen mit den Rechtsinhabern treten.

Um trotz dieser fixen Mindestanzahl dennoch einen gewissen Grad an Flexibilität zu gewährleisten, dürfte die Mindestanzahl von sechs oder mehr vorbestehenden Werken lediglich als Richtwert gelten. Genau diese Flexibilität lässt das Urheberrecht derzeit vermissen; diese ist allerdings für einen angemessenen Umgang mit Bearbeitungen – sei dies in bereits bekannten oder künftig hervorgebrachten Formen – unverzichtbar.

2.2. Qualitatives Element

Wird dem Begriff der Kreativität ein qualitatives Element zugewiesen, so ist auch dies nicht ganz unproblematisch, erfordert ein qualitatives Element doch, dass die Gerichte die fraglichen Bearbeitungen bewerten. Dies stellt allerdings nur dann wirklich ein Problem dar, wenn das qualitative Element grossen Entscheidungsspielraum lässt, käme es doch dann auf das Kunstverständnis des Gerichts an. Solange das qualitative Element allerdings klar umgrenzt wird, ist die Bewertung nicht bedenklicher als beispielsweise diejenige bei der Prüfung des individuellen Charakters einer Schöpfung.

Unter dem qualitativen Element ist – verglichen mit sonstigen Bearbeitungen – ein erhöhter Grad an Individualität, also eine ausgeprägte Gestaltungshöhe zu verstehen.[590] Je ausgeprägter die Individualität/Gestaltungshöhe einer Bearbeitung ist, desto eher würde sie unter der Schranke als kreative Bearbeitung qualifizieren. Auch Menell fordert im Zusammenhang mit seinem Vorschlag der *Remix Compulsory License* ein gewisses qualitatives Element, verlangt er doch „*more than trivial adaption*“.[591] Die krea-

590 Mit dem qualitativen Element würde also nicht etwa auf den Wert der Bearbeitung Bezug genommen werden; dieser würde wie bei originären Werken der Literatur und Kunst keine Rolle spielen (Art. 2 Abs. 1 URG).

591 Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 449, 497 (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tive Bearbeitung würde sich somit basierend auf der vorliegend geforderten erhöhten Individualität von sonstigen Bearbeitungen abgrenzen. Diese erhöhte Individualität ist unter anderem auch der Grund, wieso es die kreative Bearbeitung verglichen mit sonstigen Bearbeitungen verdient, gesondert behandelt zu werden; schliesslich ist der Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) des Urhebers kleiner, je grösser die Individualität der Bearbeitung ist, da der individuelle Charakter des vorbestehenden Werks dann weniger stark in den Vordergrund rückt (*sliding scale*).[592] Während bei sonstigen Bearbeitungen bereits die *kleine Münze* geschützt ist,[593] würde gleiches somit nicht für *kreative* Bearbeitungen gelten. An der unteren Grenze der Kreativität hätten sich kreative Bearbeitungen also von sonstigen – regulären – Bearbeitungen abzugrenzen.

Am anderen Ende, also an der oberen Grenze der Kreativität, hätte sich die kreative Bearbeitung von der freien Benutzung abzugrenzen. Ist nämlich die eigene Individualität der Bearbeitung so ausgeprägt, dass die Individualität der verwendeten Werke dahinter gar verblasst, dann würde eben keine kreative Bearbeitung, sondern bereits eine freie Benutzung vorliegen.[594]

Während die verwendeten Werke in ihrem Charakter also noch erkennbar sein müssten, so müsste die Zusammenschmelzung der Werke einen dermassen grossen Eigenwert aufweisen, dass dieser zu einem erhöhten individuellen Charakter erwächst. Wie bei sonstigen Bearbeitungen wäre dabei wichtig, dass die erhöhte Individualität der kreativen Bearbeitung aus der Zusammenschmelzung der vorbestehenden Werke erwächst und nicht etwa aus einer allfälligen Anreicherung mit neuen, individuellen Werkteilen. Erst dann würde das qualitative Element und somit eine kreative Bearbeitung im Sinne der vorgebrachten Schranke vorliegen.

Unerheblich für das Vorliegen des qualitativen Elements wäre, mit welcher Absicht der Werknutzer vorbestehende Werke verwendet. Dies bedeutet, dass auch ein Werknutzer, der in böswilliger Absicht – beispielsweise aus Eifersucht oder aus purem Gewinnstreben – vorbestehende Werke verwendet, von der Schranke für kreative Bearbeitungen geschützt werden könnte. Schliesslich sollen mit der Schranke nicht die Absichten von Werk-

592 Siehe dazu bereits Kapitel 11: III.1.
593 Vgl. Wandtke, 2. Kap. Rn. 4; Dreier/Schulze/Schulze, § 2 UrhG N 17.
594 Siehe dazu bereits Kapitel 5: V.1.3.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nutzern, sondern deren innovative Tätigkeiten geschützt werden.[595] Solange die Bearbeitung also als kreative Bearbeitung qualifiziert, insbesondere das erforderliche qualitative Element somit erfüllt ist, und mit der Verwendung der Bearbeitung keine Nachteile für den Ruf oder die Ehre des Urhebers entstehen,[596] so soll sie auch von der Schranke für kreative Bearbeitungen erfasst werden.

2.3. Zwischenergebnis

Vorliegend wurde untersucht, wie der Begriff der kreativen Bearbeitungen im Sinne der vorgebrachten Schranke zu verstehen wäre. Dabei wurde eingangs klargestellt, dass die Einführung einer Schranke für kreative Bearbeitungen dogmatisch dazu führen würde, dass Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation aufgeteilt würden in kreative Bearbeitungen als eine neu formierte, dritte Kategorie sequenzieller Innovation und in übrige Bearbeitungen als vierte Kategorie sequenzieller Innovation, wobei letztere Kategorie ein Auffangbecken für jegliche Bearbeitungen darstellen würde, die nicht als kreative Bearbeitung oder als Parodie qualifizieren.

Zur Definition des Begriffs der kreativen Bearbeitungen wurde festgehalten, dass dieser weit zu verstehen wäre, um das Potential einer Schranke für kreative Bearbeitungen voll ausschöpfen zu können. Gewisse Kompromisse wären aber notwendig, um den Gerichten nicht zu grosse Entscheidungsfreiheiten zu überlassen und sie nicht dazu zu zwingen, Werke der Literatur und Kunst basierend auf ihrem eigenen Kunstverständnis zu bewerten. Als kreative Bearbeitungen im Sinne der vorgebrachten Schranke wären daher grundsätzlich Bearbeitungen zu verstehen, die vorbestehende Werke zu einem neuen Werk vereinen, wobei als Richtwert mindestens sechs vorbestehende Werke zu verwenden wären (quantitatives Element) und die Bearbeitung einen erhöhten individuellen Charakter aufweisen müsste (qualitatives Element).

---

595 Anders hingegen ist es bei der Parodie, bei der eine humoristische Wirkung beabsichtig sein muss; siehe dazu bereits Kapitel 5: IV. sowie V.2.1.; siehe zudem Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 17.

596 Siehe dazu Kapitel 11: IV.7.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Weitere Details der Ausgestaltung

1. Facetten des Bearbeitungsrechts

Das Bearbeitungsrecht kann, wie bereits dargelegt, hinsichtlich der davon erfassten Nutzungshandlung in zwei Facetten unterteilt werden: in das Recht auf Erstellung von Bearbeitungen und in das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen.[597] Durch die Privatgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG steht dem Werknutzer bereits unter der geltenden Rechtslage das Recht zu, jegliche Bearbeitungen – somit also auch kreative Bearbeitungen – im persönlichen Bereich zu schöpfen. Lediglich die Verwendung von Bearbeitungen steht grundsätzlich unter der Kontrolle des Urhebers.[598] Die Schranke für kreative Bearbeitungen bedarf somit bloss beim Recht auf Verwendung von kreativen Bearbeitungen anzusetzen.

Das gleiche gilt für Parodien: Das Recht auf Erstellung einer Parodie steht gemäss der Privatgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG ebenfalls dem Werknutzer zu. Die Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG, die der Schranke für kreative Bearbeitungen als Vorbild dient, müsste somit ebenfalls lediglich beim Recht auf Verwendung der Parodie ansetzen. Der Gesetzgeber sieht davon abweichend in Art. 11 Abs. 3 URG vor, dass *„[...] die Verwendung bestehender Werke zur Schaffung von Parodien oder mit ihnen vergleichbaren Abwandlungen des Werks“*[599] dem Werknutzer erlaubt sind. Die Parodieschranke setzt damit bereits beim Recht auf Erstellung der Parodie an. Gemäss dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 URG ist ebendieses Recht auf Erstellung der Parodie gar der ausschliessliche Anwendungsbereich der Schranke; nach einhelliger Lehre wird allerdings implizit auch das Recht auf Verwendung der Parodie von der Schranke erfasst.[600] Schliesslich kann mit der Parodie nur dann eine kritisch-belustigende Wirkung erreicht werden, wenn ebendiese Parodie auch verwendet und damit der Öffentlichkeit unterbreitet werden darf.[601]

---

597 Eine dritte Facette betrifft das Recht auf Schutz von Bearbeitungen als Werk im urheberrechtlichen Sinn und damit den Status der aus der Nutzungshandlung resultierenden Bearbeitungen, siehe dazu ausführlich Kapitel 1: II.3.3.

598 Siehe aber Kapitel 5: V. zu den Schutzgrenzen und Schrankenbestimmungen, die dem Werknutzer punktuell die Verwendung der Bearbeitung gestatten.

599 Hervorhebung durch die Verfasserin.

600 Vgl. Rigamonti, 288 f.; CR-PI/Philippin, Art. 11 LDA N 31; Rehbinder/Viganò, Art. 11 URG N 13.

601 Siehe dazu bereits Kapitel 5: IV.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Um eine einheitliche Formulierung zu wahren und um falsche Umkehrschlüsse zu vermeiden,[602] wäre der Wortlaut des Gesetzgebers von Art. 11 Abs. 3 URG für die vorgebrachte Schranke für kreative Bearbeitungen zu übernehmen. Das Recht auf Erstellung von kreativen Bearbeitungen wäre somit auch von der Schranke zu erfassen und es wäre ebenfalls bloss von der *Schaffung* von kreativen Bearbeitungen zu sprechen,[603] auch wenn darunter implizit auch deren Verwendung erfasst würde. Auch wenn also das explizit genannte Recht auf Erstellung der kreativen Bearbeitung über die Privatgebrauchsschranke (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) bereits *de lege lata* dem Werknutzer zusteht, so wäre sowohl das Recht auf Erstellung der kreativen Bearbeitung als auch das Recht auf Verwendung der kreativen Bearbeitung von der Schranke für kreative Bearbeitungen zu erfassen.

Trotz dieser Anwendung der vorgebrachten Schranke sowohl auf die Erstellung als auch auf die Verwendung kreativer Bearbeitungen soll die Erstellung kreativer Bearbeitungen wie bereits *de lege lata* unter der Privatgebrauchsschranke auch *de lege ferenda* vergütungsfrei zulässig sein. Die Vergütungspflicht, die die Schranke für kreative Bearbeitungen als gesetzliche Lizenz nach sich zieht, würde daher gemäss nArt. 11 Abs. 4 URG explizit nur diejenigen Werknutzer treffen, die kreative Bearbeitungen auf irgendwelche Art *verwenden*. Im Bereich der Erstellung der kreativen Bearbeitung würde die vorgebrachte Schranke somit eine umfassende Schranke darstellen.[604]

602 Würde die Schranke für kreative Bearbeitungen explizit vom Recht auf Verwendung von kreativen Bearbeitungen sprechen, so könnte dies implizit darauf hindeuten, dass bei der Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG lediglich das Recht auf Erstellung der Bearbeitung tangiert ist.

603 Siehe dazu den vorgeschlagenen Wortlaut in Kapitel 11: II.

604 Der vorgeschlagene nArt. 11 Abs. 4 URG nennt lediglich kreative Bearbeitungen; Parodien oder mit ihnen vergleichbare Abwandlungen des Werks sollen nicht erwähnt werden. Wie bereits *de lege lata*, so soll auch *de lege ferenda* sowohl die Erstellung als auch die Verwendung von Parodien und vergleichbaren Abwandlungen vergütungsfrei sein. Mit den Gesetzesänderungen, die im Rahmen der Schranke für kreative Bearbeitungen vorgeschlagen werden, ist somit keine Änderung der Parodieschranke beabsichtigt.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Anwendbarkeit auf Leistungsschutzrechte

Die Schrankenbestimmungen des URG sind im 2. Titel des URG normiert und finden somit auf Urheberrechte Anwendung. Der 3. Titel des URG zu den Leistungsschutzrechten normiert allerdings in dessen Art. 38, dass

> *[...] die [Bestimmung des...] Artikel 13 sowie das [...] 5. Kapitel des zweiten Titels dieses Gesetzes [...] sinngemäss [...] auf die Rechte [Anwendung finden], die den ausübenden Künstlern und Künstlerinnen sowie den Herstellern und Herstellerinnen von Ton- oder Tonbildträgern und dem Sendeunternehmen zustehen.*

Die aufgeführten Bestimmungen enthalten Schrankenbestimmungen, die somit nicht bloss auf die Urheber-, sondern auch auf die Leistungsschutzrechte Anwendung finden.[605] Die Parodieschranke, die in Art. 11 Abs. 3 URG und somit im 3. Kapitel des 2. Titels des URG enthalten ist, ist in Art. 38 URG bis anhin nicht erwähnt. Die Parodieschranke findet somit keine Anwendung auf Leistungsschutzrechte; sie ist ausschliesslich auf Urheberrechte anwendbar.[606] Werden in Parodien also Originalaufnahmen verwendet, so ist diese Verwendung nicht durch die Parodieschranke legitimiert; hierfür muss somit eine Lizenz eingeholt werden.[607] Diese ausschliessliche Anwendbarkeit auf Urheberrechte kann zwar dazu führen, dass eine Parodie nicht oder nicht in der vom Parodisten gewünschten Weise erstellt und verwendet werden kann, da er die Originalaufnahme übernehmen möchte, die Lizenz dafür allerdings verweigert wird.[608] Trotz möglichem Nutzungsinteresse an der Originalaufnahme ist die Parodie aber nicht auf eine entsprechende Berechtigung angewiesen, kann doch die humoristisch-kritische Beziehung zum verwendeten Werk auch er-

---

605 Siehe dazu ausführlich SHK-URG/Auf der Maur, Art. 38 URG N 1 ff.; Barrelet/Egloff, Art. 38 URG N 1 ff.

606 Siehe dazu sowie zur Frage, ob das Fehlen von Art. 11 Abs. 3 URG ein gesetzgeberisches Versehen darstellt Wegener, Sound Sampling, 275 f. (insbesondere Fn. 104); siehe dazu auch SHK-URG/Auf der Maur, Art. 38 URG N 4.

607 Siehe Wegener, Sound Sampling, 275 f. Die Lizenz dürfte allerdings – so die Einschätzung Wegeners – regelmässig verweigert werden, wirft doch die Parodie ein negatives Licht sowohl auf das vorbestehende Werk, als auch auf die vorbestehende Originalaufnahme, siehe dazu insbesondere ders., Sound Sampling, 275 f. (Fn. 106).

608 Vgl. Wegener, Sound Sampling, 275 f. (Fn. 106).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reicht werden, wenn lediglich das Werk – nicht aber die Originalaufnahme – verwendet wird.[609]

Anders sieht dies allerdings bei der Schranke für kreative Bearbeitungen aus. Unter ebendieser Schranke soll nicht nur das Werk, sondern auch die Darbietung des ausübenden Künstlers resp. die Aufnahme des Herstellers – sprich die Originalaufnahme – übernommen werden dürfen, sind doch gewisse kreative Bearbeitungen auf die Verwendung des Werks und der Originalaufnahme angewiesen. Beim *Mashup*, um ein Beispiel zu nennen, wird nicht nur das Werk, sprich die Komposition eines Liedes übernommen, sondern auch die Originalaufnahme, also die Tonaufnahme des Liedes. Würde die Schranke für kreative Bearbeitungen lediglich auf Urheberrechte Anwendung finden, so würde sie praktisch schier bedeutungslos bleiben.[610] Die vorgebrachte Schranke für kreative Bearbeitungen, die in Art. 11 Abs. 3 Teilsatz 2 URG eingegliedert werden soll, müsste somit dem Art. 38 URG hinzugefügt werden. Erst durch diese Ergänzung des Art. 38 URG wäre die Schranke sowohl auf Urheberrechte als auch auf Leistungsschutzrechte anwendbar und könnte somit tatsächlich gewährleisten, dass *de lege ferenda* kreative Bearbeitungen verwendet werden dürfen.

3. Vergütungspflicht

Die schweizerische und die U.S.-amerikanische Lösung für Coverversionen sowie der U.S-amerikanische Vorstoss der *Remix Compulsory License*[611] erlauben die einwilligungsfreie Nutzung vorbestehender Werke; sie verlangen dafür allerdings eine Vergütung.[612] Ihren Vorbildern entsprechend wäre auch die Schranke für kreative Bearbeitungen mit einer Vergütungspflicht auszugestalten, *notabene* in der Form einer gesetzlichen Lizenz.[613] Die einwilligungsfreie Nutzung gegen Bezahlung einer Vergütung ermög-

609 Siehe Wegener, Sound Sampling, 275 (Fn. 104).
610 Vgl. dazu Wegener, Sound Sampling, 275 f.
611 Siehe dazu ausführlich Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 352 ff. (2014); ders., 164 U. Penn. L. Rev. 441, 488 ff. (2016); siehe auch Vrana, 68 Wash. & Lee L. Rev. 811, 850 ff. (2011).
612 Vgl. dazu die detaillierten Tarifregelungen SUISA Tarif PI, Rn. 21.1 (2015–2018), sowie die detaillierten Gebührenregelungen U.S. Copyright Office, Mechanical License Royalty Rates (2010), <https://www.copyright.gov/licensing/m200a.pdf>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019; siehe zudem Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014); siehe dazu auch Kapitel 11: I.1. und I.2.
613 Siehe dazu ausführlich Kapitel 11: II.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

licht es, die Interessen der Urheber zu wahren, deren Werke für die kreativen Bearbeitungen verwendet werden, gleichzeitig aber die Verwendung ebendieser kreativen Bearbeitungen zu erlauben und damit das sequenzielle Innovieren zu fördern. Die vorgebrachte Schranke sieht daher in nArt. 11 Abs. 4 URG vor, dass derjenige, der *„[...] kreative Bearbeitungen auf irgendwelche Art verwendet, [...] dem Urheber oder der Urheberin eine Vergütung [schuldet].*" Für die Verwendung von vorbestehenden Werken wäre also eine Lizenzgebühr zu entrichten. Wie diese Lizenzgebühr konkret ausgestaltet werden könnte und wie die Verteilung der eingezogenen Gelder auf die Rechtsinhaber stattzufinden hätte, wird nachstehend dargelegt. Vorweg werden allgemeine Ausführungen zu der Natur der Vergütungspflicht gemacht.

3.1. Natur der Vergütungspflicht

Wie bereits die Vergütungspflicht anderer gesetzlicher Lizenzen des URG wie Art. 20 Abs. 2 URG, so würde auch die Vergütungspflicht nach nArt. 11 Abs. 4 URG eine zivilrechtliche Vergütungsforderung darstellen, welche obligatorischer, quasivertraglicher Natur wäre und somit dem Obligationenrecht unterstehen würde.[614] Die Zwangsvollstreckung eines auf nArt. 11 Abs. 4 URG basierenden Vergütungsanspruch würde sich nach den Bestimmungen des SchKG richten.[615] Ebenfalls entsprechend Art. 20 Abs. 2 und anderer gesetzlicher Lizenzen des URG müsste die Vergütungspflicht von nArt. 11 Abs. 4 URG durch zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (nArt. 11 Abs. 5 URG); dieser Pflicht würden die Verwertungsgesellschaften in periodischen Abständen nachkommen.[616] Aufgrund dieser Periodizität würden Vergütungsansprüche gestützt auf nArt. 11 Abs. 4 URG nach fünf Jahren gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR verjähren.[617]

---

614 Vgl. SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 3; Barrelet/Egloff, Art. 20 URG N 2a; CR-PI/Ruedin, Art. 20 LDA N 2; vgl. auch BGE 124 III 370 E. 3.b.

615 Vgl. SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 3.

616 Siehe dazu ausführlich Kapitel 11: IV.5.

617 Vgl. BGE 124 III 370, E. 3.c; vgl. auch SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 3.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3.2. Lizenzgebühr

Wer kreative Bearbeitungen auf irgendwelche Art verwendet, so hält nArt. 11 Abs. 4 URG fest, schuldet dem Urheber oder der Urheberin eine Vergütung. Der Werknutzer hätte demnach die Pflicht, eine Lizenzgebühr zu entrichten. Im Zusammenhang mit dieser Lizenzgebühr stellt sich die Frage, wie hoch die Lizenzgebühr anzusetzen wäre. Eine mögliche Antwort auf diese Frage wird nachstehend anhand der Vorbilder der Schranke für kreative Bearbeitungen herausgearbeitet.

Wie der vorgebrachte nArt. 11 Abs. 4 URG, so sieht auch die *Cover License* des U.S.-amerikanischen Rechts eine Lizenzgebühr vor. Die einschlägige Bestimmung gestattet jedermann *„[...] to make and distribute phonorecords of the [nondramatic musical] work"*[618] und das U.S. Copyright Office zieht dafür eine Lizenzgebühr von 9.1 *cents* für fünf-minütige (oder kürzere) Coverversionen ein.[619] Diese Lizenzgebühr ist dabei pro verbreiteten Tonträger zu entrichten.[620] Die Lizenzgebühr bei der *Remix Compulsory License* soll sich ebenfalls an der Länge des neu geschaffenen Werkes orientieren, dabei allerdings das doppelte, also 18.2 *cents*, für fünf-minütige *Remixe* betragen.[621] Diese Verdoppelung wird dadurch begründet, dass bei der *Remix Compulsory License*, anders als bei der *Cover License*, nicht bloss die Komposition, also das Werk, sondern auch die Tonspur, sprich die Originalaufnahme, übernommen wird.[622]

---

618 Siehe 17 U.S.C. § 115 (a) (1) (2016).

619 Für längere Coverversionen steigt die Lizenzgebühr an; siehe dazu 37 C.F.R. § 385.3 (a) sowie U.S. Copyright Office, Mechanical License Royalty Rates (2010), worin eine Gebühr von 1.75 *cents* pro Minute, mindestens aber 9.1 *cents* für die Coverversion verlangt wird; siehe auch Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014); ders., 164 U. Penn. L. Rev. 441, 493 (2016).

620 Siehe dazu 37 C.F.R. § 210.16 (d), worin festgehalten wird, dass die Lizenzgebühr anhand der Anzahl verbreiteter Tonträger berechnet wird. Detaillierte Angaben dazu muss der Werknutzer monatlich im sog. *Monthly Statement of Account* – zusammen mit der Lizenzgebühr – dem Urheber zustellen.

621 Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014). Menell scheint allerdings später von diesem Vorschlag wieder Abstand zu nehmen; siehe dazu Kapitel 11: I.2. (Fn. 526).

622 Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014); a.A. hingegen Baroni, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 97 f. (1993), der sich dafür ausspricht, dass nur der Inhaber der Leistungsschutzrechte entschädigt werden soll, da beim angeführten Beispiel des *Samplings* in der Regel die Urheberrechte nicht verletzt werden, weil das übernommene Element zu klein oder zu stark verändert ist, um den individuellen Charakter des vorbestehenden Werks erkennen zu lassen;

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ähnlich der *Cover License* im U.S.-amerikanischen Recht und den entsprechenden Vorschlägen im Rahmen des *Remix Compulsory License Acts* sieht auch das schweizerische Recht Lizenzgebühren vor, wenn vorbestehende Werke für eine Coverversion verwendet werden. Die SUISA erstellt zu diesem Zweck, wie bereits erwähnt, detaillierte Tarifregelungen, wobei beispielsweise der Tarif für die Verbreitung von zehn-minütigen (oder kürzeren) Coverversionen derweil bei 22 Rappen liegt.[623]

Für die vorgebrachte Schranke für kreative Bearbeitungen sollen in vergleichbarer Weise Tarifregeln festgelegt werden. Dem U.S.-amerikanischen Vorbild der *Remix Compulsory License* folgend könnten die Gebühren, die für vergleichbare Nutzungen vorbestehender Werke bereits von den Verwertungsgesellschaften festgelegt wurden, für die Verwendung einer kreativen Bearbeitung übernommen und jeweils verdoppelt werden. Würde die Verwendung einer kreativen Bearbeitung also beispielsweise darin bestehen, dass ebendiese kreative Bearbeitung auf einem Tonträger aufgenommen und verbreitet wird, so könnte auf die Gebühr für die Aufnahme und Verbreitung von Coverversionen zurückgegriffen und diese verdoppelt werden. Die Gebühr für die Aufnahme und Verbreitung einer zehn-minütigen (oder kürzeren) kreativen Bearbeitung könnte somit 44 Rappen betragen,[624] wenn man dem Vorschlag Menells im Rahmen des *Remix Compulsory License Acts* folgt.

Die Lizenzgebühr für die Schranke für kreative Bearbeitungen müsste aber insbesondere in zweierlei Hinsicht von ihrem Vorbild der *Remix Compulsory License* abweichen: Erstens sind bei einem *Remix* im Sinne der *Re-*

---

siehe dazu bereits Kapitel 11: I.2. (Fn. 525). Dies ist m.E. allerdings eine unzutreffende Verallgemeinerung.

623 Vgl. dazu die detaillierten Tarifregelungen SUISA Tarif PI, Rn. 21.1 (2015–2018), worin die genannte Entschädigung als normale Mindestentschädigung pro Tonträger aufgeführt wird. Nebst der normalen Mindestentschädigung pro Tonträger ist allerdings zweierlei zu beachten: Erstens ist pro Erlaubnis eine pauschale Mindestentschädigung von CHF 100.00 zu entrichten, vgl. dazu die detaillierten Tarifregelungen SUISA Tarif PI, Rn. 34 (2015–2018). Zweitens kommen die Bestimmungen zu den Mindestentschädigungen nur zur Anwendung, wenn diese über dem prozentualen Entschädigungsansatz liegen; letzterer liegt bei 11% des Händlerkaufpreises (*published price for dealers*, PPD) bzw. 10% des Detailverkaufspreises (DVP) bzw. 10% der Kosten, vgl. dazu die detaillierten Tarifregelungen SUISA Tarif PI, Rn. 19.1 (2015–2018).

624 Dies könnte die normale Mindestentschädigung pro kreative Bearbeitung darstellen, wobei pauschale Mindestentschädigungen und prozentuale Entschädigungsansätze analog derjenigen für Coverversionen noch festzulegen wären; vgl. dazu Kapitel 11: IV.3.2. (Fn. 623).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mix Compulsory License begriffsnotwendig Urheber- und Leistungsschutzrechte tangiert. Eine kreative Bearbeitung im Sinne der gleichnamigen Schranke kann aber auch bloss die Urheberrechte betreffen, die Leistungsschutzrechte hingegen unberührt lassen. Die Lizenzgebühr hätte dieser Tatsache Rechnung zu tragen. Es wäre daher ratsam, die Lizenzgebühr für kreative Bearbeitungen davon abhängig zu machen, ob im konkreten Fall lediglich das Werk oder auch die Originalaufnahme verwendet wird. Wird lediglich das vorbestehende Werk verwendet, so wäre die Gebühr tiefer anzusetzen als in den Fällen, in denen sowohl das vorbestehende Werk als auch die vorbestehende Originalaufnahme genutzt wird. Ob die Differenz zwischen der blossen Verwendung des Werks und der kombinierten Verwendung von Werk und Originalaufnahme wie unter der *Remix Compulsory License* tatsächlich 100% betragen soll, kann vorliegend offengelassen werden.

Zweitens würde mit der Schranke für kreative Bearbeitungen das Bearbeitungsrecht tangiert werden; mit der Lizenzgebühr für kreative Bearbeitungen wäre somit auch das Bearbeitungsrecht abzugelten. Dieser Tatsache trägt Menell in seinem *Remix Compulsory License Act* nicht Rechnung. Er fordert lediglich eine Verdoppelung der Gebühr, die für Coverversionen geschuldet ist, damit die mit dem *Remix* zusätzlich tangierten Leistungsschutzrechte abgegolten werden. Das Bearbeitungsrecht, das mit dem *Remix* ebenfalls tangiert wird, erlangt in der von Menell vorgeschlagenen Gebühr keine Berücksichtigung. Für die vorgebrachte Schranke für kreative Bearbeitungen wäre eine entsprechende Berücksichtigung allerdings angezeigt, da der Urheber dafür zu entschädigen ist, dass eine Bearbeitung seines vorbestehenden Werks verwendet wird. Dem Bearbeitungsrecht müsste somit einen monetären Wert zugewiesen werden; dieser müsste hoch genug sein, um für den Urheber genügend Anreiz zu unabhängigem Schaffen zu erzeugen, er müsste aber auch tief genug sein, damit Werknutzer auch tatsächlich von der Lizenz Gebrauch machen und gegen eine Lizenzgebühr ihre kreativen Bearbeitungen verwenden. Für diese Bewertung des Bearbeitungsrechts kann beispielsweise auf den Tarif für Bildrechte der ProLitteris zurückgegriffen werden, den diese für die Rechte der von ihr vertretenen Urheber anwendet. Dieser Tarif gestattet zwar lediglich die unveränderte Verwendung von Werken;[625] wird ein Bild allerdings ohne Erlaubnis bearbeitet, so sieht der Tarif vor, dass die geltenden Gebühren verdoppelt werden – anderweitige Regelungen im Einzelfall bleiben aller-

625 ProLitteris Tarif Bildrechte, Rn. 3 (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dings vorbehalten.[626] Diesem Beispiel folgend könnte die Gebühr für eine zehn-minütige (oder kürzere) kreative Bearbeitung, die auf einen Tonträger aufgenommen und verbreitet wird und dabei sowohl die Urheber- als auch die Leistungsschutzrechte tangiert, 88 Rappen betragen.[627]

3.3. Aufteilung der Lizenzeinnahmen

Wer ein Werk zur Schaffung von kreativen Bearbeitungen verwendet, der müsste gemäss der vorgeschlagenen Schranke dem Urheber eine Lizenzgebühr entrichten. Dabei stellt sich, wie soeben dargelegt, die Frage, wie hoch diese Gebühr anzusetzen wäre. Ungeachtet davon, wie hoch die Lizenzgebühr für die Verwendung kreativer Bearbeitungen ausfallen würde, wäre zu klären, wie die Lizenzeinnahmen auf die Rechtsinhaber aufzuteilen wären. Es ist dabei zu bedenken, dass eine kreative Bearbeitung eine Vielzahl vorbestehender Werke vereinen kann und die Lizenzeinnahmen damit auf viele Rechtsinhaber zu verteilen wären.

Die wohl einfachste Lösung wäre es, die Lizenzeinnahmen in gleichen Teilen auf die einzelnen Rechtsinhaber zu verteilen. Dies würde allerdings nicht die konkrete Verwendung der vorbestehenden Werke widerspiegeln. Es wäre daher sinnvoller, den Anteil der Rechtsinhaber an den Lizenzeinnahmen davon abhängig zu machen, in welchem Ausmass die einzelnen Werke in der kreativen Bearbeitung vorkommen.[628] Bei Werken der Musik oder des Films beispielsweise wäre also auf die Dauer des vorbestehenden Werks in der kreativen Bearbeitung abzustellen, bei Sprachwerken auf die Länge der übernommenen Passagen oder bei fotografischen Werken auf die Grösse der übernommenen Fotoausschnitte. Diese Werte wären jeweils in Relation zu setzen mit den Werten der übrigen verwendeten Werke; darauf basierend wären die Lizenzeinnahmen proportional aufzuteilen. Da-

---

626 ProLitteris Tarif Bildrechte, Rn. 9 (2016). Hinsichtlich der Bilder, deren Urheber von der ProLitteris vertreten werden, können somit gestützt auf diesen Tarif Bearbeitungen teilweise bereits verwendet werden. Wie erwähnt bleibt der Tarif allerdings auf die von der ProLitteris vertretenen Urheber beschränkt; ausserdem sind anderweitige Regelungen im Einzelfall möglich. Der genannte Tarif vermag Bearbeitungen daher nicht zuverlässig zu legitimieren.

627 Auch hierbei gilt, dass dies die normale Mindestentschädigung pro kreative Bearbeitung darstellen könnte, wobei pauschale Mindestentschädigungen und prozentuale Entschädigungsansätze analog derjenigen für Coverversionen noch festzulegen wären; vgl. dazu Kapitel 11: IV.3.2. (Fn. 623).

628 Vgl. dazu auch Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 498 (2016).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch könnte gewährleistet werden, dass diejenigen Rechtsinhaber, deren Werke in einem grossen Ausmass die kreative Bearbeitung prägen, einen entsprechend grossen Anteil an den Lizenzeinnahmen erhalten; umgekehrt würden diejenigen Rechtsinhaber, deren Werke bloss in kleinem Ausmass in der kreativen Bearbeitung vorkommen, auch nur einen kleinen Anteil an den Lizenzeinnahmen erhalten.

Vom Ausmass der Verwendung der vorbestehenden Werke abgesehen würde es allerdings zu weit gehen, wenn weitere Aspekte wie etwa der Bekanntheitsgrad der vorbestehenden Werke berücksichtigt werden würden.[629] Auch wenn ein bekanntes Werk eine kreative Bearbeitung zugegebenermassen stärker prägen kann als ein unbekanntes Werk, so kann dieses Kriterium nicht sinnvoll berücksichtigt werden, ohne die Verwaltungskosten der Einnahmeaufteilung erheblich zu steigern.[630]

4. Zwingende Natur der Schranke

Im Zusammenhang mit der Schranke für kreative Bearbeitungen ist zu klären, ob diese auf dem Wege der individuellen Vereinbarung abbedungen werden könnte oder aber ob sie zwingender Natur wäre. Die Schranken des Urheberrechts – und zu denen würde auch die Schranke für kreative Bearbeitungen gehören –[631] sind insofern zwingender Natur, als dass Verwertungsgesellschaften daran gebunden sind.[632] Dies hat zur Folge, dass es Verwertungsgesellschaften nicht gestattet ist, eine Vergütung für Verwendungshandlungen vorzusehen, die von Gesetzes wegen vergütungsfrei zulässig sind.[633] Es ist allerdings strittig, ob die Schrankenbestimmungen auch in die Vertragsfreiheit eingreifen und damit individuelle Vereinbarungen, in denen Schrankenbestimmungen abbedungen werden, verwehrt sind. Das Bundesgericht spricht sich für eine zwingende Natur der Schrankenbestimmungen aus, ohne dies weiter zu erläutern[634] und erhält dafür

---

629 Im Zusammenhang mit der *Remix Compulsory License* so auch Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 498 (2016).

630 Vgl. dazu Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 498 (2016).

631 Siehe zu detaillierten Ausführungen dazu Kapitel 11: II.

632 Siehe dazu BGE 127 III 26, E. 4; Rehbinder/Viganò, Art. 20 URG N 2; SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 5.

633 Siehe SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 5.

634 BGE 125 III 141, E. 4.a; 127 III 26, E. 4; in BGE 133 II 263, E. 10.2, lässt das Gericht die Natur der Schrankenbestimmungen allerdings offen und spricht

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zuspruch von einem Teil der Lehre.[635] Für die zwingende Natur der Schrankenbestimmungen spricht wohl insbesondere, dass ebendiese Schrankenbestimmungen dadurch in jedem Fall zur Anwendung gelangen und damit der vom Gesetzgeber beabsichtigte Interessenausgleich zwischen Urheber und Werknutzer nicht durch individuelle Vereinbarungen ausgehebelt werden kann.[636] Nach einem anderen Teil der Lehre muss es allerdings zulässig sein, Schrankenbestimmungen auf dem Wege der individuellen Vereinbarung abzubedingen.[637] Nach Rehbinder/Viganò,[638] Gasser[639] und Cherpillod[640] legt das URG nur die gesetzlichen Schutzrechte und die Vergütungsansprüche fest, ohne dabei in die Vertragsfreiheit eingreifen zu wollen. Diese Wegbedingbarkeit der Schrankenbestimmungen zeigt sich bereits darin, dass Werkverwendungen, die von Gesetzes wegen zulässig sind, dennoch durch technische Schutzmassnahmen verhindert werden können.[641]

Letzterer Lehrmeinung ist zuzustimmen, weshalb insbesondere die vorgebrachte Schranke für kreative Bearbeitungen auf dem Wege der individuellen Vereinbarung abbedungen werden könnte. Schliesslich wird mit der Schranke versucht, ein wirtschaftlich ineffizienter Zustand zu beheben, in dem insbesondere hohe Transaktionskosten anfallen und individuelle Ver-

---

sich dafür aus, dass die individuelle Verwertung der kollektiven grundsätzlich vorgeht.

635 So etwa Egloff, medialex 2007, 136, 146; ders., medialex 2011, 72, 75 ff. m.w.H.; Ruedin/Tissot, sic! 2008, 417, 423 f. m.w.H.

636 Vgl. Egloff, medialex 2007, 136, 146; ders., medialex 2011, 72, 77.

637 So etwa Hilty, Rz. 216; Rehbinder/Viganò, Art. 20 URG N 2; SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 5; Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 750.

638 Rehbinder/Viganò, Art. 20 URG N 2.

639 SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 5.

640 Cherpillod, SIWR II/1, Rz. 750, hält ebenfalls fest, dass im Grundsatz Vertragsfreiheit gilt; scheinbar von Rehbinder/Viganò und Gasser abweichend ist er aber der Ansicht, dass einzelne Schranken wie Art. 24 Abs. 2 URG dennoch zwingender Natur sind. Im Ergebnis sind sich aber – zumindest hinsichtlich der zwingenden Natur von Art. 24 Abs. 2 URG – alle einig, gestehen doch auch Rehbinder/Viganò, Art. 24 URG N 7, und SHK-URG/Gasser, Art. 24 URG N 8 m.w.N., der Bestimmung von Art. 24 Abs. 2 URG eine zwingende Natur zu; sie qualifizieren sie allerdings nicht als Schranke, sondern als Bestimmung des Urhebervertragsrechts.

641 Siehe Hilty, Rz. 216. Der Gesetzgeber sieht allerdings zur Stärkung der Schrankenbestimmungen in Art. 39a Abs. 4 URG vor, dass das Verbot, technische Schutzmassnahmen zu umgehen, nicht geltend gemacht werden kann, wenn die Umgehung zwecks einer gesetzlich erlaubten Verwendung erfolgte.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einbarungen daher regelmässig ausbleiben.[642] Sind die Transaktionskosten nun aber im Einzelfall genügend tief, sodass eine individuelle Vereinbarung zustande kommt, so sollen diese auch gültig sein.

5. Verwertungsgesellschaftspflicht

Die Schranke für kreative Bearbeitungen, die wie vorgeschlagen in Art. 11 URG einzugliedern wäre, würde in dessen Absatz 4 vorsehen, dass der Werknutzer, der eine kreative Bearbeitung verwendet, dem Urheber oder der Urheberin dafür eine Vergütung schuldet. Diese Vergütung soll, so Absatz 5 der vorgebrachten Schranke, nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können.[643] Wird das Recht, die Vergütungsansprüche geltend zu machen, ausschliesslich den zugelassenen Verwertungsgesellschaften übertragen, so ist dieses Recht der Bundesaufsicht zu unterstellen.[644] Art. 40 Abs. 1 lit. b wäre somit um den nArt. 11 zu ergänzen.

Durch die in nArt. 11 Abs. 5 URG vorgesehene Verwertungsgesellschaftspflicht würde die kollektive Rechtswahrnehmung ermöglicht für ein Recht, das aus Sachzwängen kaum je individuell wahrgenommen werden kann.[645] Die Verwertungsgesellschaften wären damit befugt und verpflichtet, die Vergütungsansprüche aus nArt. 11 Abs. 4 URG geltend zu machen und zwar auch dann, wenn kein Wahrnehmungsvertrag mit den Rechtsinhabern vorliegt.[646] Diese Verwertungsgesellschaftspflicht würde gleichzeitig aber auch bedeuten, dass die Rechtsinhaber ihre Vergütungsansprüche nicht persönlich geltend machen könnten.[647] In den Fällen, in denen der Urheber selber eine kreative Bearbeitung seiner vorbestehenden Werke verwendet, hätte dies zur Konsequenz, dass ebendieser Urheber Lizenzgebüh-

---

642 Siehe ausführlich dazu Kapitel 2: IV.2.

643 Siehe dazu Kapitel 11: II.

644 Verwertungsgesellschaften stehen unter Bundesaufsicht hinsichtlich der Rechte, die von Gesetzes wegen ausschliesslich durch sie verwertet oder geltend gemacht werden können. Damit wird sichergestellt, dass die Verwertungsgesellschaften ihren gesetzlichen Pflichten nachkommen und dabei ihre Monopolstellung nicht mussbrauchen, siehe dazu Rehbinder, Urheberrecht, Rz. 210.

645 Vgl. dazu BGE 124 III 489, E. 2.a; Rehbinder/Viganò, Art. 40 URG N 3 m.w.H.

646 Vgl. dazu BGE 124 III 489, E. 2.a; KassGer ZH, 25. August 2004, sic! 2005, 117, E. II.3; SHK-URG/Gasser, Art. 20 URG N 17; SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 13.

647 Vgl. dazu BGE 133 III 568, E. 4.2; KassGer ZH, 25. August 2004, sic! 2005, 117, E. II.3; SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 40 URG N 13.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren für die kreative Bearbeitung seiner eigenen Werke schulden würde; die eingenommenen Gelder würden schliesslich wieder auf den Urheber als Anspruchsberechtigter übergehen.[648] Diese Doppelstellung des Urhebers als gleichsam Vergütungsberechtigter und Vergütungsverpflichteter könnte allerdings praktisch vernachlässigt werden, da die Vergütungen sowohl durch die Verwertungsgesellschaft eingezogen als auch durch sie ausgeschüttet würden.[649] Ein eigentlicher Zahlungsvorgang würde damit ausbleiben.

6. Meldepflicht

Um die für kreative Bearbeitungen anfallenden Lizenzgebühren einziehen zu können, müssen die Verwertungsgesellschaften von deren Verwendung Kenntnis erlangen; um den Inkasso-Aufwand so gering wie möglich zu halten, könnte eine Meldepflicht für Werknutzer hierbei Abhilfe schaffen. Eine entsprechende Meldepflicht besteht bereits im U.S.-amerikanischen Recht im Rahmen der *Cover License*, muss der Werknutzer doch seine Nutzung beim Urheber oder beim *U.S. Copyright Office* anmelden.[650] Auch für die *Remix Compulsory License* schlägt Menell vor, dass jedermann, der ein *Remix* schafft, diesen *Remix* beim *U.S. Copyright Office* anmelden soll.[651] Bei dieser Anmeldung soll der Werknutzer, so Menell, detaillierte Angaben zum *Remix* machen – also dazu, welche vorbestehenden Werke verwendet werden, an welcher Stelle diese gespielt werden (mit genauer Zeitangabe) und wie lange die einzelnen Werke im *Remix* vorkommen.[652] Basierend auf diesen Angaben könnte das Copyright Office dann die Lizenzgebühr einziehen und auf die Rechtsinhaber verteilen.[653]

Auch dem schweizerischen Urheberrecht ist eine entsprechende Meldepflicht bereits bekannt. Werden beispielswiese Coverversionen auf einen Tonträger aufgenommen, so ist dieser Tonträger bei der SUISA als zuständige Verwertungsgesellschaft anzumelden. Dazu führt der Werknutzer – also in diesem Fall der Hersteller des Tonträgers – auf einer Liste die Titel der verwendeten Werke und deren Urheber auf und sendet diese anschlies-

---

648 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 97.
649 Vgl. dazu SHK-URG/auf der Maur, Art. 35 URG N 14.
650 Siehe dazu U.S. Copyright Office, Circular 73 (2017), 1, 3.
651 Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 f. (2014).
652 Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 f. (2014).
653 Siehe dazu Menell, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 f. (2014) m.w.H.; siehe dazu bereits Kapitel 11: IV.3.3.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

send der SUISA.[654] Die SUISA nutzt diese Angaben schliesslich für die Einziehung und Aufteilung der Lizenzgebühren.[655] Kommt der Werknutzer seiner Meldepflicht nicht nach, so ist es den Verwertungsgesellschaften wie der SUISA gemäss schweizerischer Rechtsprechung und Lehre unbenommen, basierend auf einer Schätzung oder auf den Vorjahreszahlen die Gebühren für den jeweiligen Werknutzer festzulegen.[656] Um zu überprüfen, ob die Meldepflicht eingehalten wird, unternehmen Verwertungsgesellschaften regelmässig Stichproben.[657]

Für kreative Bearbeitungen könnte somit, in Anlehnung an die genannten Meldepflichten im schweizerischen und U.S-amerikanischen Urheberrecht, verlangt werden, dass die konkrete Verwendung bei der zuständigen Verwertungsgesellschaft angemeldet wird mitsamt den Informationen zu den verwendeten Werken und deren Urheber. Wie bei der Lösung für Coverversionen und bei der *Remix Compulsory License* hätte die zuständige Verwertungsgesellschaft damit auch bereits die notwendigen Angaben, um die Lizenzgebühren einzuziehen und die eingenommenen Gelder auf die Rechtsinhaber zu verteilen. Die Einhaltung der Meldepflicht könnte dabei wie bis anhin anhand von Stichproben überprüft und für fehlende Angaben auf Schätzungen oder auf die Vorjahreszahlen abgestellt werden.

7. Urheberpersönlichkeitsrechte

Eine zentrale Frage im Zusammenhang mit der Schranke für kreative Bearbeitungen ist, ob und falls ja, inwiefern Urheberpersönlichkeitsrechte durch die Verwendung von kreativen Bearbeitungen tangiert werden dürften. Von primärem Interesse ist dabei der urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch auf Schutz der Werkintegrität (Art. 11 Abs. 1 URG); davon abgesehen ist aber auch zu prüfen, ob das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, das Recht auf Urhebernennung (Art. 9 Abs. 1 URG) und das Recht auf Erstveröffentlichung (Art. 9 Abs. 2 und 3 URG) von der Schranke erfasst würden.

Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und das Recht auf Urhebernennung (Art. 9 Abs. 1 URG) verleihen dem Urheber den ausschliessli-

654 Siehe Wegener, Musik und Recht, 34 f., 89 f.
655 Vgl. Wegener, Musik und Recht, 97.
656 Vgl. BGer, 13. Dezember 2007, 4A_418/2007, E. 8.2 ff.; SHK-URG/Brem/Salvadé/Wild, Art. 45 URG N 4a; Wegener, Musik und Recht, 89 f.
657 Vgl. dazu etwa Wegener, SUISAinfo 2.07, 18.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Anspruch darauf, als Urheber seines Werks anerkannt und als solchen auch genannt zu werden. Gibt sich jemand anders als Urheber seines Werks aus, so kann er sich dagegen wehren.[658] Diese urheberpersönlichkeitsrechtlichen Ansprüche müssten im Rahmen der Schranke für kreative Bearbeitungen weiterhin beachtet werden. Der Zweck der Schranke ist es schliesslich, Innovation in der Form der kreativen Bearbeitungen zu fördern. Dieser Zweck kann auch erfüllt werden, wenn die Urheberschaft der dafür verwendeten vorbestehenden Werke anerkannt und genannt wird. Gleiches gilt auch im Rahmen der Parodiefreiheit; der Werknutzer muss auf seiner Parodie vermerken, welche vorbestehenden Werke er verwendet hat.[659] Würde also eine kreative Bearbeitung beispielsweise auf einem Tonträger aufgenommen, so wären die verwendeten Werke und deren Urheber darauf zu nennen; das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und das Recht auf Urhebernennung wären somit von der Schranke nicht erfasst.

Das Recht auf Erstveröffentlichung (Art. 9 Abs. 2 und 3 URG) gestattet es dem Urheber zu entscheiden, ob, wann und wie sein Werk erstmals veröffentlicht werden soll.[660] Auch dieser urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch müsste im Rahmen der Schranke für kreative Bearbeitungen unverändert bestehen bleiben. Bei kreativen Bearbeitungen werden schliesslich – ähnlich wie bei Parodien – vorbestehende Werke in erkennbarer Weise verwendet und zwar unter anderem deshalb, weil ein Wiedererkennungseffekt erwirkt werden will. Ebendieser Wiedererkennungseffekt kann allerdings nur dann eintreten, wenn das vorbestehende Werk bereits veröffentlicht wurde.[661] Im Rahmen der Parodieschranke ist aus diesem Grund das Erstveröffentlichungsrecht des Urhebers stets zu beachten.[662] Gleiches müsste demnach auch für die Schranke für kreative Bearbeitungen gelten.

Das Recht auf Schutz der Werkintegrität (Art. 11 Abs. 1 URG) gibt dem Urheber das ausschliessliche Recht darüber zu entscheiden, ob sein Werk geändert, bearbeitet oder in ein Sammelwerk aufgenommen wird. Wie bereits ausgeführt,[663] gilt für das Bearbeitungsrecht – wie auch für die übrigen Ausprägungen des Rechts auf Schutz der Werkintegrität –, dass dieses sowohl einen urheberpersönlichkeitsrechtlichen als auch einen vermögens-

---

658 Siehe statt vieler SHK-URG/Hug, Art. 9 URG N 14 ff.; Rigamonti, 254 ff.
659 Vgl. Hilty, Rz. 194.
660 Siehe statt vieler SHK-URG/Hug, Art. 9 URG N 26 ff.; Rigamonti, 223 ff.
661 Siehe Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 16; Rigamonti, 285.
662 Rigamonti, 285.
663 Siehe Kapitel 1: II.3.4.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtlichen Charakter hat.[664] Wird also ein Werk bearbeitet, so ist damit neben dem vermögensrechtlichen Anspruch stets auch der urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch betroffen. Mit der Schranke für kreative Bearbeitungen würde somit das Urheberpersönlichkeitsrecht des Urhebers – eben sein urheberpersönlichkeitsrechtlicher Anspruch auf Schutz der Werkintegrität in der Ausprägung des Bearbeitungsrechts – tangiert werden; dies könnte begriffsnotwendig nicht vermieden werden.

Es ist allerdings für das schweizerische Urheberrecht kein Novum, dass Urheberpersönlichkeitsrechte durch Schrankenbestimmungen tangiert werden, führt doch insbesondere die Parodiefreiheit gar dazu, dass das Recht auf Schutz der Werkintegrität nicht bloss anderweitig durchgesetzt, sondern gleich eingeschränkt wird. Ebendieses Recht wird dabei soweit eingeschränkt, dass jegliche Bearbeitungen erlaubt sind bis auf solche, die das Werk in persönlichkeitsrechtsverletzender Weise entstellen (Art. 11 Abs. 2 URG).[665] Dieser Entstellungsschutz geht auf Art. 6bis Abs. 1 RBÜ zurück.[666] Gemäss dieser Bestimmung wird unter einer persönlichkeitsrechtsverletzenden Entstellung jede Entstellung, Verstümmelung, sonstige Änderung oder Beeinträchtigung des Werks verstanden, die für die Ehre oder den Ruf des Urhebers nachteilig sein könnten.[667] Im Erfordernis der persönlichkeitsrechtsverletzenden Entstellung des Art. 11 Abs. 2 URG ist zudem eine bewusste Anlehnung an das Persönlichkeitsrecht von Art. 28 ZGB zu erachten,[668] das somit für die Auslegung des Entstellungsschutzes und damit auch für die Parodieschranke relevant ist.

In Anlehnung an die Parodiefreiheit wäre der urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch auf Schutz der Werkintegrität im Rahmen der Schranke für kreative Bearbeitungen insoweit betroffen, als dass jegliche Bearbeitungen gegen Bezahlung einer Gebühr erlaubt wären bis auf solche, die das Werk in persönlichkeitsrechtsverletzender Weise entstellen (Art. 11

---

664 So 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 nur dem Entstellungsschutz von Art. 11 Abs. 2 URG urheberpersönlichkeitsrechtlichen Charakter zugesteht. Siehe zudem auch Botschaft, BBl 1989 III 477, 530.

665 So etwa Rigamonti, 288 f.; Hilty, Rz. 200; de Werra, Rz. 129, 130 ff.; a.A. Wegener, Sound Sampling, 272 f. (insbesondere Fn. 100); ders., Musik und Recht, 40 (insbesondere Fn. 79).

666 Rigamonti, 293 f.

667 Siehe auch Rigamonti, 293 f.

668 Siehe Rigamonti, 293 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 2 URG), also in einer Weise, die für die Ehre oder den Ruf des Urhebers nachteilig sein könnte.[669] Eine solche persönlichkeitsrechtsverletzende Entstellung wäre wohl insbesondere in der Verbindung mit gesellschaftlich verpöntem Inhalt zu erachten. Es ist schliesslich einzusehen, dass ein Urheber berechtigte Sorge um seinen Ruf haben kann, wenn die Bearbeitung beispielsweise pornografischen oder in hohem Masse gewalttätigen Charakter hat; gegen eine entsprechende Verwendung seines Werks müsste sich der Urheber wehren können.[670]

Von einer entsprechenden Entstellung dürfte aber insbesondere dann noch nicht die Rede sein, wenn durch die Bearbeitung eine Verbindung mit einer Person entsteht, die der Urheber des vorbestehenden Werks missbilligt. Subjektive Feindschaften dürften somit nicht ausreichen. Es dürfte des Weiteren grundsätzlich auch dann nicht von einer persönlichkeitsrechtsverletzenden Entstellung gesprochen werden, wenn ein Werk mit politischen oder religiösen Meinungen oder mit einer Persönlichkeit aus der Politik oder der Religion in Verbindung gebracht wird, die der Urheber ebendieses Werks ablehnt. Bei besonders konfliktträchtigem politischem resp. politisch-religiösem Gedankengut hingegen, wie es insbesondere im Zusammenhang mit Terrorismus oder dem Nationalsozialismus denkbar ist, oder bei der Verbindung mit Persönlichkeiten, die ebensolches Gedankengut verkörpern, wäre unter Umständen aber eine persönlichkeitsrechtsverletzende Entstellung denkbar. Gleiches müsste bei extremen religiösen Einstellungen gelten. Wird ein Werk beispielsweise für eine Bearbeitung mit atheistischem Charakter verwendet, ist der Urheber des Werks aber bekanntermassen tiefgläubig, so könnte darin eine persönlichkeitsrechtsverletzende Entstellung liegen.[671] Es wäre dabei allerdings wichtig, dass die Beurteilung im Einzelfall vorgenommen würde, wobei die blosse Verbindung mit befremdlichem Gedankengut nicht ausreichen dürfte; ausschlaggebend wäre alleine, ob sich daraus eine negative Auswirkung auf die Ehre oder den Ruf des Urhebers ergibt.

Aus dogmatischer Sicht hätte eine Schranke für kreative Bearbeitungen die Konsequenz, dass der urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch auf Schutz der Werkintegrität im Rahmen der Schranke auf den Entstellungsschutz des Art. 11 Abs. 2 URG verkürzt würde. Das Bearbeitungsrecht als

---

669 Vgl. dazu auch Wegener, Musik und Recht, 40, der von Fällen spricht, in welchen das Ansehen des Urhebers beeinträchtigt wird, indem die ursprüngliche Aussage des Werks in hohem Masse verunstaltet wird.

670 Vgl. dazu Baroni, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65, 101 f. (1993).

671 Vgl. dazu Barrelet/Egloff, Art. 11 URG N 14.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Teilaspekt des Anspruchs auf Schutz der Werkintegrität würde nämlich zu einem Grossteil seinen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Charakter verlieren; schliesslich würde das Bearbeitungsrecht – vom Entstellungsschutz abgesehen – durch die Schranke als Entschädigungsrecht durchgesetzt, womit dem Recht in diesem Bereich fast ausschliesslich verwertungsrechtlichen Charakter zukommen würde. Das Bearbeitungsrecht würde somit bloss noch ausserhalb der Schranke – also im Bereich der übrigen Bearbeitungen als vierte Kategorie sequenzieller Innovation – ein ausgeprägtes Zwitterdasein als Urheberpersönlichkeits- und Verwertungsrecht geniessen.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass der urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch auf Erstveröffentlichung und auf Namensnennung auch im Rahmen der Schranke für kreative Bearbeitungen zu beachten wäre. Der urheberpersönlichkeitsrechtliche Anspruch auf Schutz der Werkintegrität würde durch die Schranke allerdings geschmälert werden. Im Rahmen der Schranke könnte sich der Urheber lediglich gegen Entstellungen seines Werks wehren, die ihn in seiner Persönlichkeit verletzen (Art. 11 Abs. 2 URG).

V. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest

Um in das schweizerische Urheberrecht eingeführt werden zu können, muss die Schranke für kreative Bearbeitungen den Dreistufentest bestehen, der in diversen staatsvertraglichen Bestimmungen verankert ist (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT).[672] Der Dreistufentest legt fest, unter welchen Bedingungen das nationale Urheberrecht Beschränkungen an den Ausschliesslichkeitsrechten eines Urhebers vorsehen darf.[673] Vermag eine Schranke des nationalen Urheberrechts diese Bedingungen nicht zu erfüllen, so steht das nationale Recht im Kon-

672 Der in der RBÜ verankerte Dreistufentest beschränkt sich auf das Vervielfältigungsrecht; spätere staatsvertragliche Bestimmungen, welche den Dreistufentest von Art. 9 Abs. 2 RBÜ zum Vorbild nahmen, erweiterten dessen Anwendungsbereich auf die im jeweiligen Staatsvertrag garantierten Ausschliesslichkeitsrechte (Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT). Siehe dazu SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 16; Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 201 f.

673 SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 16; Senftleben, GRUR Int. 2004, 200 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

flikt mit den staatsvertraglichen Bestimmungen, weshalb davon abzusehen wäre, eine entsprechende Schranke einzuführen.[674]

Der Dreistufentest legt drei Bedingungen (oder eben *Stufen*) fest. Als erste Bedingung muss sich eine Beschränkung auf bestimmte[675] Sonderfälle beziehen (erste Stufe); zweitens darf die normale Auswertung des Werkes dadurch nicht beeinträchtigt werden (zweite Stufe); und drittens dürfen durch die Beschränkung die berechtigten Interessen der Urheber nicht in unzumutbarer Weise verletzt werden (dritte Stufe).[676] Die drei Bedingungen müssen dabei kumulativ erfüllt werden; erst dann gilt eine Schranke als mit dem internationalen Standard konform.[677] Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Schranke für kreative Bearbeitungen die Bedingungen des Dreistufentests erfüllt.

1. Bestimmte Sonderfälle

Auf der ersten Stufe muss sich die Schranke für kreative Bearbeitungen auf bestimmte Sonderfälle beziehen. Eine Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle scheint zweierlei zu erfordern: Erstens muss *genügende Bestimmtheit* vorliegen; und zweitens muss es sich um einen *Sonderfall* handeln.[678] Die Bedeutung des Erfordernisses der genügenden Bestimmtheit ist allerdings strittig.[679] Die Entstehungsgeschichte des Dreistufentests in den verschiedenen staatsvertraglichen Bestimmungen könnte vermuten lassen, dass mit diesem Erfordernis eine *klare Definition* der in Frage kommenden Sonderfälle verlangt wird, sprach doch etwa der Entwurf des später in Art. 13 TRIPS normierten Dreistufentests noch von „*clearly and carefully defined special cases*".[680] Da dieser und vergleichbare Entwürfe jedoch in keiner der staatsvertraglichen Bestimmungen Einzug nahm und da eine zu restriktive,

---

674 Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 173 f.

675 Art. 9 Abs. 2 RBÜ spricht von „*gewissen*" Sonderfällen; Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT sprechen von „*bestimmten*" Sonderfällen. Siehe nachstehend zur Bedeutung der Terminologie.

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

677 Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 173 f.; ders., Three-Step-Test, 125; siehe ausführlich zum Dreistufentest ders., Three-Step-Test, passim; SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 16 f.

678 Vgl. Senftleben, Three-Step-Test, 133 ff.

679 Vgl. Senftleben, Three-Step-Test, 133 ff.

680 Siehe U.S. Communication TRIPS, 6; Senftleben, Three-Step-Test, 134; vgl. etwa auch Rossnagel/Jandt/Schnabel/Yliniva-Hoffmann, 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kontinentaleuropäisch geprägte Auslegung des Dreistufentest vermieden werden soll,[681] sprechen stärkere Argumente gegen eine solche Auslegung des Erfordernisses der genügenden Bestimmtheit.[682] Viel eher ist daher davon auszugehen, dass das Wort *bestimmt* kein gesondertes Erfordernis darstellen soll, sondern viel eher im Hinblick auf das Erfordernis des *Sonderfalls* einen Hinweis bietet, dass von einer limitierten Anzahl von Fällen ausgegangen wird.[683]

Nebst der Bedeutung des Erfordernisses der genügenden Bestimmtheit ist auch die Bedeutung des Erfordernisses des Sonderfalls nicht ganz einhellig, wird das Vorliegen eines Sonderfalls doch zeitweilig aus quantitativer Hinsicht, gelegentlich aber auch aus qualitativer Hinsicht beurteilt.[684] Die Beurteilung aus quantitativer Hinsicht stellt darauf ab, dass die durch die Schranke legitimierten Nutzungen bereits aufgrund ihrer limitierten Anzahl gegenüber den gewöhnlichen Nutzungen als Sonderfall erscheinen.[685] Die Beurteilung aus qualitativer Hinsicht stellt hingegen auf den Zweck ab, der mit der Schranke verfolgt werden soll.[686] So liegt nach der qualitativen Beurteilung immer dann ein Sonderfall vor, wenn mit der Schranke öffentliche Interessen verfolgt oder Grundrechte geschützt werden sollen.[687]

Nach der herrschenden Meinung ist der qualitativen Beurteilung den Vorzug zu geben.[688] Nicht nur würde eine quantitative Beurteilung auf der ersten Stufe jegliche eigenständige Bedeutung der zweiten und dritten Stufe entziehen; eine quantitative Beurteilung würde zudem zu starr sein, kann es doch nicht ausschliesslich darauf ankommen, wie oft eine Schranke im Schöpfungsprozess Dritter zur Anwendung kommt.[689] Ein Sonder-

---

681 Vgl. auch Bengeser, 57 f.

682 Vgl. Art. 9 Abs. 2 RBÜ; Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT; Senftleben, Three-Step-Test, 134 ff.

683 Gl.M. Senftleben, Three-Step-Test, 134; Bengeser, 56 ff. Die unterschiedliche Terminologie in den staatsvertraglichen Bestimmungen („*gewisse Sonderfälle*“ in Art. 9 Abs. 2 RBÜ; „*bestimmte Sonderfälle*“ in Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT) ist daher unbeachtlich.

684 Bengeser, 59.

685 Bengeser, 59.

686 Bengeser, 59; Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 178; ders., GRUR Int. 2004, 200, 207; Brändli, Rz. 80 f.; vgl. auch Förster, 194.

687 Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 207; Brändli, Rz. 80 f.

688 So etwa Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; ders., Schranken des Urheberrechts, 159, 177 ff.; Brändli, Rz. 80 f.; Förster, 194; a.A. Bengeser, 61 ff.

689 Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 177 f. m.w.H.; ders., Three-Step-Test, 152 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fall ist darum immer dann anzunehmen, wenn mit der Schranke öffentliche Interessen verfolgt oder Grundrechte geschützt werden sollen.[690] Da quantitative Erwägungen auf dieser ersten Stufe des Dreistufentests noch zu vernachlässigen sind, ist es unerheblich, wie oft das Vorliegen eines Sonderfalls bejaht wird.[691]

Mit der Schranke für kreative Bearbeitungen soll es Werknutzern ermöglicht werden, kreative Bearbeitungen als neue, dritte Kategorie sequenzieller Innovation verwenden zu können, ohne dafür die Rechtsinhaber um Erlaubnis zu bitten. Dadurch sollen die Kommunikationsgrundrechte der Werknutzer geschützt[692] und gleichzeitig das öffentliche Interesse verfolgt werden, dass das Urheberrecht in wirtschaftlich effizienter Weise ausgestaltet und damit vermehrt neue Werke geschaffen und auch verwendet werden.[693] Da mit der Schranke für kreative Bearbeitungen somit sowohl Grundrechte geschützt als auch öffentliche Interessen verfolgt werden, ist sie durchaus auf bestimmte Sonderfälle zugeschnitten und vermag demnach auf der ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests zu bestehen.

2. Beeinträchtigung der normalen Auswertung

Auf der zweiten Stufe des Dreistufentests darf die Schranke für kreative Bearbeitungen die normale Auswertung des Werkes nicht beeinträchtigen; hierbei ist eine streng wirtschaftliche Betrachtung notwendig. Die normale Auswertung eines Werkes gilt aus wirtschaftlicher Sicht dann als beeinträchtigt, wenn mit der Schranke erhebliche Umsatzeinbussen für die

690 Senftleben, Three-Step-Test, 153. Die Frage, welche Grundrechte und öffentlichen Interessen durch die Schranke beeinträchtigt werden würden und wie die konfligierenden Grundrechte und öffentlichen Interessen abzuwägen sind, ist Gegenstand der dritten Bedingung (resp. Stufe) des Dreistufentests; vgl. ders., Three-Step-Test, 152 f. zur Abgrenzung der ersten und der dritten Bedingung des Dreistufentests. Siehe zudem zur dritten Bedingung des Dreistufentests Kapitel 11: V.3.

691 Wie erwähnt spielen quantitative Erwägungen dann allerdings später, auf der zweiten und dritten Stufe des Dreistufentests, eine zentrale Rolle; vgl. Senftleben, Three-Step-Test, 152; ders., Schranken des Urheberrechts, 159, 178.

692 Siehe zu den betroffenen Grundrechten des Werknutzers Kapitel 2: IV.1.4.

693 Siehe dazu Kapitel 2: IV.2.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsinhaber[694] einhergehen würden.[695] Sobald also der wirtschaftliche Kern der Werkverwertung[696] durch eine Schranke tangiert wird, gilt die normale Auswertung als beeinträchtigt.[697] Worin der wirtschaftliche Kern einer Werkverwertung liegt, ist mittels einer Marktanalyse zu bestimmen.[698]

Im Rahmen der Schranke für kreative Bearbeitungen ist somit zu prüfen, ob bei der Verwertung eines Werkes die meisten Einnahmen dadurch erzielt werden, dass kreative Bearbeitungen dieses Werkes verwertet werden. Dabei ist an die Definition kreativer Bearbeitungen zu erinnern, die in quantitativer und qualitativer Hinsicht auf Bearbeitungen beschränkt sind, die mindestens sechs vorbestehende Werke vereinen und einen erhöhten individuellen Charakter aufweisen. In Anbetracht dieser Definition dürfte – auch ohne eingehende Marktanalyse – feststehen, dass die Verwertung von kreativen Bearbeitungen nicht die Haupteinnahmequelle der Rechtsinhaber darstellt. Die Einnahmen, die insbesondere aus der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung eines Werks erzielt werden, dürften regelmässig höher ausfallen. Die Schranke für kreative Bearbeitungen vermag somit die normale Auswertung des Werks nicht zu beeinträchtigen.

---

694 Hier ist richtigerweise auf alle Rechtsinhaber – also auf die Urheber *und* die Verwerter – abzustellen, da es gesamthaft um die Verwertung des Werks auf dem Markt geht, vgl. dazu auch Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 179 ff.; Bengeser, 233 ff.; Runge, GRUR Int. 2007, 130, 134.

695 Siehe Brändli, Rz. 83; Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 181; ders., GRUR Int. 2004, 200, 208 f.; vgl. auch WTO Panel WT/DS160/R, Rn. 6.196 ff. Zur empirischen und normativen Bedeutung des Begriffs *normal* vgl. WTO Panel WT/DS160/R, Rn. 6.199 ff.; Bengeser, 68 ff. Zum Begriff *Auswertung* vgl. WTO Panel WT/DS160/R, Rn. 6.198; Bengeser, 67 f.

696 Es ist zu beachten, dass es auf die Verwertung des Werks als Ganzes und nicht etwa auf die Verwertung des konkret betroffenen Ausschliesslichkeitsrechts ankommt; vgl. Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 181 f.

697 Siehe Brändli, Rz. 83.

698 Siehe Senftleben, Schranken des Urheberrechts, 159, 182; vgl. dazu auch BGE 133 III 473, E. 6.1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen

Auf der dritten Stufe des Dreistufentests darf eine Schranke für kreative Bearbeitungen die berechtigten Interessen der Urheber[699] nicht in unzumutbarer Weise verletzen.[700] Es muss demnach geprüft werden, ob die Schrankenbestimmung ein verhältnismässiger Eingriff darstellt.[701] Dazu ist zunächst zu prüfen, ob die Schrankenbestimmung geeignet ist, um den damit beabsichtigten Zweck zu verfolgen. Des Weiteren ist zu prüfen, ob ebendiese Schrankenbestimmung dafür auch erforderlich ist oder ob auch ein milderes Mittel verfügbar wäre. Abschliessend ist zu untersuchen, ob der mit der Schranke verfolgte Zweck und die davon betroffenen, berechtigten Interessen der Urheber in einem angemessenen Verhältnis stehen. Sollte aus dieser Prüfung ein unangemessenes Verhältnis und damit eine unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen resultieren, so kann diese unzumutbare Verletzung durch Bezahlung einer angemessenen Vergütung geheilt werden; bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist also stets auch die Möglichkeit von Vergütungszahlungen zu berücksichtigen.[702]

Mit der Schranke für kreative Bearbeitungen soll es Werknutzern ermöglicht werden, kreative Bearbeitungen zu verwenden, ohne dafür die Rechtsinhaber um Erlaubnis zu bitten. Diese Schranke bezweckt damit den Schutz der Kommunikationsgrundrechte der Werknutzer und verfolgt gleichzeitig das öffentliche Interesse, das Urheberrecht in wirtschaftlich effizienter Weise auszugestalten, um damit die Verwendung neuer Werke zu fördern.[703] Die Schranke für kreative Bearbeitungen zielt genau auf diesen Zweck ab, erlaubt sie doch Werknutzern, vorbestehende Werke einwilligungsfrei zu verwenden. Durch die Ausgestaltung als gesetzliche Lizenz wird das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen zudem als Entschädigungsrecht ausgestaltet, womit das Recht in wirtschaftlich effizienter Weise durchgesetzt und damit die Verwendung neuer Werke gefördert wird. Die vorgebrachte Schranke ist somit geeignet, den beabsichtigten Zweck

---

699 Siehe BGE 133 III 473, E. 6.1, wonach es bei der dritten Teststufe auf die Interessen aller Rechtsinhaber – also diejenigen des Verwerters *und* diejenigen des Urhebers – ankommt. Durch die vorgebrachte Schranke wird allerdings das Bearbeitungsrecht tangiert, weshalb primär die Interessen des Urhebers in Frage stehen. Die Interessen der Verwerter werden daher vorliegend vernachlässigt.

700 Siehe ausführlich zur dritten Stufe Senftleben, Three-Step-Test, 210 ff.; ders., Schranken des Urheberrechts, 159, 183 ff.

701 Brändli, Rz. 83; Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 210 f.

702 Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 210 f.; Brändli, Rz. 83.

703 Siehe dazu bereits Kapitel 11: V.1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu verfolgen. Da sich vertragliche Lösungen bis anhin nicht durchsetzen konnten und auch nicht gleich gut geeignet sind, um den mit der Schranke beabsichtigten Zweck zu verfolgen, stellt ebendiese Schranke auch das mildeste Mittel dar. Schliesslich entzieht die Schranke dem Urheber nicht das Recht, die Verwendung kreativer Bearbeitungen zu kontrollieren, sondern wandelt dieses Recht lediglich in ein Entschädigungsrecht um. Die Schranke ist somit auch erforderlich, um den damit beabsichtigten Zweck zu fördern.

Bei der Frage, ob der mit der Schranke verfolgte Zweck und die davon betroffenen, berechtigten Interessen der Urheber in einem angemessenen Verhältnis stehen, ist insbesondere zu bedenken, dass neue Technologien Möglichkeiten der Werkschöpfung und Werkverwendung hervorgebracht haben, die früher noch nicht existierten. Während das kreative Bearbeiten früher zeitaufwändig und kostspielig war und damit nur wenige Werknutzer existierten,[704] so hat heute fast jedermann das technische Werkzeug, um kreative Bearbeitungen zu erstellen und über das Internet sofort der Öffentlichkeit zugänglichzumachen.[705] Steht das Recht zur Verwendung kreativer Bearbeitungen ausschliesslich dem Urheber zu, so geht damit ein Grossteil sequenzieller Innovation verloren. Demgegenüber liegt das Interesse der Urheber an einem ausschliesslichen Recht kreative Bearbeitungen zu verwenden zum einen darin, dass sie die Anzahl ebensolcher Bearbeitungen ihrer Werke kontrollieren können. Zum anderen haben sie ein finanzielles Interesse daran, die Verwertung kreativer Bearbeitungen zu kontrollieren. Beides ist allerdings in Anbetracht der neuen Technologien und des Zwecks der Schranke vernachlässigbar, ist doch der mit der Schranke verfolgte Zweck gegenüber den Interessen der Urheber als schwerwiegender einzustufen und steht den Urhebern aus der vorgebrachten Schranke doch ein Vergütungsanspruch zu. Den durch die Schranke vorgenommenen Eingriff in die Interessen der Urheber stellt somit eine zumutbare Verletzung berechtigter Interessen dar, womit die Schranke auch die letzte Stufe des Dreistufentests erfüllt.

4. Zwischenergebnis

Um mit staatsvertraglichen Bestimmungen (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT) im Einklang zu sein, muss eine

704 Lessig, 36 ff., spricht hierbei von der *Read/Only*-Kultur.
705 Lessig, 51 ff., spricht hierbei von der wiederbelebten *Read/Write*-Kultur.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

urheberrechtliche Schrankenbestimmung den Dreistufentest bestehen. Dieser Dreistufentest legt fest, dass eine Schrankenbestimmung erstens auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sein muss, zweitens die normale Auswertung des Werkes dadurch nicht beeinträchtigt werden darf und drittens keine berechtigten Interessen der Urheber in unzumutbarer Weise verletzt werden dürfen. Die Schranke für kreative Bearbeitungen ist erstens auf bestimmte Sonderfälle beschränkt, da damit die Kommunikationsgrundrechte der Werknutzer geschützt und gleichzeitig das öffentliche Interesse verfolgt wird, dass das Urheberrecht in wirtschaftlich effizienter Weise ausgestaltet und damit vermehrt neue Werke geschaffen und auch verwendet werden. Die Schranke lässt zweitens die normale Auswertung des Werks unberührt, stellt das Verwerten von kreativen Bearbeitungen doch regelmässig nicht die Haupteinnahmequelle der Rechtsinhaber dar. Drittens und abschliessend führt die Schranke nicht zu einer unzumutbaren Verletzung berechtigter Interessen, ist der mit der Schranke verfolgte Zweck gegenüber den Interessen der Urheber doch als schwerwiegender einzustufen und werden Urheber zudem für die Verwendung kreativer Bearbeitungen durch Werknutzer vergütet. Die Schranke für kreative Bearbeitungen vermag somit die drei Bedingungen des Dreistufentests zu erfüllen, womit die Einführung der Schranke auch mit staatsvertraglichen Bestimmungen vereinbar ist.

VI. Vor- und Nachteile

Die Vorteile, die eine Schranke für kreative Bearbeitungen mit sich bringen würde, wurden bereits mehrfach dargelegt: Werknutzer könnten basierend auf der Schranke urheberrechtlich geschützte Werke verwenden – frei von Rechtsunsicherheiten und gegen eine angemessene Vergütung. Auch die Urheber würden von der Schranke profitieren, da sie eine angemessene Vergütung für Verwendungen ihrer Werke erhalten würden, die derweil oft unterbleiben oder rechtswidrig (und ohne Vergütung) vorgenommen werden.[706] Die Schranke würde somit für kreative Bearbeitungen einen Markt schaffen, in dem sich Werknutzer entfalten könnten und Urheber für kreative Bearbeitungen ihrer Werke eine Vergütung erhalten würden; ihre Interessen würden also besser zum Ausgleich gebracht werden. Die Schranke

706 Vgl. Referentenentwurf UrhWissG, 2 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

würde zudem das Urheberrecht besser an das Technologiezeitalter anpassen und damit an Akzeptanz gewinnen.[707]

Eine Schranke für kreative Bearbeitungen würde allerdings auch diverse Nachteile mit sich bringen. Zu erwähnen ist etwa die Verwertungsgesellschaftspflicht, durch die das Recht zur Verwendung kreativer Bearbeitungen der vertraglichen Gestaltung entzogen würde.[708] Auch wenn diese Konsequenz der Schrankenbestimmung dispositiver Natur wäre und damit abbedungen werden könnte, so würde dies die Parteiautonomie der Urheber gleichwohl einschränken, würde ihnen durch die Schranke und die damit einhergehenden Nutzungstarife doch die Macht verloren gehen, höhere Lizenzgebühren zu verhandeln. Die Urheber würden durch die Schranke somit im Einzelfall weniger Lizenzgebühren einnehmen.[709]

Ein weiterer Nachteil der Schrankenbestimmung hat ihren Ursprung darin, dass sie nicht auf jegliche Bearbeitungen, sondern nur auf solche Anwendung finden würde, die das notwendige Mass an Kreativität erreichen. Dadurch wären Werknutzer für Bearbeitungen, die ebendieses Mass an Kreativität nicht erreichen, noch immer auf die Einwilligung der Urheber angewiesen. Diese Werknutzer würden sich somit unverändert der Gefahr ausgesetzt sehen, dass Urheber der Verwendung ihrer vorbestehenden Werke nicht zustimmen und sequenzielle Innovation damit verhindert wird.[710]

In ebendieser Begrenzung auf kreative Bearbeitungen liegt ein weiterer Nachteil: Es ist schwierig, den Anwendungsbereich der Schranke zu bestimmen, stellt doch das Erfordernis der Kreativität ein unbestimmter Rechtsbegriff dar. Auch wenn der Begriff wie vorgebracht auf Bearbeitungen beschränkt werden könnte, die mindestens sechs vorbestehende Werke verwenden und einen erhöhten individuellen Charakter aufweisen, so soll dies bloss als Richtwert gelten, da die Schrankenbestimmung sonst ihrer Flexibilität beraubt wäre, die für den angemessenen Umgang mit sequenziellen Schöpfungen unverzichtbar ist. Die mit diesem unbestimmten

---

707 Vgl. Menell, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 501 ff. (2016); Vrana, 68 Wash. & Lee L. Rev. 811, 852 f. (2011).

708 Vgl. dazu auch LaPolt/Rosenthal/Meller, 38 Columbia J.L. & Arts 365, 368 ff. (2015).

709 Siehe dazu auch LaPolt/Rosenthal/Meller, 38 Columbia J.L. & Arts 365, 370 f. (2015).

710 Dieser Nachteil ist allerdings, wie bereits dargelegt, hinzunehmen, da bei Bearbeitungen, die das geforderte Mass an Kreativität nicht erreichen, der wirtschaftlich effiziente soziale Zustand bilateral erreicht werden kann, da die Transaktionskosten für eine entsprechende bilateriale Vereinbarung gering sind, siehe dazu ausführlich Kapitel 11: III.1.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsbegriff einhergehende Rechtsunsicherheit könnte dazu führen, dass Werknutzer trotz der Schranke davon absehen, kreative Bearbeitungen zu verwenden.

Ferner ist ein Nachteil darin zu erachten, dass die zuständigen Verwertungsgesellschaften für die Schranke, die als gesetzliche Lizenz auszugestalten wäre, Tarife aufzustellen hätten (Art. 46 Abs. 1 URG). Dazu müssten sie mit den massgeblichen Nutzerverbänden verhandeln (Art. 46 Abs. 2 URG) und die Tarife der Eidgenössischen Schiedskommission zur Genehmigung vorlegen (Art. 46 Abs. 3 URG). Dieser Prozess kann leicht mehrere Jahre in Anspruch nehmen, was der Flexibilität abträglich ist, die wie eben beschrieben für den angemessenen Umgang mit sequenziellen Schöpfungen unverzichtbar ist.[711]

Abschliessend ist auf den Einsatz von technischen Schutzmassnahmen hinzuweisen und auf den Nachteil, der in diesem Zusammenhang für die Schrankenbestimmung entsteht. Bei digitalen Werken dürfen technische Schutzmassnahmen eingesetzt werden, um die Verwendungsmöglichkeiten der Werke zu beschränken. Diese technischen Schutzmassnahmen dürfen selbst Verwendungsmöglichkeiten beschränken, die dem Werknutzer von Gesetzes wegen zustehen. Für kreative Bearbeitungen bedeutet dies, dass Werknutzer aufgrund technischer Schutzmassnahmen bereits an der Erstellung ebendieser kreativen Bearbeitungen gehindert sein können und dass damit die Schrankenbestimmung zur Verwendung der kreativen Bearbeitungen gar nicht erst zum Zuge kommen würde und ihren gewünschten Zweck daher nicht erreichen könnte. Dieser Nachteil, der im Grunde nicht der Schranke, sondern den technischen Schutzmassnahmen anhaftet, tritt auch im Zusammenhang mit anderen Schrankenbestimmungen des Urheberrechts auf. Art. 39a Abs. 4 URG lässt für diese Fälle allerdings eine Hintertür offen, hält dieser Artikel doch fest, dass das Verbot der Umgehung technischer Schutzmassnahmen nicht geltend gemacht werden kann, wenn die Umgehung ausschliesslich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung erfolgte. Bei digitalen kreativen Bearbeitungen, die bereits durch die Privatgebrauchsschranke und nun auch durch die Schranke für kreative Bearbeitungen erstellt und verwendet werden dürften, würde ebendiese Schranke für kreative Bearbeitungen somit auch als Legitimation zur Umgehung der eingesetzten technischen Schutzmassnahmen dienen. Diese Umgehung müsste allerdings vom Werknutzer vorgenommen werden, was das sequenzielle Innovieren wiederum hemmen kann. Dies ist allerdings gemäss dem schweizerischen Gesetzgeber hinzunehmen.

---

711 Vgl. Egloff, sic! 2014, 671, 684.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abschliessend kann festgehalten werden, dass auch die Schranke für kreative Bearbeitungen keine Ideallösung darstellt, die in allen Belangen zu überzeugen vermag. Die Schranke stellt aber eine mögliche Richtung dar, in die sich das Urheberrecht zukünftig bewegen könnte, um das Bearbeiten und damit das sequenzielle Innovieren nicht mehr wie bislang zu bremsen, sondern künftig zu fördern.

VII. EU Copyright Reform

Wie im schweizerischen Recht, so wird das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation auch auf europäischer Ebene in wirtschaftlich ineffizienter Weise ausgestaltet.[712] Gelegenheit zur Behebung dieses ineffizienten Zustands bestand im September 2016, als das Europäische Parlament und der Rat ihren Vorschlag für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vorgelegt haben.[713] Ziel des Vorschlags war es, das Urheberrecht an das Technologiezeitalter anzupassen.[714] Während der Vorschlag mit seiner Stossrichtung und seinem problemorientierten Ansatz grundsätzlich auf Zustimmung stiess, wurde die konkrete Ausgestaltung teils als zu unpräzise oder zu schwach empfunden. Bemängelt wurde zudem, dass das Phänomen sequenzieller Innovation unberücksichtigt blieb.[715] Der Europäische Ausschuss für Kultur und Bildung hat im Februar 2017 einen Entwurf seiner Stellungnahme zum Richtlinienentwurf veröffentlicht.[716] Darin hat er insbesondere diesen Mangel zu beheben versucht, indem er erstmals forderte, dass die Richtlinie um eine neue Schranke für nutzergenerierte Inhalte – es ist teilweise auch die Rede von einer *Remix*-Schranke –[717] ergänzt wird.[718]

712 Vgl. EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 4; EU Kulturausschuss, Stellungnahme, 4; EU Binnenmarktausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 3; EU Binnenmarktausschuss, Stellungnahme, 3; siehe zu den das europäische Urheberrecht betreffenden Richtlinien ausführlich Fischer, 88 ff.

713 EU-Vorschlag Revision Urheberrechts-RL, 1 ff.

714 Siehe EU-Vorschlag Revision Urheberrechts-RL, 2 f.

715 Siehe EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 4; EU Kulturausschuss, Stellungnahme, 4; EU Binnenmarktausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 3; EU Binnenmarktausschuss, Stellungnahme, 3.

716 EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme.

717 Siehe <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/parliament-additions/>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019.

718 EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 17, 18, 50 f. (Änderungsantrag 12, 13, 56).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Anschluss veröffentlichte auch der Europäische Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz den Entwurf seiner Stellungnahme,[719] kurz darauf folgte der Europäische Rechtsausschuss mit seinen Änderungsanträgen im Rahmen des Entwurfs seines Berichts.[720] Beiden war ebenfalls die Forderung nach einer Schranke für nutzergenerierte Inhalte zu entnehmen.[721] In den finalen Stellungsnahmen der Ausschüsse wurde diese Forderung bestätigt – wenn auch in abgeänderter Form.[722]

Mit der von den Europäischen Ausschüssen geforderten Schranke für nutzergenerierte Inhalte sollte das Phänomen sequenzieller Innovation angegangen werden.[723] Welche Kategorien sequenzieller Innovation genau davon erfasst werden sollten, war lange unklar. Der Entwurf der Stellungnahme des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz war auf Kurs der vorliegend vorgebrachten Schranke für kreative Bearbeitungen, wurde darin doch ebenfalls auf den Begriff der Kreativität abgestellt, indem für „*das neue Werk ein bestimmtes Mass an Kreativität [verlangt wurde], durch das es sich deutlich vom Originalwerk unterscheidet.*“[724] Kreative Bearbeitungen im Sinne der vorliegend vorgebrachten Schranke wären somit auch davon erfasst worden. Davon abgesehen hätte die Schranke für nutzergenerierte Inhalte aber auch Parodien sowie unabhängige Werke erfasst,

719 EU Binnenmarktausschuss, Entwurf einer Stellungnahme.

720 EU Rechtsausschuss, Änderungsanträge 473–672.

721 EU Binnenmarktausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 46 f. (Änderungsantrag 66); EU Rechtsausschuss, Änderungsanträge 473–672, 100 f. (Änderungsantrag 659). Des Weiteren veröffentlichten der Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie sowie der Ausschuss für Bürgerliche Freiheit, Justiz und Inneres ihre Stellungnahmen; in diesen wurde allerdings keine Schranke für nutzergenerierte Inhalte gefordert, vgl. EU Ausschuss Bürgerlicher Freiheiten, Stellungnahme, passim; EU Industrieausschuss, Stellungnahme, passim.

722 Vgl. EU Kulturausschuss, Stellungnahme, 18 f., 19 f., 47 ff. (Änderungsantrag 14, 15, 60); EU Binnenmarktausschuss, Stellungnahme, 41 f. (Änderungsantrag 55); EU Rechtsausschuss, Stellungnahme, 106 f. (Änderungsantrag 55).

723 Vgl. EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 50 f. (Änderungsantrag 56), der den Änderungsantrag dadurch begründete, dass dem Stellenwert und der Rolle der nutzergenerierten Inhalte im Online-Umfeld Rechnung getragen werden soll; vgl. zudem <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/parliament-additions/>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019.

724 EU Binnenmarktausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 47 (Änderungsantrag 66 lit. d). Mit *Originalwerk* ist das vorbestehende Werk gemeint, das für Bearbeitungen verwendet wird. Die Bezeichnung des vorbestehenden Werks als Originalwerk sollte m.E. allerdings vermieden werden, könnte daraus doch geschlossen werden, dass die Bearbeitung eine Kopie davon darstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Zitate enthalten, da für solche Werknutzungen keine separaten Schranken vorgesehen waren.[725]

Die Entwürfe der übrigen beiden Ausschüsse – also diejenigen des Ausschusses für Kultur und Bildung und des Europäischen Rechtsausschusses – verwendeten einen etwas anderen Wortlaut; sie verwendeten nicht den Begriff der Kreativität, sondern forderten eine Nutzung, die einem besonderen Zweck dient. Es waren dies die Nutzung zum Zweck der Kritik, der Rezension, der Veranschaulichung, der Karikatur, der Parodie, der Pastiche oder der Unterhaltung.[726] Die erstgenannten Zwecke hätten dazu geführt, dass auch hier die Parodie sowie unabhängige Werke, die Zitate enthalten, von der Schranke erfasst worden wären. Der letztgenannte Zweck – der Zweck der Unterhaltung – hätte schliesslich dazu geführt, dass auch kreative Bearbeitungen im Sinne der vorliegend vorgebrachten Schranke erfasst worden wären, ist doch der primäre Zweck einer kreativen Bearbeitung die Unterhaltung, wie das Beispiel des *Remix* verdeutlicht.[727]

Wie erwähnt bestätigten die Ausschüsse in ihren finalen Stellungnahmen ihre Forderung nach einer Schranke für nutzergenerierten Inhalt, dies allerdings bloss in abgeänderter Form.[728] Der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz wendete sich in seiner finalen Stellungnahme vom Begriff der Kreativität ab.[729] Neu stellte er auch auf die Zweckbestimmung der Nutzung wie insbesondere die Unterhaltung ab. Trotz dieser Abkehr vom Begriff der Kreativität hätte die geforderte Schranke damit unverändert kreative Bearbeitungen wie *Remixe* zu erfassen vermögen.[730] Der Rechtsausschuss nahm ebenfalls Änderungen an der vorgeschlagenen Schranke vor. Auch diese blieben allerdings für die Anwendbarkeit der Schranke auf kreative Bearbeitungen ohne Konsequenz, da die Schranke unverändert die Unterhaltung als zulässigen Nutzungszweck vorsah.[731]

---

725 Vgl. EU Binnenmarktausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, passim.

726 Siehe EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 50 f. (Änderungsantrag 56); EU Rechtsausschuss, Änderungsanträge 473–672, 100 f. (Änderungsantrag 659).

727 Vgl. dazu <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/parliament-additions/>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019. Eine kreative Bearbeitung kann unter Umständen auch den Zweck der Kritik, Rezension oder Veranschaulichung verfolgen, regelmässig wird aber der unterhaltende Zweck im Vordergrund stehen.

728 Vgl. EU Kulturausschuss, Stellungnahme, 18 f., 19 f., 47 ff. (Änderungsantrag 14, 15, 60); EU Binnenmarktausschuss, Stellungnahme, 41 f. (Änderungsantrag 55); EU Rechtsausschuss, Stellungnahme, 106 f. (Änderungsantrag 55).

729 Siehe EU Binnenmarktausschuss, Stellungnahme, 41 f. (Änderungsantrag 55).

730 Vgl. EU Binnenmarktausschuss, Stellungnahme, 41 f. (Änderungsantrag 55).

731 Vgl. EU Rechtsausschuss, Stellungnahme, 106 f. (Änderungsantrag 55).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Ausschuss für Kultur und Bildung nahm dagegen eine Änderung mit einer weitreichenderen Konsequenz vor: Wie bereits in seinem Entwurf stellte er (wie auch der Rechtsausschuss) unverändert auf den Zweck der Nutzung ab. Die ursprünglich enumerative Auflistung der Zwecke änderte er allerdings in eine abschliessende, wobei der Zweck der Unterhaltung aus der Auflistung gestrichen wurde.[732] Mit der Schranke sollten damit bloss noch Nutzungen zugelassen werden, die einen der übrigen aufgelisteten Zwecke verfolgten, womit kreative Bearbeitungen gemäss der finalen Stellungnahme des Ausschusses für Kultur und Bildung regelmässig nicht mehr von der Schranke erfasst werden sollten.

Die Forderung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Kultur und Bildung, wonach eine Schranke für nutzergenerierten Inhalt in die Europäische Urheberrechtsrichtlinie einzuführen sei, die insbesondere die Nutzung zwecks Unterhaltung erfassen soll, hat keine Berücksichtigung gefunden. Der finale Revisionstext sieht zwar eine Schranke für nutzergenerierten Inhalt vor; der Nutzungszweck der Unterhaltung wird davon allerdings nicht erfasst.[733] Die europäische Schranke für nutzergenerierte Inhalte wird damit nicht anwendbar sein auf kreative Bearbeitungen. Sie vermag damit das Phänomen sequenzieller Innovation nicht in wirtschaftlich effizienter Weise anzugehen und kann deshalb mit der vorliegend vorgebrachten Schranke für kreative Bearbeitungen nicht Schritt halten.

VIII. Zwischenergebnis

Im vorliegenden Kapitel wurde untersucht, ob das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* durch eine Schranke für kreative Bearbeitungen wirtschaftlich effizient ausgestaltet werden könnte. Dazu wurden zunächst die Bestimmungen für Coverversionen des schweizerischen und des U.S.-amerikanischen Rechts, der U.S.-amerikanische Vorstoss der *Remix Compulsory License* sowie die Parodieschranke des schweizerischen Urheberrechts betrachtet, die allesamt als Vorbilder für die vorgeschlagene Schranke dienen. Anschliessend wurde untersucht, wie eine Schranke für kreative Bearbeitungen für das schweizerische Urheberrecht ausgestaltet werden müsste. Dabei wurde zunächst festgestellt, dass die Schranke systematisch unter dem Art. 11 URG einzugliedern wäre, womit dieser Artikel

732 Vgl. EU Kulturausschuss, Entwurf einer Stellungnahme, 50 f. (Änderungsantrag 56); EU Kulturausschuss, Stellungnahme, 47 ff. (Änderungsantrag 60).
733 Vgl. EU-Revision Urheberrechts-RL, Art. 17 Abs. 7 lit. a und b.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als eine Art Sammelbecken für Schranken sequenzieller Innovation betrachtet werden könnte. Dieser neue Art. 11 URG, der weiterhin unter dem Titel der Werkintegrität stehen würde, würde demnach in dessen Abs. 1 und 2 zunächst den Schutzumfang der Integrität von Werken grundsätzlich abstecken und anschliessend in dessen Abs. 3 die Beschränkungen auflisten, womit der Anspruch des Urhebers auf Werkintegrität abschliessend abgesteckt wäre. Die unter Art. 11 URG einzugliedernde Schranke für kreative Bearbeitungen müsste zudem als gesetzliche Lizenz ausgestaltet werden, weshalb der Artikel um einen Rechtsfolgeabsatz zu ergänzen wäre.

Im Anschluss wurde auf den Begriff der kreativen Bearbeitungen im Sinne der vorgebrachten Schranke im Detail eingegangen, wobei zunächst dogmatisch festgehalten wurde, dass durch die vorgebrachte Schranke Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation aufgeteilt würden in kreative Bearbeitungen als eine neu formierte, dritte Kategorie sequenzieller Innovation und in übrige Bearbeitungen als vierte Kategorie sequenzieller Innovation. Letztere würde dabei jegliche Bearbeitungen zusammenfassen, die nicht als kreative Bearbeitung oder als Parodie qualifizieren. Zum Begriff der kreativen Bearbeitungen wurde alsdann dargelegt, dass diesem ein quantitatives und ein qualitatives Element anhaften würde. In quantitativer Hinsicht wären unter dem Begriff grundsätzlich Bearbeitungen zu verstehen, die als Richtwert mindestens sechs vorbestehende Werke zu einem neuen Werk vereinen. In qualitativer Hinsicht wären darunter Bearbeitungen zu verstehen, die einen erhöhten individuellen Charakter aufweisen als übrige Bearbeitungen. Wären diese Elemente erfüllt, so wäre die Verwendung der Bearbeitung zulässig; die Werkverwendung müsste allerdings bei der zuständigen Verwertungsgesellschaft angemeldet und die dafür eingeforderte Gebühr entrichtet werden. Das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen würde demnach durch die Schranke zumindest hinsichtlich der davon erfassten kreativen Bearbeitungen wirtschaftlich effizient ausgestaltet werden. Hinsichtlich der übrigen Bearbeitungen wäre ein wirtschaftlich ineffizienter Zustand weiterhin vertretbar, da Lizenzverhandlungen den effizienten Zustand herbeizuführen vermögen.

Eine Schranke für kreative Bearbeitungen würde allerdings auch diverse Nachteile mit sich bringen, wie etwa die Einschränkung der Parteiautonomie der Urheber, die Rechtsunsicherheit, die dem Begriff der kreativen Bearbeitungen anhaftet oder auch die langwierigen Tarifverhandlungen, denen sich die zuständigen Verwertungsgesellschaften ausgesetzt sehen würden. Nichtsdestotrotz stellt eine Schranke für kreative Bearbeitungen einen möglichen Lösungsweg dar, welchen das zukünftige Urheberrecht be-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schreiten könnte, um das Bearbeiten und damit das sequenzielle Innovieren künftig zu fördern.[734] Die Chancen dieses Lösungsansatzes wurden auf europäischer Ebene bereits erkannt, gingen doch jüngste Bestrebungen im Rahmen der EU Copyright Reform in eine ähnliche Richtung.[735] Bedauerlicherweise fanden ebendiese Bestrebungen allerdings keine Berücksichtigung im finalen Revisionstext.[736]

734 Vgl. dazu im Ansatz etwa auch Wildhaber/Lohmann, AJP 2017, 281, 282.
735 Siehe dazu ausführlich Kapitel 11: VII.
736 Vgl. EU-Revision Urheberrechts-RL, Art. 17 Abs. 7 lit. a und b.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 12: Schrankengeneralklausel

Im vorliegenden Kapitel wird die Einführung einer Schrankengeneralklausel als möglicher Lösungsansatz untersucht, um das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* als Entschädigungsrecht und damit in wirtschaftlich effizienter Weise auszugestalten. Eine Schrankengeneralklausel ist eine Schrankenbestimmung, die aufgrund diverser Faktoren prüft, ob eine Werknutzung unter die Schranke zu subsumieren ist; es wird dabei in jedem Einzelfall eine Analyse der relevanten Faktoren vorgenommen. Anders als bei den für das kontinentaleuropäische Urheberrecht typischen Schrankenbestimmungen findet somit bei der Schrankengeneralklausel nicht primär eine tatbestandliche Einordnung der Werknutzung in eine bestimmte Fallgruppe statt.[737]

Förster[738] und Kleinemenke[739] haben die Einführung einer Schrankengeneralklausel für das deutsche und das europäische Urheberrecht bereits ausführlich untersucht.[740] Das vorliegende Kapitel ist diesen Untersuchungen gewidmet, können doch daraus gewonnene Erkenntnisse für das schweizerische Urheberrecht fruchtbar gemacht werden. Grund und Nährboden für die Untersuchungen Försters und Kleinemenkes ist die Tatsache, dass die abschliessenden, enumerativen Schrankenkataloge, die kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen wie insbesondere Deutschland traditionell vorsehen,[741] die nötige Flexibilität vermissen lassen, um auf technologische Entwicklungen zu reagieren und die daraus resultierenden Werke – wie etwa Bearbeitungen – angemessen zu schüt-

737 Förster, 34 m.w.H. Solche Fallgruppen entstehen durchaus auch bei Schrankengeneralklauseln, um insbesondere eine bestehende Rechtsunsicherheit zu verringern, siehe dazu sogleich Kapitel 12: I.1. Die Prüfung, ob die Schrankengeneralklausel im Einzelfall greift, findet allerdings anhand der geforderten Faktoren statt.

738 Förster, passim.

739 Kleinemenke, passim.

740 Ebenfalls ausführlich zur Einführung einer Schrankengeneralklausel, im Ergebnis allerdings ablehnend Poeppel, 489 ff.; ebenfalls ablehnend Janssens, 317, 337 f.; siehe zudem auch Hoeren, WiVerw 1994, 230, 258 f.; siehe zu einer Schrankengeneralklausel auf europäischer Ebene auch Senftleben, JIPITEC 2010, 67 ff.; ders., 57 J. Copyright Soc'y 521 ff. (2010).

741 Kleinemenke, 58; vgl. auch Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 68 (Rz. 1 f.); ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 522 (2010).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zen.[742] Durch die Einführung einer Schrankengeneralklausel soll die geforderte Flexibilität erzeugt und dem Problem somit Abhilfe geschaffen werden. Ausgangspunkt der von Förster und Kleinemenke geforderten Schrankengeneralklauseln sind die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin und der in staatsvertraglichen Bestimmungen verankerte Dreistufentest.[743]

Nachfolgend werden zunächst die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin und der staatsvertraglich verankerte Dreistufentest in den Grundzügen dargelegt. Anschliessend werden die von Förster und Kleinemenke vorgebrachten Vorstösse analysiert. Dabei wird erstens darauf eingegangen, ob eine Schrankengeneralklausel einen bestehenden Schrankenkatalog ersetzen oder diesem vielmehr ergänzend zur Seite stehen sollte. Zweitens wird dargelegt, wie die Schrankengeneralklausel gemäss Förster und Kleinemenke in ihren Details auszugestalten wäre. Hierzu werden mögliche Faktoren resp. Anwendungsvoraussetzungen einer Schrankengeneralklausel erläutert und die Frage untersucht, ob die von der Schranke potenziell erfassten Nutzungen vergütungsfrei oder vergütungspflichtig sein sollten. Drittens wird untersucht, ob eine Schrankengeneralklausel mit dem staatsvertraglich verankerten Dreistufentest vereinbar wäre. Viertens und abschliessend wird auf die Vor- und Nachteile eingegangen, die eine Schrankengeneralklausel für kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen und damit auch für die Schweiz mit sich bringen würde.

I. Vorbilder der Schrankengeneralklausel

1. Fair Use-Doktrin

Die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin dient den Vorstössen von Förster und Kleinemenke, mit denen sie eine vergleichbare Schrankengeneralklausel für das deutsche resp. europäische Urheberrecht fordern, als Vorbild.[744] Die *Fair Use*-Doktrin des U.S.-amerikanischen Rechts geht zurück

742 Siehe Förster, 212 f.; Kleinemenke, 519 ff.; vgl. dazu auch SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 23; Senftleben, JIPITEC 2010, 67 ff.; ders., 57 J. Copyright Soc'y 521 ff. (2010).

743 Vgl. Förster, 213 ff.; Kleinemenke, 520, 523 ff., 539 ff.; vgl. auch Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 74 ff. (Rz. 43 ff.); ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 541 ff. (2010); Hoeren, WiVerw 1994, 230, 258 f.

744 Siehe Förster, 214 f.; Kleinemenke, 522 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf eine Reihe von Gerichtsentscheiden des 19. und 20. Jahrhunderts[745] und wurde 1976 in den *Copyright Act* eingeführt.[746] Darin wird Folgendes festgehalten:

> *[T]he fair use of a copyrighted work […] for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching […], scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include –*
> 1. *the purpose and character of the use […];*
> 2. *the nature of the copyrighted work;*
> 3. *the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*
> 4. *the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*
>
> *The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*[747]

Dank dieser generellen Schrankenbestimmung können Werknutzer somit einwilligungs- und vergütungsfrei vorbestehende Werke verwenden, solange ebendiese Verwendung in Anwendung der vier relevanten Faktoren (*purpose*, *nature*, *amount*, *effect*) fair ist.[748] Dabei hält die *Fair Use*-Doktrin explizit fest, dass die Werknutzer nicht nur bereits veröffentlichte, sondern auch unveröffentlichte Werke verwenden können.[749] Dank des weit gefassten Wortlauts der *Fair Use*-Doktrin kann das U.S.-amerikanische Urheberrecht flexibler auf neue Technologien reagieren als dies in einer Urheberrechtsordnung mit einem abschliessenden Schrankenkatalog der Fall ist. Um die mit einer Generalklausel begriffsnotwendig einhergehende Rechtsunsicherheit einzudämmen, wurden in der U.S.-amerikanischen Recht-

745 Vgl. insbesondere *Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342, 344 f., 348 f. (C.C.D. Mass. 1841)*; *Lawrence v. Dana, 15 F.Cas. 26, 60 f. (C.C.D. Mass. 1869)*; *Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (1930)*; *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49, 54 (2d Cir. 1936)*; *Twentieth Century Fox-Film Corp. v. Stonesifer, 140 F.2d 579, 582 (9th Cir. 1944)*.

746 Fisher, 101 Harvard L. Rev. 1659, 1662 f. (1988).

747 17 U.S.C. § 107 (2016).

748 Siehe dazu ausführlich Patry, § 3:1 ff. m.w.N.

749 17 U.S.C. § 107 (2016); siehe dazu ausführlich Patry, § 4:2, § 9:36 m.w.N.; siehe auch Fisher, 101 Harvard L. Rev. 1659, 1674 f. (1988); vgl. zudem *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 550 ff. (1985)*.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprechung über Jahre hinweg Fallgruppen gebildet.[750] Beispiele für Fallgruppen, die regelmässig von der *Fair Use*-Doktrin erfasst werden, sind Parodien,[751] Kritiken und Kommentare,[752] Nachrichtenberichterstattungen[753] oder auch Werkverwendungen durch Blinde.[754]

2. Dreistufentest

Nebst der *Fair Use*-Doktrin dient auch der Dreistufentest, der in diversen staatsvertraglichen Bestimmungen (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT) verankert ist, den Vorstössen von Kleinemenke und Förster, mit denen sie eine Schrankengeneralklausel für das deutsche resp. das europäische Urheberrecht fordern, als Vorbild.[755] Der Dreistufentest ist durch seine drei Stufen gekennzeichnet, die festlegen, unter welchen Bedingungen das nationale Urheberrecht Beschränkungen an den Ausschliesslichkeitsrechten eines Urhebers vorsehen darf.[756] Als erste Bedingung muss sich eine Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle beziehen (erste Stufe); zweitens darf die normale Auswertung des Werkes dadurch nicht beeinträchtigt werden (zweite Stufe); und drittens dürfen durch die Beschränkung die berechtigten Interessen der Urheber nicht in unzumutbarer Weise verletzt werden (dritte Stufe).[757] Der Begriff der Sonderfälle (erste Stufe) sowie derjenige der normalen Auswertung (zweite Stufe) und der Unzumutbarkeit der Verletzung (dritte Stufe) sind ausle-

---

750 Nichtsdestotrotz wird die *Fair Use*-Doktrin wegen der ihr anhängenden Rechtsunsicherheit noch immer kritisiert, wird doch für die Anwendbarkeit der *Fair Use*-Doktrin stets auf die vier Faktoren und nicht auf die Zuordnung zu einer der genannten Fallgruppen abgestellt, siehe dazu Carroll, 85 N.C. L. Rev. 1087, 1092 ff. (2007); Elkin-Koren/Fischman-Afori, 59 Ariz. L. Rev. 161 ff. (2017); siehe differenzierter dazu Sag, 73 Ohio St. L.J. 47 ff. (2012).

751 Siehe dazu ausführlich Patry, § 3:90 ff. m.w.N.

752 Siehe dazu ausführlich Patry, § 3:55 ff. m.w.N.

753 Siehe dazu ausführlich Patry, § 3:73. m.w.N.

754 Siehe dazu ausführlich Patry, § 3:46 m.w.N.

755 Siehe Förster, 215 f., 218; Kleinemenke, 547 ff., 560 ff., 568 ff.; siehe auch Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 74 ff. (Rz. 43 ff.); ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 541 (2010); Hoeren, WiVerw 1994, 230, 258 f.

756 Siehe ausführlich zum Dreistufentest Kapitel 11: V.; siehe dazu zudem SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 16; Senftleben, GRUR Int. 2004, 200 f.

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

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gungsbedürftige Rechtsbegriffe. Wie die U.S-amerikanische *Fair Use*-Doktrin, so enthält der Dreistufentest damit auch Elemente, die flexibel ausgelegt werden können.[758] Diese Elemente sind denjenigen der *Fair Use*-Doktrin zudem ähnlich, was darauf zurückzuführen ist, dass anglo-amerikanische Urheberrechtstraditionen bei der Ausgestaltung des Dreistufentests als Grundlage gedient haben.[759] Es bietet sich daher an, die dem Dreistufentest inhärente Flexibilität auszuschöpfen und gleich basierend auf dem Wortlaut des Dreistufentests eine Schrankengeneralklausel zu formulieren.[760]

---

758 Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 74 (Rz. 44); ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 542 f. (2010).

759 Zu denken ist insbesondere an die zweite Stufe des Dreistufentests, die auf die Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werks abstellt; diese Bedingung ist mit dem vierten Kriterium der *Fair Use*-Doktrin vergleichbar – dabei wird auf den Effekt der Nutzung auf den potenziellen Markt und den Wert des Werks abgestellt, siehe dazu Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 74 (Rz. 44); siehe zudem ders., Three-Step-Test, 50 f.; ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 542 f. (2010).

760 Vgl. Förster, 215 f., 218; Kleinemenke, 547 ff., 560 ff., 568 ff.; vgl. auch Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 74 ff. (Rz. 43 ff.); ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 541 (2010), der seine Untersuchungen auf das europäische Recht beschränkt und darauf hinweist, dass die dem Dreistufentest inhärente Flexibilität auf europäischer Ebene in besonderer Weise verkannt wird, da der Test ausdrücklich in Art. 5 Abs. 5 Urheberrechts-RL verankert wird, darin allerdings lediglich als Mittel zur weiteren Einschränkung des europäischen Schrankenkatalogs ausgestaltet ist, siehe dazu ders., JIPITEC 2010, 67, 69 (Rz. 12 f.); ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 528 f. (2010). Art. 5 Abs. 5 Urheberrechts-RL hält nämlich fest, dass „*[d]ie in den Absätzen 1, 2, 3, und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen [...] nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden [dürfen], in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.*" Senftleben schlägt daher vor, das europäische Verständnis des Dreistufentests zu ändern und den Test neu in der Form einer Schrankengeneralklausel in der Urheberrechts-RL zu verankern, Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 76 f. (Rz. 54 ff.); ders., 57 J. Copyright Soc'y 521, 548 ff. (2010). Kritisch zur Verankerung im europäischen Richtlinienrecht allerdings Kleinemenke, 558. Siehe zudem zur Geltung des Dreistufentests auch auf europäischer Ebene ders., 416 f. (insbesondere Fn. 1391 f.); siehe des Weiteren zu den Konsequenzen der ausdrücklichen Aufnahme des Dreistufentests ins europäische Urheberrecht ders., 416 f., 548.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand

Eine Schrankengeneralklausel kann auf zwei Arten in eine bestehende Urheberrechtsordnung eingeführt werden, die bislang nach kontinentaleuropäischer Tradition eine enumerative Auflistung von Schrankenbestimmungen enthält: Sie kann entweder den bestehenden Schrankenkatalog ersetzen oder aber sie kann ergänzend neben die bestehenden Schrankenbestimmungen treten.[761] Wird ein bestehender Schrankenkatalog durch eine Schrankengeneralklausel ersetzt, so stellt dies einen erheblichen Eingriff in die Urheberrechtsordnung dar, da dadurch – in Abkehr von der kontinentaleuropäischen Tradition – gänzlich auf eine enumerative Auflistung von Schranken verzichtet wird.[762] Wird ein bestehender Schrankenkatalog allerdings durch eine Schrankengeneralklausel ergänzt, so stellt dies einen geringeren Eingriff in kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen dar, wird die Generalklausel doch in das bestehende Netz von Schranken eingebettet.[763] Da die Generalklausel durch die Einbettung in ein bestehendes Schrankennetz lediglich als Auffangtatbestand fungiert, führt sie weniger weit als ihr U.S.-amerikanisches Pendant, weshalb sie auch als *Mini-Fair Use*-Doktrin bezeichnet werden kann.[764]

Förster und Kleinemenke sind sich einig, dass eine Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand neben den bereits bestehenden Schrankenkatalog einzuführen sei.[765] Diese Lösung hätte den Vorteil, dass flexibel auf technologische Entwicklungen reagiert und die daraus resultierenden Werke nach den Kriterien der Schrankengeneralklausel verwendet werden könnten, während gleichzeitig durch den Erhalt des Schrankenkatalogs die Rechtssicherheit gewahrt bleiben würde.[766] Letzteres wäre nicht der Fall, wenn die Schrankengeneralklausel den bestehenden Schrankenkatalog ersetzen würde, da die Rechtsprechung zu den einzelnen Schrankenbestimmungen, die den Anwendungsbereich der Schranken anhand konkreter Kriterien präzisiert und dadurch Rechtssicherheit schafft, aufgegeben wür-

761 Siehe Förster, 213 ff.; Kleinemenke, 522 ff.
762 Kleinemenke, 520.
763 Kleinemenke, 520.
764 Vgl. SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 23.
765 Förster, 218 ff.; Kleinemenke, 557, 579, 586 ff.; des Weiteren fordert Förster, dass einzelne bestehende Schrankenbestimmungen, wie beispielsweise die Zitierschranke, um flexiblere Elemente ergänzt werden, siehe dazu Förster, 216 ff.
766 Förster, 221 f.; Kleinemenke, 557, 579, 586 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de.[767] Die gewonnene Flexibilität würde somit mit dem Verlust an Rechtssicherheit bezahlt werden.[768]

III. Details der Ausgestaltung

Die von Förster und Kleinemenke vorgebrachten Schrankengeneralklauseln haben gemein, dass sie sich an der *Fair Use*-Doktrin und am Dreistufentest orientieren und als Auffangtatbestand neben den bestehenden Schrankenkatalog treten sollen.[769] In ihrer konkreten Ausgestaltung unterscheiden sich die Vorschläge allerdings teilweise erheblich. Förster, der sich nicht abschliessend entscheidet, ob dem Vorbild der *Fair Use*-Doktrin oder demjenigen des Dreistufentests gefolgt werden sollte, macht sich zwei in der Literatur bereits diskutierte Vorschläge zunutze und ergänzt diese jeweils um einen Rechtsfolgeabsatz.[770] Der erste Vorschlag basiert auf Poeppel[771] und hat die *Fair Use*-Doktrin zum Vorbild. Darin wird Folgendes festgehalten:

1 *Die redliche Verwertung eines veröffentlichten Werkes ist zulässig. Bei der Entscheidung, ob eine Verwertung redlich ist, sind insbesondere die folgenden Kriterien zu berücksichtigen:*
   1. *der Zweck und der Charakter der Verwertung [...]; eine Nutzung kann insbesondere dann redlich sein, wenn sie für Zwecke des kritischen Kommentars, der Lehre oder der Forschung erfolgt;*
   2. *die Art des urheberrechtlich geschützten Werks;*
   3. *der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Teils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem; und*
   4. *die Auswirkung der Verwertung auf den potenziellen Verwertungsmarkt und auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes.*

2 *Für die redliche Verwertung nach Absatz 1 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen [...].*[772]

---

767 Siehe Förster, 220; Kleinemenke, 557, 578 f., 586.
768 Siehe Förster, 220; Kleinemenke, 557, 578 f., 586.
769 Siehe dazu bereits Kapitel 12: I. und II.
770 Förster, 214 f., 215 f., 218.
771 Siehe Poeppel, 489 ff., der seinen Vorschlag im Ergebnis allerdings verwirft.
772 Förster, 214 f., 218; vgl. auch Poeppel, 491 f. Diese Formulierung wird von Förster als Schrankengeneralklausel untersucht, die den bestehenden Schrankenkatalog ersetzen soll, siehe dazu Förster, 214 f. Er kommt zum Schluss, dass von einer alleinstehenden Generalklausel abzusehen ist, dass aber eine ähnlich lautende Generalklausel den Schrankenkatalog ergänzen soll, siehe ders., 218.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Trotz der eindeutigen Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin fallen gleich zu Beginn zwei Unterschiede auf: Anders als das U.S.-amerikanische Pendant spricht Förster – und auch Poeppel – nicht von einer *fairen*, sondern von einer *redlichen* Verwertung. Durch diesen terminologischen Unterschied soll ermöglicht werden, dass sich die Rechtsprechung zur Schrankengeneralklausel unabhängig von derjenigen zur *Fair Use*-Doktrin entwickeln könnte.[773] Im Einklang mit kontinentaleuropäischen Traditionen ist der Anwendungsbereich der Schranke zudem auf bereits veröffentlichte Werke beschränkt;[774] dies ganz im Unterschied zur *Fair Use*-Schranke, die auch auf unveröffentlichte Werke Anwendung finden kann.[775] Davon abgesehen ist die Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin allerdings unverkennbar, entsprechen doch die aufgeführten Kriterien in Absatz 1 denjenigen der *Fair Use*-Doktrin.[776] In Absatz 2 ergänzt Förster den Vorschlag Poeppels um eine Vergütungspflicht; die Schrankengeneralklausel soll nach Förster somit

---

773 Förster, 215; Kleinemenke, 524 f., kritisiert allerdings die Verwendung des Begriffs *Verwertung*, da damit der Anwendungsbereich der Schranke auf wirtschaftliche Verwertungen eingeengt wird. Er bevorzugt daher die Formulierung *redliche Nutzung*, wird damit doch sichergestellt, dass auch nicht-wirtschaftliche Werkverwendungen von der Schranke erfasst werden. Dem ist zuzustimmen, wobei im schweizerischen Urheberrecht im Einklang mit der Terminologie des URG auch von *redlicher Verwendung* gesprochen werden kann, vgl. dazu etwa Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 URG.

774 Förster, 215. Ob eine entsprechende Einschränkung allerdings tatsächlich notwendig ist, wird vorliegend in Frage gestellt. Dass das Recht der Erstveröffentlichung nach kontinentaleuropäischer Tradition von grösserer Bedeutung ist als in der U.S.-amerikanischen Rechtsordnung, ist vorliegend unbestritten. Dieser Tatsache muss aber nicht notwendigerweise dadurch begegnet werden, dass das Recht der Erstveröffentlichung von jeglicher Einschränkung ausgenommen wird. Der erhöhten Bedeutung der Erstveröffentlichung könnte auch dadurch Rechnung getragen werden, dass die Hürde einer redlichen Erstveröffentlichung durch Dritte entsprechend angehoben wird. Die praktische Relevanz einer Erweiterung auf unveröffentlichte Werke dürfte allerdings ohnehin nur gering sein, wird eine Erstveröffentlichung durch Dritte nur in seltenen Fällen die Hürde der Redlichkeit zu überspringen vermögen.

775 17 U.S.C. § 107 (2016), teilweise abgedruckt unter Kapitel 12: I.1.

776 Die im Rahmen der *Fair Use*-Doktrin unter der Präambel aufgeführten Verwendungszwecke führen Förster und Poeppel unter dem ersten Prüfungskriterium in Ziff. 1 auf; diese systematische Einordnung ist überzeugend, betrifft das erste Prüfungskriterium doch insbesondere den Verwendungszweck, siehe dazu Förster, 215; gl.M. Kleinemenke, 104, 525. Diese systematische Einordnung entspricht zudem der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung, prüft diese das Vorliegen eines zulässigen Verwendungszwecks doch auch im Rahmen des ersten Prüfungskriteriums der *Fair Use*-Schranke, siehe etwa *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 561 (1985);* Campbell v. Acuff-Rose Music,

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als gesetzliche Lizenz ausgestaltet werden. Anders als die *Fair Use*-Doktrin, die zu einer vergütungsfreien Nutzung führt, bringt Försters Schrankengeneralklausel die Interessen der Urheber und der Werknutzer somit zum Ausgleich.[777]

Der zweite Vorschlag von Förster basiert auf den Überlegungen Hoerens[778] und hat den Dreistufentest zur Grundlage. Er lautet wie folgt:

> *Jede Nutzung von Werken sollte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig sein, die weder die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers beeinträchtig noch der normalen Auswertung des Werkes zuwiderläuft.*[779]

Förster und Hoeren beschränken sich hierbei darauf, den Dreistufentest umzuformulieren, sodass dieser direkt als Schranke nutzbar gemacht werden kann.[780] Der Dreistufentest wird dabei allerdings zu einer Zweistufenschranke verkürzt, wird doch auf die Bedingung des bestimmten Sonderfalls verzichtet. Während Hoeren diesen Verzicht nicht begründet, so fügt Förster an, dass auf die erste Stufe des Tests verzichtet werden kann, da jede Verwendung, die von einem Gericht unter die Schranke subsumiert wird, ein Sonderfall darstellt.[781] Wie bei seinem *Fair Use*-basierten Vorschlag, so ist gemäss Förster auch bei der auf dem Dreistufentest aufbauenden Schrankengeneralklausel ein Rechtsfolgeabsatz anzufügen.[782] Auch bei diesem zweiten Vorschlag von Förster ist die Generalschranke somit

---

Inc., 510 U.S. 569, 578 f. (1994); siehe dazu auch Förster, 27 ff., 51 f. Hinsichtlich der konkret aufgeführten Verwendungszwecke ist allerdings fraglich, ob Förster, 218, diese bei einer Schrankengeneralklausel, die als Auffangtatbestand fungiert, ändern oder ergänzen würde, bleibt er in dieser Hinsicht doch vage; vgl. dazu bereits Fn. 772. Poeppel untersucht lediglich die Einführung einer Schrankengeneralklausel, die den Schrankenkatalog ersetzt, womit auch sein Vorschlag auf die Frage keine abschliessende Antwort liefert. Siehe allerdings zur Ergänzung der aufgeführten Verwendungszwecke Kleinemenke, 550, 554, 570, und sogleich.

777 Siehe dazu Förster, 34 f., 215, 218.

778 Hoeren, WiVerw 1994, 230, 258.

779 Förster, 215 f., 218.; vgl. auch Hoeren, WiVerw 1994, 230, 258; siehe auch SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 24, und Senftleben, JIPITEC 2010, 67, 76 f. (Rz. 54 ff.), die eine vergleichbare Formulierung vorschlagen.

780 Siehe zum Dreistufentest ausführlich Kapitel 11: V. sowie Kapitel 12: I.2.

781 Siehe Förster, 216; vgl. Hoeren, WiVerw 1994, 230, 258 f.; diese Begründung ist m.E. allerdings wenig überzeugend; so wohl auch Kleinemenke, 571 f., der es erst dann als vertretbar erachtet, auf die Bedingung der ersten Stufe zu verzichten, wenn die Bedingungen der zweiten und dritten Stufe präzisiert werden.

782 Förster, 216, 218.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als gesetzliche Lizenz auszugestalten, damit ein Interessenausgleich zwischen Urheber und Werknutzer erreicht werden kann.

Kleinemenke nutzt ebenfalls sowohl die *Fair Use*-Doktrin als auch den Dreistufentest als Vorbild; anders als Förster schlägt er hingegen nicht zwei unterschiedliche Schranken vor, sondern vereint die beiden Vorbilder in einer Schrankengeneralklausel.[783] Die daraus hervorgehende vorgeschlagene Generalklausel ist dabei wesentlich ausführlicher als noch diejenigen von Förster. Sie lautet wie folgt:

1 *Die Nutzung eines veröffentlichten urheberrechtlich geschützten Werkes, die nicht dem Anwendungsbereich einer der speziellen Schrankenbestimmungen [...] unterfällt, ist [...] zulässig, wenn sie die normale Verwertung des Werkes nicht ungebührlich beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt.*

2 *Bei der Beurteilung, ob die Nutzung die normale Verwertung des Werkes ungebührlich beeinträchtigt, sind insbesondere die Auswirkungen der Nutzung auf den [...] Verwertungsmarkt, auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes und berechtigte Interessen Dritter zu berücksichtigen.*

3 *Bei der Beurteilung, ob die Nutzung berechtigte Interessen des Rechteinhabers ungebührlich verletzt, sind auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen. Bei der Abwägung der Beeinträchtigung der beteiligten Interessen sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:*

   1. *der Zweck und der Charakter der Nutzung [...]; eine Nutzung kann insbesondere dann zulässig sein, wenn sie zum Zwecke des kritischen Kommentars, der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse, von öffentlichem Interesse, der Veranschaulichung des Unterrichts, der Lehre, der Forschung, der Zugänglichmachung für Menschen mit Behinderungen, der Förderung des Wettbewerbs, insbesondere auf Sekundärmärkten, oder der kreativen Weiterverwendung im Rahmen eigener Werkschöpfung erfolgt;*
   2. *die Art des urheberrechtlich geschützten Werkes;*
   3. *der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Werkteils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem;*
   4. *die Möglichkeit einer Kompensation durch die Zahlung eines gerechten Ausgleichs;*
   5. *die Auswirkungen der Nutzung auf die [...] Interessen des Urhebers an seinem Werk.*

783 Kleinemenke, 548 ff., 568 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4 *Für eine nach Absatz 1 zulässige Nutzung ist dem Urheber ein gerechter Ausgleich zu leisten. [...]*

5 *[...].*[784]

Kleinemenkes Anlehnung an den Dreistufentest wird insbesondere im Absatz 1 deutlich, in welchem er die zweite und dritte Bedingung des Tests (normale Verwertung; berechtigte Interessen des Rechteinhabers) explizit in die Schranke einführt. Die zweite Bedingung des Dreistufentests wird dabei allerdings leicht abgeändert. Während im Rahmen des Dreistufentests die fragliche Nutzung die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigen darf, so wird im Rahmen der Schranke lediglich gefordert, dass ebendiese normale Verwertung des – *notabene* veröffentlichten – Werks nicht *in ungebührlicher Weise* beeinträchtigt wird. Erst eine ungebührliche Beeinträchtigung vermag der Nutzung somit zu schaden.[785] Was die erste Bedingung des Dreistufentests (bestimmte Sonderfälle) betrifft, so verzichtet auch Kleinemenke – wie schon Förster und Hoeren – darauf, diese explizit zu erwähnen. Die Absätze 2 und 3 halten allerdings Kriterien fest, die die zweite und dritte Bedingung soweit präzisieren, dass die Schranke ohnehin nur auf Sonderfälle Anwendung finden kann, sodass die erste Bedingung zumindest implizit in der Schranke enthalten ist.[786] Die im Absatz 3 enthaltenen Kriterien verdeutlichen sodann die Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin, entstammen vier der fünf aufgeführten Kriterien doch ebendieser Doktrin. Im Absatz 4 fordert schliesslich auch Kleinemenke, dass die Schrankengeneralklausel als gesetzliche Lizenz auszugestalten ist, kann doch nur so ein Ausgleich der betroffenen Interessen erreicht werden.[787]

IV. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest

Möchte der schweizerische Gesetzgeber eine Schrankengeneralklausel in das Urheberrecht einführen, so müsste er zunächst sicherstellen, dass diese mit dem staatsvertraglich verankerten Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ,

784 Kleinemenke, 569 f.
785 Kleinemenke, 572 f. m.w.H.
786 Kleinemenke, 571 f.
787 Kleinemenke, 573. Die von Kleinemenke vorgeschlagene Schrankengeneralklausel ist m.E. denjenigen von Förster vorzuziehen, da sie den Anwendungsbereich der Schranke präziser absteckt, aber dennoch einen gewissen Spielraum für flexible Auslegung belässt.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT) vereinbar ist. Da der Anwendungsbereich der Schranke gemäss den Vorschlägen von Förster und Kleinemenke weder hinsichtlich des Verwendungszwecks, noch hinsichtlich der betroffenen Urheberrechte oder der begünstigten Nutzerkreise eingegrenzt wird, sind die konkrete Ausgestaltung der Schranke und deren Auslegung von zentraler Bedeutung für die Frage der Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest.[788] In der Literatur wird davon ausgegangen, dass eine Schrankengeneralklausel, die sich in ihrer konkreten Ausgestaltung am Dreistufentest orientiert – wie etwa der von Hoeren vorgebrachte und durch Förster ergänzte Formulierungsvorschlag oder derjenige von Kleinemenke –, den Anforderungen des Dreistufentests standhält,[789] werden doch die Bedingungen des Dreistufentests bei der Auslegung der Schranke notgedrungen berücksichtigt. Ebenso werden Schrankengeneralklauseln, die auf der Formulierung der *Fair Use*-Doktrin aufbauen – wie etwa der von Förster weiterentwickelte Formulierungsvorschlag von Poeppel –, als mit dem Dreistufentest vereinbar betrachtet,[790] da die Prüfungskriterien der *Fair Use*-Doktrin denjenigen des Dreistufentests gleichen.[791] Bei der Auslegung der auf der *Fair Use*-Doktrin basierenden Schrankengeneralklausel würden die Bedingungen des Dreistufentests somit implizit berücksichtigt werden. Sollte sich der schweizerische Gesetzgeber also dazu entscheiden, eine Schrankengeneralklausel in das URG aufzunehmen, so würde der Dreistufentest diesem Vorhaben nicht entgegenstehen.

V. Vor- und Nachteile

Der Vorteil einer Schrankengeneralklausel in einer der dargelegten Ausgestaltung würde zum einen darin liegen, dass sie kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen wie insbesondere diejenige der Schweiz mit ihrem traditionell starren Schrankenkatalog flexibilisieren würde. Da die Schrankengeneralklausel gemäss den Vorschlägen von Förster und Kleinemenke als gesetzliche Lizenz und damit mit einer Vergütungspflicht auszugestalten wäre, würde das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen zudem in wirtschaftlich effizienter Weise ausgestaltet werden; dies allerdings

788 Siehe allgemein dazu Brändli, Rz. 81; Förster, 191.
789 Vgl. etwa Brändli, Rz. 682, 694, 701; Kleinemenke, 571 f.
790 Vgl. etwa Brändli, Rz. 682, 687; vgl. zudem Förster, 193 ff., insbesondere 201; Kleinemenke, 484 ff., 590.
791 Siehe dazu bereits Kapitel 12: I.2. (Fn. 759).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nur für die Fälle, in denen die konkrete Bearbeitung auch tatsächlich von der Schranke erfasst würde.

Der Nachteil einer Schrankengeneralklausel wäre – trotz der Einführung als Auffangtatbestand – in der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit zu erachten. Die Tatsache, dass eine Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand fungieren würde und damit auf den bestehenden Schrankenkatalog zurückgegriffen werden könnte, würde zwar die mit dem Schrankenkatalog einhergehende Rechtssicherheit wahren. Für Werknutzungen wie etwa die Verwendung von Bearbeitungen, die allerdings nicht unter eine der bestehenden Schranken fallen und für welche die Schrankengeneralklausel Abhilfe schaffen soll, würde ebendiese Generalklausel allerdings keine zusätzliche Rechtssicherheit erzeugen. Durch ihre offene Formulierung hätte die Schrankengeneralklausel zwar das Potenzial, Werknutzungen wie die Verwendung von Bearbeitungen zu erfassen; inwieweit dieses Potenzial allerdings ausgeschöpft würde, müsste zunächst durch Rechtsprechung und Lehre präzisiert werden. Bis sich eine entsprechende Rechtsprechung entwickeln und eine differenzierte Lehrmeinung feststehen würde, würde zu einem gewissen Grad Unsicherheit darüber bestehen, in welchem Rahmen etwa Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation tatsächlich von der Schranke erfasst würden. Diese Rechtsunsicherheit würde dabei über das üblicherweise mit einer Gesetzesrevision einhergehende Mass an Rechtsunsicherheit hinausgehen, da die Schrankengeneralklausel aufgrund ihres Charakters als Generalklausel besonders viel Auslegungsspielraum lässt.

Davon abgesehen würde die Schrankengeneralklausel den Nachteil mit sich bringen, dass sie der Tradition kontinentaleuropäischer Urheberrechtsordnungen fundamental entgegenlaufen würde, baut diese doch traditionsgemäss auf einem Katalog präzise formulierter Schrankenbestimmungen auf. Während etwa in der Schweiz und auch in der EU zwar das Bewusstsein dafür, dass das Urheberrecht flexibilisiert werden muss, mittlerweile eingesetzt hat, so ist es derzeit dennoch unwahrscheinlich, dass diese Flexibilisierung dadurch erlangt wird, dass eine Schrankengeneralklausel in die jeweiligen Urheberrechtsordnungen eingeführt wird, sehen doch derzeitige Revisionsbestrebungen keine entsprechende Änderung vor;[792] dies wohl insbesondere deshalb, weil noch andere Flexibilisierungsmög-

792 Siehe für das schweizerische Urheberrecht Botschaft, BBl 2018 591 ff., die keine entsprechende Flexibilisierung vorsieht; dies gilt insbesondere auch auf europäischer Ebene, ist eine Schrankengeneralklausel doch mit dem derzeitigen europäischen Urheberrecht nicht vereinbar, siehe dazu Kleinemenke, 579 f.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichkeiten bestehen, die den kontinentaleuropäischen Traditionen besser entsprechen.[793]

VI. Zwischenergebnis

Das vorstehende Kapitel ist der Frage gewidmet, ob das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* durch eine Schrankengeneralklausel wirtschaftlich effizient ausgestaltet werden könnte. Das Kapitel beschränkt sich dabei auf die Untersuchungen Försters[794] und Kleinemenkes,[795] haben sich diese doch bereits extensiv mit der Frage beschäftigt, ob und wenn ja, wie eine Schrankengeneralklausel in das deutsche und das europäische Urheberrecht eingeführt werden sollte. Ausgangspunkt ihrer Untersuchungen ist die Erkenntnis, dass enumerative Schrankenkataloge, wie sie kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen traditionell vorsehen, zu unflexibel sind, um auf technologische Entwicklungen zu reagieren und die daraus resultierenden Werke – oftmals Bearbeitungen im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation – angemessen zu schützen. Den Untersuchungen Försters und Kleinemenkes dienten die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin sowie der in staatsvertraglichen Bestimmungen verankerte Dreistufentest als Vorbild; darauf basierend entwickelten sie konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung einer Schrankengeneralklausel.

Auch wenn sich die vorgebrachten Vorschläge für eine Schrankengeneralklausel in ihrem Detailgrad und ihrer präzisen Ausgestaltung zum Teil stark unterscheiden, so haben sie doch auch wesentliche Gemeinsamkeiten: Sowohl Förster als auch Kleinemenke sehen die Schrankengeneralklausel als Ergänzung zu einem bereits bestehenden Schrankenkatalog vor, wodurch der Generalklausel die Funktion eines Auffangtatbestandes zukommen würde. Diese Funktion als Auffangtatbestand hätte den Vorteil, dass einer Urheberrechtsordnung durch die Generalschranke Flexibilität verliehen würde, womit Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation potenziell davon erfasst würden, während gleichzeitig ein hohes Mass an Rechtssicherheit erhalten bleiben könnte. Förster und Kleinemenke sind sich des Weiteren einig, dass der Schranke eine Vergütungspflicht anzufügen wäre, sollen doch die Urheber für die Nutzungen ihrer

793 Siehe dazu etwa Kapitel 11; siehe zudem auch Förster, 216 ff.
794 Förster, passim.
795 Kleinemenke, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Werke durch Dritte angemessen entschädigt werden. Dies hätte wiederum den Vorteil, dass die Interessen der Urheber und Werknutzer zu einem gerechten Ausgleich gebracht würden; würden Bearbeitungen also von der Schrankengeneralklausel erfasst, so wäre der wirtschaftlich effiziente Zustand hergestellt.

Die Einführung einer nach Förster und Kleinemenke vorgeschlagenen Schrankengeneralklausel hätte allerdings auch zwei wesentliche Nachteile: Erstens würde Unsicherheit darüber bestehen, inwieweit Bearbeitungen tatsächlich von der Schranke erfasst würden, da der potenzielle Anwendungsbereich der Schranke erst noch durch Rechtsprechung und Lehre präzisiert werden müsste. Zweitens stehen Schrankengeneralklauseln der Tradition kontinentaleuropäischer Urheberrechtsordnungen fundamental entgegen, während gleichzeitig alternative Flexibilisierungsmöglichkeiten bestehen, die den kontinentaleuropäischen Traditionen besser entsprechen. Auch wenn eine Schrankengeneralklausel das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen und damit Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation somit *de lege ferenda* durchaus in wirtschaftlich effizienter Weise ausgestalten könnte, so bestehen dagegen doch auch berechtigte Einwände. Alternative Flexibilisierungsmöglichkeiten, die im Einklang mit kontinentaleuropäischen Traditionen stehen – wie etwa die Einführung einer Schranke für kreative Bearbeitungen – drängen sich daher wohl stärker auf.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Spindler[797] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Diskurs zur Kulturflatrate

Mit dem Begriff der Kulturflatrate 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 Kulturflatrate 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 Kulturflatrate 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 Kulturflatrate 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 Kulturflatrate 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-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 *Flatrate* – 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 Nutze 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kontrollieren, die von Gesetzes wegen zulässig sind.[809] Zweitens soll mit der Kulturflatrate 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 Kulturflatrate auf das Recht zur digitalen Verwendung von Bearbeitungen ausgedehnt werden. Spindler[812] stellt zunächst einleitend fest, dass diese Ausdehnung der Kulturflatrate durchaus naheliegend ist in Anbetracht der Möglichkeiten, die durch das *Web 2.0*[813] den Werknutzern zur Verfügung stehen.[814] Eine Kulturflatrate – also eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung –, die das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen erfasst, könnte dabei gleich ausgestaltet werden wie die derzeitig diskutierte Kulturflatrate: Sie könnte als gesetzliche Lizenz oder als kollektive Verwertungspflicht ausgestaltet werden und eine Art erweiterte Privatgebrauchsschranke[815] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 verkennt 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 eigenständigen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Kulturflatrate erfassten Rechte nicht in wirtschaftliche Konkurrenz treten mit einer individuellen Rechtsvergabe, da ebendiese 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Spindler[839] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Leeträgerabgaben, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Kulturflatrate 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 *Kulturflatrate* oder *Content Flatrate* 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 Kulturflatrate auf das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen ausgedehnt werden könnte.

Spindler hält dabei fest, dass eine um die Verwendung von Bearbeitungen erweiterte Kulturflatrate 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

würde eine Art erweiterte Privatgebrauchsschranke mit Internetanschlussabgabe darstellen. Die Gebühren könnten – wie bei der ursprünglichen Form der Kulturflatrate – ebenfalls von den Telekommunikationsdienstleistern entrichten 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.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 14: Grenzen nationaler Lösungen

Urheberrechtliche Sachverhalte spielen sich oft – insbesondere bei der Werknutzung über das Internet – im internationalen Umfeld ab. In diesem internationalen Kontext stellt sich die Frage, welches Recht auf den Sachverhalt Anwendung findet. Für schweizerische Gerichte gilt gemäss Art. 110 Abs. 1 IPRG das sog. Schutzlandprinzip;[851] dieses besagt, dass Immaterialgüterrechte[852] wie etwa Urheberrechte dem Recht des Staates unterstehen, für den der Schutz der Immaterialgüter beansprucht wird. Nachfolgend wird dargelegt, welche Konsequenzen das Schutzlandprinzip für den Geltungsbereich des schweizerischen Urheberrechts und damit für eine neu eingeführte Schranke nach sich zieht. Im Anschluss ist auf aktuelle internationale Bestrebungen einzugehen.

I. Geltungsbereich des schweizerischen Urheberrechts

Das Schutzlandprinzip besagt wie erwähnt, dass Immaterialgüterrechte dem Recht des Schutzlandes unterstehen.[853] Schweizerische Gerichte wenden somit die Bestimmungen des schweizerischen Urheberrechts nur an, wenn auch urheberrechtlicher Schutz in der Schweiz beansprucht wird. Wird hingegen vor einem schweizerischen Gericht urheberrechtlicher Schutz im Ausland beansprucht – etwa weil der Beklagte in der Schweiz wohnhaft ist (Art. 2 Abs. 1 LugÜ; Art. 109 Abs. 2 IPRG), der Kläger sein Urheberrecht allerdings im Ausland verletzt sieht –, so richtet sich das anwendbare Recht gemäss dem Schutzlandprinzip nach dem im Ausland geltenden materiellen Recht.[854] Für diese im Ausland eingetretene Verletzung

---

851 Siehe ausführlich zum Schutzlandprinzip Vischer, GRUR Int. 1987, 670, 677 ff.; Schüpbach, 46 ff.

852 Siehe zum Verweisungsbegriff BSK-IPRG/Jegher/Vasella, Art. 110 IPRG N 3 ff.; Schüpbach, 49 ff.

853 Siehe ausführlich zum Schutzlandprinzip Vischer, GRUR Int. 1987, 670, 677 ff.; Schüpbach, 46 ff.

854 Vgl. Bericht Rev. URG, 11. Die Verweisung in Art. 110 Abs. 1 IPRG ist nach h.M. als Sachnormverweisung und nicht etwa als Gesamtnormverweisung zu interpretieren, siehe dazu BSK-IPRG/Jegher/Vasella, Art. 110 IPRG N 24; Schüpbach, 95 ff.; Hilty, Rz. 441; Schwander, N 444; Brem, FS Moser, 53, 64;

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dürfte zudem für gewöhnlich auch ein Gerichtsstand im Ausland bestehen; dabei wird das ausländische Gericht gemäss dem eigenen Kollisionsrecht wiederum regelmässig das eigene materielle Recht anwenden.[855] Gerade bei Werknutzungen über das Internet ist das Ergebnis der Nutzungen – von den Fällen des sog. Geoblockings, also der Zugangssperre im Ausland abgesehen –[856] stets auch im Ausland zugänglich.[857]

Aus dieser Bedeutung des Schutzlandprinzips ergibt sich für neu in das schweizerische Urheberrecht eingeführte Schranken, dass diese den Werknutzer nur dann zu schützen vermögen, wenn der Urheber eine Verletzung seines Urheberrechts in der Schweiz geltend macht.[858] In diesen Fällen würde die Schranke greifen und die vorgenommene, von der Schranke erfasste Nutzung somit zulässig sein. In allen anderen Fällen, also in den Fällen, in denen der Urheber die Verletzung seines Urheberrechts nicht (oder nicht nur) in der Schweiz geltend macht – sei dies vor einem schweizerischen oder einem ausländischen Gericht –, würde das schweizerische Urheberrecht und damit die neue Schranke regelmässig nicht Anwendung finden, womit die vorgenommene Nutzung unter Umständen als unzulässig erachtet wird.[859] Eine neu in das schweizerische Urheberrecht eingeführte Schranke würde somit in diesen Fällen praktisch nutzlos bleiben.[860]

Um die Verwendung von Bearbeitungen auch bei internationalen Sachverhalten effizient durchzusetzen, reicht somit eine rein schweizerische Lö-

---

Locher, 17; Siehr, 208 f.; a.A. ZK-IPRG/Vischer/Mosimann, Art. 110 N 6; ders., 517, 530 f.; ders.; GRUR Int. 1987, 670, 678.

855 Siehe Bericht Rev. URG, 11; vgl. auch Hilty, Rz. 441, der darauf hinweist, dass das Schutzlandprinzip international anerkannt und im Ansatz bereits im Inländerprinzip der RBÜ enthalten ist.

856 Siehe ausführlich zum Geoblocking Tsakanakis, AJP 2016, 1656 ff.; Blatter, sic! 2016, 378, 383 f.; siehe spezifisch zum Geoblocking in der EU statt vieler Wiebe, ZUM 2016, 932 ff.; Ohly, ZUM 2016, 942 ff.; Steinrötter, EWS 2016, 17 ff.

857 Vgl. Wiebe, ZUM 2016, 932.

858 Vgl. Bericht Rev. URG, 11. Prozessrechtlich stellen Schrankenbestimmungen Verteidigungsgründe dar, die die Tatbestandsmässigkeit eines Eingriffs in das Urheberrecht ausschliessen, vgl. SHK-URG/Gasser/Oertli, Vorbem. Art. 19 URG N 18; sie sind somit ausschliesslich bei Verletzungsklagen von Relevanz, nicht jedoch bei Bestandesklagen.

859 Diese Konsequenz kann auch nicht über Art. 110 Abs. 2 IPRG umgangen werden. Art. 110 Abs. 1 IPRG sieht zwar eine beschränkte Rechtswahl vor; diese Rechtswahl ist allerdings beschränkt auf die Wahl des Rechts, das auf Ansprüche aus Verletzung von Immaterialgüterrechten Anwendung findet, siehe Hilty, Rz. 442 m.w.H.

860 Vgl. Bericht Rev. URG, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sung nicht aus; auch andere Staaten – oder idealerweise Staatenbunde wie die EU – müssten in ihrer Urheberrechtsgesetzgebung resp. in ihren Abkommen eine neue Schranke einführen, die die Verwendung von Bearbeitungen erfasst.[861]

II. Internationale Bestrebungen

In den vorstehenden Kapiteln wurde das Bedürfnis nach urheberrechtlicher Revision in der Schweiz dargelegt und mögliche Lösungsansätze im Umgang mit der Verwendung von Bearbeitungen vorgestellt. Dieses Bedürfnis nach urheberrechtlicher Revision geht allerdings über die schweizerischen Grenzen hinaus: Auch in ausländischen Urheberrechtsordnungen wird ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber und denjenigen der Werknutzer gefordert. Auf entsprechende Forderungen in der EU im Rahmen der EU Copyright Reform – es wurde eine Schranke für nutzergenerierte Inhalte verlangt – sowie auf vergleichbare U.S.-amerikanische Vorstösse, die unter dem Stichwort des *Remix Compulsory License Act* zusammengefasst werden können, wurde bereits im Detail eingegangen.[862] Während der U.S.-amerikanische Vorstoss in absehbarer Zeit wohl kaum seinen Weg in den Copyright Act finden wird,[863] so ist die Revision der Urheberrechts in der EU bereits in vollem Gange. Die neu vorgesehene Schranke für nutzergenerierte Inhalte wird allerdings – anders als ursprünglich gefordert – auf kreative Bearbeitungen keine Anwendung finden, womit das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation auch auf europäischer Ebene unverändert in wirtschaftlich ineffizienter Weise ausgestaltet ist. Es bleibt somit derzeit nichts anderes als die Hoffnung, dass die beiden Vorstösse auf europäischer und U.S.-amerikanischer Ebene früher oder später in den entsprechenden Urheberrechtsordnungen Berücksichtigung finden.

Bereits erfolgreich umgesetzte Revisionsbestrebungen hinsichtlich der Verwendung von Bearbeitungen konnten allerdings in Singapur, Israel und Südkorea verzeichnet werden: Im Jahr 2005 (Singapur) resp. 2007 (Israel) und 2012 (Südkorea) wurde eine *Fair Use*-Schranke in die jeweiligen Urhe-

---

861 Siehe dazu auch Hoffmann-Riem, 443 f.

862 Siehe zur EU Copyright Reform Kapitel 11: VII.; siehe zum U.S.-amerikanischen *Remix Compulsory License Act* Kapitel 11: I.2.

863 Vgl. etwa U.S. Task Force White Paper on Remix, 24; siehe dazu bereits Kapitel 11: I.2. (Fn. 532).

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berrechtsgesetzgebungen eingeführt, womit ein flexiblerer Umgang hinsichtlich der Verwendung von Bearbeitungen erreicht werden konnte.[864] Entsprechende Bestrebungen in Australien fanden zuletzt im Jahr 2017 einen Abbruch.[865]

Davon abgesehen sind die Bestrebungen zur Flexibilisierung zwar in vieler Munde; wesentliche Veränderungen können bis anhin allerdings noch keine verzeichnet werden. Nichtsdestotrotz ist es an der Zeit, die Urheberrechtsgesetzgebung an die neuen Nutzungsmöglichkeiten anzupassen und flexibler auszugestalten. Die Schweiz wäre daher gut beraten, in einer nächsten Urheberrechtsrevision Schritte zur Flexibilisierung des Urheberrechts einzuleiten und damit die Verwendung von Bearbeitungen effizient auszugestalten.

---

864 Siehe Hargreaves/Hugenholtz, 13 Lisbon Council Policy Brief 1, 4 (2013); vgl. dazu auch ALRC Report 122, 107.

865 Vgl. dazu ALRC Report 122, 87 ff.; Australian Government Response to IP Arrangements, 7.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 15: Ergebnis zum 4. Teil

Im 4. Teil der vorliegenden Abfassung wurde untersucht, ob der schweizerische Gesetzgeber durch eine Ergänzung des Schrankenkatalogs um neue Schranken das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen wirtschaftlich effizient durchsetzen könnte. Dabei wurden drei denkbare Optionen untersucht: eine Schranke für kreative Bearbeitungen (Kapitel 11), eine Schrankengeneralklausel (Kapitel 12) und eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung (Kapitel 13). Abschliessend wurden die Grenzen einer rein nationalen Lösung aufgezeigt (Kapitel 14).

Eine Schranke für kreative Bearbeitungen könnte auf den Bestimmungen für Coverversionen des schweizerischen und des U.S.-amerikanischen Rechts sowie auf dem U.S.-amerikanischen Vorstoss der *Remix Compulsory License* und der schweizerischen Parodieschranke aufbauen und als gesetzliche Lizenz systematisch unter dem Art. 11 URG eingegliedert werden. Unter dem Begriff der kreativen Bearbeitungen wären dabei Bearbeitungen zu verstehen, die in quantitativer Hinsicht mindestens sechs vorbestehende Werke zu einem neuen Werk vereinen und in qualitativer Hinsicht einen erhöhten individuellen Charakter aufweisen. Damit könnte für die Verwendung kreativer Bearbeitungen der wirtschaftlich effiziente Zustand herbeigeführt werden. Diese Lösung würde allerdings zulasten der Parteiautonomie der Urheber gehen; zudem hätte sie eine gewisse Rechtsunsicherheit sowie langwierige Tarifverhandlungen zur Folge. Diese Nachteile stellen in Anbetracht der damit erreichten Flexibilität und Effizienz allerdings ein geringes Übel dar.

Eine Schrankengeneralklausel könnte sich die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin sowie den Dreistufentest als Vorbild nehmen und als Auffangtatbestand den bestehenden Schrankenkatalog ergänzen. Diese Lösungsoption hätte den Vorteil, dass einer Urheberrechtsordnung trotz abschliessendem Schrankenkatalog eine gewisse Flexibilität verliehen wird, während gleichzeitig ein hohes Mass an Rechtssicherheit erhalten bleibt. Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation werden potenziell von der Generalklausel erfasst, womit das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen unter Umständen effizient durchgesetzt wird. Diese Lösungsoption hätte allerdings auch den Nachteil, dass der potenzielle Anwendungsbereich der Schrankengeneralklausel erst noch durch die Gerichte präzisiert werden müsste und daher noch Unsicherheit darüber besteht, inwieweit

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bearbeitungen tatsächlich von der Schranke erfasst würden. Zudem stehen Generalklauseln der Tradition kontinentaleuropäischer Urheberrechtsordnungen fundamental entgegen.

Eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung könnte, wie bereits von Lehre und aktuellen Revisionsbestrebungen gefordert wird, als neue Schranke in der Form einer gesetzlichen Lizenz in das Urheberrecht eingeführt werden; die unter dem Stichwort *Kulturflatrate* oder *Content Flatrate* geforderte Schranke müsste allerdings um das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen ergänzt werden, sodass künftig die Weitergabe und Vervielfältigung von Bearbeitungen im digitalen Umfeld zulässig wären. Diese Lösungsoption hätte insbesondere den Vorteil, dass Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation im digitalen Umfeld effizient durchgesetzt werden könnten; sie hätte allerdings auch den primären Nachteil, dass sie zu einer Verletzung von staatsvertraglichen Bestimmungen führen würde, da eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung am Dreistufentest scheitert. Zudem vermag die Schranke Bearbeitungen nur im digitalen Umfeld effizient durchzusetzen; die ineffiziente Durchsetzung des Bearbeitungsrechts im analogen Bereich bliebe unverändert.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung keine gangbare Lösung für das schweizerische Urheberrecht darstellt, da die damit einhergehenden Nachteile – insbesondere die Unvereinbarkeit mit dem staatsvertraglich verankerten Dreistufentest – zu schwer wiegen. Eine Schranke für kreative Bearbeitungen und eine Schrankengeneralklausel stellen allerdings durchaus denkbare Lösungsoptionen dar, um das schweizerische Urheberrecht zu flexibilisieren und damit das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen wirtschaftlich effizient durchzusetzen. Da eine Schrankengeneralklausel allerdings der Tradition kontinentaleuropäischer Urheberrechtsordnungen fundamental entgegensteht und gleichzeitig mit der Schranke für kreative Bearbeitungen eine alternative Flexibilisierungsmöglichkeit besteht, drängt sich letztere wohl stärker auf. Dies ist auch jüngeren Urheberrechtsreformbestrebungen in der EU zu entnehmen, lassen diese doch erkennen, dass der derzeitige Zeitgeist gerade auf eine solche Ergänzung um konkrete Schranken und nicht etwa auf eine Ergänzung um eine Generalklausel gerichtet ist. Der schweizerische Gesetzgeber ist daher gut beraten, eine Schranke für kreative Bearbeitungen in das Urheberrecht aufzunehmen. Alsdann wäre zu hoffen, dass ausländische Urheberrechtsordnungen oder gar internationale Abkommen mit dem schweizerischen Urheberrecht gleichziehen, vermag doch eine nationale Insellösung – zumindest praktisch – wenig zu bewir-

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ken. Die Rolle einer Vorreiterin in einem längst überfälligen Revisionsprozess wäre dem schweizerischen Urheberrecht aber allemal sicher.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenfassung in Thesen

1. Das Urheberrecht steckt in einer Legitimationskrise, da neue Technologien das Bearbeiten von vorbestehenden Werken durch Werknutzer erleichtern, die Werknutzer unter dem URG allerdings nur beschränkt dazu berechtigt sind. Das Urheberrecht kann deshalb auch als Klotz am Bein des neuen Kreativen bezeichnet werden.
2. Sequenzielle Innovation ist das Phänomen, das durch neue Technologien erheblich an Aufwind erfuhr resp. im heute bekannten Ausmass erst ermöglicht wurde. Mit sequenzieller Innovation wird Bezug genommen auf Werke, die auf zeitlich vorangegangene Werke folgen, wobei sich das zeitlich zweite Werk das zeitlich erste Werk zu Nutze macht. Es sind drei Kategorien sequenzieller Innovation zu unterscheiden: freie Benutzungen, Parodien und Bearbeitungen.
3. Wird sequenzielle Innovation geschaffen und verwendet, so steht die Nutzungshandlung des Bearbeitens resp. das Bearbeitungsrecht im Vordergrund.
4. Urheberrechte internalisieren die positiven externen Effekte, die Werke als öffentliche Güter auf die Gesellschaft haben. Das URG weist dazu gewisse Nutzungshandlungen ausschliesslich dem Urheber zu. Andere Nutzungshandlungen werden nicht ausschliesslich dem Urheber zugewiesen und stehen damit jedermann zu; bezüglich dieser Nutzungen besteht Nutzungsfreiheit.
5. Die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt ist maximiert, wenn das Nutzungsrecht beim effizienten Nutzer zu liegen kommt. Der effiziente Nutzer ist derjenige Nutzer, der dem Recht am meisten Wert beimisst.
6. Wird ein Recht ausschliesslich dem Urheber zugewiesen, so kann dieses auf zwei unterschiedliche Arten durchgesetzt werden: als Verbotsrecht oder als Entschädigungsrecht.
7. Wirtschaftlich betrachtet ist der Werknutzer der effiziente Nutzer zur Schaffung und Verwendung von freien Benutzungen und Parodien; er ist ebenfalls der effiziente Nutzer zur Schaffung von Bearbeitungen. Was die Verwendung von Bearbeitungen anbelangt, so ist allerdings der Urheber der effiziente Nutzer. Aus wirtschaftlicher Sicht ist ihm daher ein ausschliessliches Recht zur Verwendung von Bearbeitungen zuzuweisen, wobei dieses Recht aus Effizienzgründen als Entschädigungsrecht durchzusetzen ist.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

8. *De lege lata* ist das Recht zur Erstellung und Verwendung von freien Benutzungen und Parodien bereits in wirtschaftlich effizienter Weise dem Werknutzer und damit jedermann zugewiesen. Das Recht zur Erstellung und Verwendung von Bearbeitungen ist ebenfalls bereits in wirtschaftlich effizienter Weise zugewiesen, steht doch das Recht zur Erstellung von Bearbeitungen dem Werknutzer, das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen in der Form eines Kontrollrechts allerdings ausschliesslich dem Urheber zu. Was die Durchsetzung ebendieses ausschliesslichen Rechts zur Verwendung von Bearbeitungen anbelangt, liegt allerdings ein Marktversagen vor, wird doch das Recht als Verbotsrecht durchgesetzt und nicht etwa als Entschädigungsrecht – letzteres entspräche dem wirtschaftlich effizienten Zustand. Die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt könnte somit gesteigert und das Marktversagen behoben werden, wenn das Recht des Urhebers zur Verwendung von Bearbeitungen nicht als Verbotsrecht, sondern als Entschädigungsrecht durchgesetzt würde.
9. *De lege lata extensa* kann das Marktversagen nicht über die Parodieschranke behoben werden. Auch wenn eine extensive Auslegung des Begriffs *mit Parodien vergleichbare Abwandlungen* durchaus denkbar ist und die Verwendung von Bearbeitungen damit von der Schranke erfasst werden könnte, so würde doch ebendiese Auslegung nicht zum wirtschaftlich effizienten Ergebnis führen. Dies deshalb, weil die Parodieschranke als umfassende Schranke ausgestaltet ist und damit das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen nicht nur einwilligungs-, sondern auch vergütungsfrei ausgestaltet würde, zieht doch eine umfassende Schranke keine Vergütungspflicht nach sich.
10. *De lege lata extensa* kann das Marktversagen auch nicht über die Zitatschranke behoben werden. Auch wenn es durchaus denkbar ist, die zulässigen Zitatzwecke um den Zweck des Zitierens um seiner selbst willen zu ergänzen, so würde diese Auslegung wiederum nicht zum wirtschaftlich effizienten Ergebnis führen. Dies deshalb, weil die Zitatschranke, wie auch die Parodieschranke, als umfassende Schranke ausgestaltet ist und damit auch hier gilt, dass das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen dadurch sowohl einwilligungs- als auch vergütungsfrei ausgestaltet würde.
11. *De lege ferenda* könnte die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt gesteigert werden, indem das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen über eine Schranke für kreative Bearbeitungen als Entschädigungsrecht durchgesetzt würde. Dadurch könnten Werknutzer einwilligungsfrei kreative Bearbeitungen schaffen – also Bearbeitungen, die für die

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

künstlerische Innovation von besonderem Wert sind –; sie würden dem Urheber dafür allerdings eine Vergütung schulden. Bearbeitungen, die das notwendige Mass an Kreativität nicht erreichen, würden von der Schranke nicht erfasst werden. In diesen Fällen könnte der wirtschaftlich effiziente Zustand ohnehin bereits durch entsprechende Transaktion erreicht werden, da die Transaktionskosten aufgrund der geringeren Anzahl verwendeter Werke in diesen Fällen gering ausfallen.

12. *De lege ferenda* könnte die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt auch gesteigert werden, indem eine Schrankengeneralklausel in das schweizerische Urheberrecht eingeführt würde. Diese Schrankengeneralklausel würde gewisse Verwendungen von Bearbeitungen zu erfassen vermögen und damit in diesen Fällen das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen als Entschädigungsrecht durchsetzen. Die Einführung einer Schrankengeneralklausel würde allerdings eine Abkehr von der schweizerischen Urheberrechtstradition bedeuten, werden doch im URG nach kontinentaleuropäischer Manier traditionell spezifische Schrankenbestimmungen normiert. Alternative Flexibilisierungsmöglichkeiten, die im Einklang mit kontinentaleuropäischer Tradition stehen – wie etwa die Einführung einer Schranke für kreative Bearbeitungen – sind daher zu bevorzugen.
13. *De lege ferenda* könnte die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt zudem gesteigert werden, indem eine Schranke für nichtkommerzielle Verwendung in das schweizerische Urheberrecht eingeführt würde, wären dadurch doch alle nichtkommerziellen Verwendungen von Bearbeitungen gegen Bezahlung einer Gebühr zulässig. Eine ebensolche Schranke für nichtkommerzielle Nutzungen würde allerdings mit internationalen Übereinkommen in Konflikt stehen, wäre sie doch mit dem Dreistufentest nicht vereinbar.
14. Eine Schranke für kreative Bearbeitungen ist somit am besten dazu geeignet, das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen in wirtschaftlich effizienter Weise durchzusetzen – durch sie kann das derzeit vorliegende Marktversagen abgewendet und damit die Legitimationskrise des Urheberrechts überwunden werden.
15. Eine nationale Insellösung vermag allerdings praktisch wenig zu überzeugen. Es bedarf vergleichbarer Revisionslösungen in weiteren nationalen Rechtsordnungen oder – besser noch – in internationalen Abkommen. Nur so kann das Urheberrecht gewährleisten, dass Bearbeitungen künftig in wirtschaftlich effizienter Weise verwendet werden können.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schlussbetrachtung

Mit der vorliegenden Abfassung wurde das Phänomen sequenzieller Innovation und damit zusammenhängend das Bearbeitungsrecht untersucht. Eine wirtschaftliche Analyse ebendieses Bearbeitungsrechts hat ergeben, dass *de lege lata* ein Marktversagen vorliegt, da das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen als Teilaspekt des Bearbeitungsrechts in der Form eines Verbotsrechts des Urhebers ausgestaltet ist; die Form des Entschädigungsrechts würde allerdings den wirtschaftlich effizienten Zustand herbeiführen resp. diesem näher kommen. Diese ineffiziente Rechtslage, so wurde ausführlich dargelegt, kann auch nicht über eine extensive Auslegung des geltenden Rechts beseitigt werden. Es wurde daher nach möglichen Lösungsansätzen gesucht, die *de lege ferenda* den wirtschaftlich effizienten Zustand herstellen könnten.

Von den untersuchten Ansätzen wäre insbesondere die Schranke für kreative Bearbeitungen zielführend. Diese könnte als zusätzliche Schranke in den bestehenden Schrankenkatalog eingeführt werden und Bearbeitungen erfassen, die in qualitativer und quantitativer Hinsicht den geforderten Kreativitätsstandard erfüllen. Die Schranke wäre dabei mit einem Rechtsfolgeabsatz zu ergänzen, der vorsieht, dass derjenige, der eine kreative Bearbeitung verwendet, dem Urheber eine Vergütung schuldet. Bearbeitungen, die von der Schranke erfasst würden, wären daher einwilligungsfrei zulässig. Eine Schranke für kreative Bearbeitungen würde somit die Interessen der Werknutzer zu fördern vermögen und damit den kulturellen Fortschritt antreiben; in Anlehnung an Krusemarcks Analogie zum Klotz am Bein der neuen Kreativen[866] könnte die Schranke somit als dringend benötigter Gehstock bezeichnet werden, der den neuen Kreativen den Gang in eine kreative und innovative Zukunft ermöglicht.

Mit der aktuellen Revision des schweizerischen Urheberrechts wurde es bedauerlicherweise verpasst, das Phänomen der sequenziellen Innovation zu berücksichtigen. Im internationalen Vergleich hinkt das schweizerische Urheberrecht damit hinterher, greifen doch aktuelle Bestrebungen etwa in der EU im Rahmen der EU Copyright Reform oder in den U.S.A. unter dem Stichwort des *Remix Compulsory License Act* das Phänomen der sequenziellen Innovation auf. Dass diese Bestrebungen Früchte tragen wer-

866 Krusemarck, 13; siehe dazu auch Einleitung: I.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den, ist zwar sowohl aus europäischer als auch aus U.S.-amerikanischer Sicht in absehbarer Zeit unwahrscheinlich; nichtsdestotrotz wurde das Bedürfnis nach Revision zumindest erkannt und der Diskurs aufgegriffen. Es ist zu hoffen, dass entsprechende Schritte in naher Zukunft auch in der Schweiz unternommen werden; mit der vorliegenden Untersuchung sei zumindest ein erster Anstoss dazu gegeben.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Ahlberg Hartwig/Götting Horst-Peter (Hrsg.), Kommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2018 (zit. Möhring/Nicolini/Bearbeiter)

Aigrain Philippe, Sharing, Culture and the Economy in the Internet Age, Amsterdam 2012

Amini Seyavash, Digitale Kultur zum Pauschaltarif?, Baden-Baden 2017

Andermatt Adrian, Das Recht an im Arbeitsverhältnis geschaffenen immaterialgüterrechtlich geschützten Erzeugnissen, Bern 1999

Apel Simon, Digital Sound Sampling und US-Copyright – (No) „Bright-Line-Rule"?, in: Hennemann M./Sattler A. (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, Freiburg 2017, 237 ff.

Ders., „Metall auf Metall" und § 24 UrhG im „Trans Europa Express" nach Luxemburg, K&R 2017, 563 ff.

Arrow Kenneth, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in: National Bureau of Economic Research (Hrsg.), The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, New York 1962, 609 ff.

Ashtar Reuven, Theft, Transformation, and the Need of the Immaterial: A Proposal for a Fair Use Digital Sampling Regime, 19 Alb. L.J. Sci. & Tech. 261 ff. (2009)

Auf der Maur Rolf, Multimedia: Neue Herausforderung für das Urheberrecht, AJP 1995, 435 ff.

Baroni Michael, A Pirate's Palette: The Dilemmas of Digital Sound Sampling and a Proposed Compulsory License Solution, 11 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 65 ff. (1993)

Barrelet Denis/Egloff Willi, Das neue Urheberrecht: Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008

Bechtold Stefan, Vom Urheber- zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, München 2002

Ders., Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2008, 484 ff.

Bengeser Nicole, Der Dreistufentest im internationalen, europäischen und deutschen Urheberrecht, Aachen 2015

Berger Mathis, Irrtum: Das Urheberrecht regelt den Schutz von Urheberinnen und Urhebern von Werken der Literatur und Kunst, in: Berger M./ Macciacchini S. (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto Hilty, Basel 2008, 3 ff.

Bessen James/Maskin Eric, Sequential Innovation, Patents, and Imitation, 40 RAND J.Econ. 611 ff. (2009)

Bisges Marcel, Ökonomische Analyse des Urheberrechts, ZUM 2014, 930 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Blatter Marc, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, sic! 2016, 378 ff.

Blume Huttenlauch Anna, Appropriation Art, Baden-Baden 2010

Brändli Sandra, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme, Bern 2017

Braun Stefan, Der Irrtum mit der Doppelschöpfung, DS 2015, 55 ff.

Braun Ilja, Grundeinkommen statt Urheberrecht?, Bielefeld 2014

Brem Ernst, Das Immaterialgüterrecht im zukünftigen IPR-Gesetz, in: Schwander I. (Hrsg.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Rudolf Moser, Zürich 1987, 53 ff.

von Büren Roland/David Lukas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bd. II/1, 2. Aufl., Basel 2006 (zit. Bearbeiter, SIWR II/1, 2. Aufl.)

Dies. (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bd. II/1, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. Bearbeiter, SIWR II/1)

Calabresi Guido/Melamed Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harvard L. Rev. 1089 ff. (1972)

Carroll Michael, Fixing Fair Use, 85 N.C. L. Rev. 1087 ff. (2007)

Carron Blaise/Kraus Daniel/Krüsi Melanie/Férolles Yann, Das Urheberrecht der Planer, Zürich 2014

Coase Ronald, The Problem of Social Cost, 3 J.L. & Econ. 1 ff. (1960)

Cohen Julie/Loren Lydia/Okediji Ruth/O'Rourke Maureen, Copyright in a Global Information Economy, 4. Aufl., New York 2015

Darling Kate, Contracting About the Future: Copyright and New Media, 10 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 485 ff. (2012)

Von Büren Roland/David Lukas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl., Basel 2011 (zit. Bearbeiter, SIWR I/2)

Demsetz Harold, Information and Efficiency: Another Viewpoint, 12 J.L. & Econ. 1 ff. (1969)

Denicola Robert, Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works, 69 Rutgers U.L. Rev. 251 ff. (2016)

Dessemontet François, Le droit d'auteur, Lausanne 1999

Dobretsberger Barbara, Formenlehre, Formen der Instrumentalmusik, Salzburg 2014

Döhl Frédéric, Mashup in der Musik, Bielefeld 2016

Dreier Thomas/Schulze Gernot (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz: Kommentar, 6. Aufl., München 2018 (zit. Dreier/Schulze/Bearbeiter)

Egloff Willi, Bezahlter Download zum Eigengebrauch? – Zur Tragweite des neuen Art. 3bis URG, medialex 2011, 72 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ders., Extended Collective Licenses – Ein Modell auch für die Schweiz?, sic! 2014, 671 ff.

Ders., Geschichten vom Urheberrecht, Bern 2017

Ders., Urheberrechtsabgaben für digitale Speichergeräte, Anmerkung zum Bundesgerichtsentscheid vom 19. Juni 2007, medialex 2007, 136 ff.

Eidenmüller Horst, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 2015

Elkin-Koren Niva/Fischman-Afori Orit, Rulifying Fair Use, 59 Ariz. L. Rev. 161 ff. (2017)

Engelkamp Paul/Sell Friedrich, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl., Berlin 2017

Fischer Thomas, Europäisches Urheberrecht, Hamburg 2016

Fisher William, Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment, Stanford 2004

Ders., Reconstructing the Fair Use Doctrine, 101 Harvard L. Rev. 1659 ff. (1988)

Fitzner Julia, Von Digital-Rights-Management zu Content Identification, Baden-Baden 2011

Förster Achim, Fair Use, Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenkatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, Tübingen 2008

Fritsch Michael, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl., München 2018

Fröhlich Axel, Der Schutz von baulichen Schöpfungen durch das deutsche Urheberrecht und das US-Copyright Law, Frankfurt 2005

Gasser Christoph/Morant Marc, Das Zitatrecht im Lichte von „Kreis v. Schweizerzeit", sic! 2006, 229 ff.

Geiger Christophe, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty R./Peukert A. (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 143 ff.

Ders., Irrtum: Schranken des Urheberrechts sind Ausnahmebestimmungen, in: Berger M./Macciacchini S. (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto Hilty, Basel 2008, 77 ff.

Gelke Erik, Mashups im Urheberrecht, Baden-Baden, 2013

von Goethe Johann, Goethes Werke, Schriften zur Kunst, Schriften zur Literatur, Maximen und Reflexionen, Bd. 12, 9. Aufl., München 1981

Goldhammer Michael, Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, Tübingen 2012

Goldmann Bettina/Liepe Andreas, Vertrieb von kopiergeschützten Audio-CDs in Deutschland, ZUM 2002, 362 ff.

Graber Christoph, Beobachtungsstelle für Technische Massnahmen im Urheberrecht: Erste Erfahrungen und Prüfung von Handlungsbedarf im Bereich der Wissenschaft, sic! 2010, 329 ff.

de Grahl Julian, Die Durchsetzung von Urheberrechten im digitalen Zeitalter, Frankfurt 2008

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Haedicke Maximilian, Beschränkung der Parodiefreiheit durch europäisches Urheberrecht?, GRUR Int. 2015, 664 ff.

Handke Christian, Urhebervergütung im digitalen Zeitalter – Der internationale Forschungsstand, Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2016

Handle Marco, Der urheberrechtliche Schutz der Idee, Bern 2013

Hansen Gerd, Warum Urheberrecht?, Baden-Baden 2009

Hargreaves Ian/Hugenholtz Bernt, Copyright Reform for Growth and Jobs, Modernising the European Copyright Framework, 13 Lisbon Council Policy Brief 1 ff. (2013)

Harper Emily, Music Mashups: Testing the Limits of Copyright Law as Remix Culture Takes Society by Storm, 39 Hofstra L. Rev. 405 ff. (2011)

Hasse Anja, Parodie versus Parody, Göttingen 2001

Hauschildt Jürgen, Facetten des Innovationsbegriffs, in: Hoffmann-Riem W./Schneider J.-P. (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, Baden-Baden 1998, 29 ff.

Hefti Ernst, Die Parodie im Urheberrecht, Berlin 1977

Heinrich Peter, Kommentar zum schweizerischen Patentgesetz und den entsprechenden Bestimmungen des europäischen Patentübereinkommens, 3. Aufl., Bern 2018

Hens Thorsten/Pamini Paolo, Grundzüge der analytischen Mikroökonomie, Berlin 2008

Hertig Randall Maya, Le regard d'une constitutionnaliste sur la parodie des marques, in: Kunz P./Herren D./Cottier T./Matteotti R. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 415 ff.

Hertin Paul, Das Musikzitat im deutschen Urheberrecht, GRUR 1989, 159 ff.

Hilty Reto, Urheberrecht, Bern 2011

Ders., Vergütungssystem und Schrankenregelungen, Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819 ff.

Hoeren Thomas, Rundfunk- und Fernsehanstalten im Internet – urheberrechtliche Grundlagen und Einzelaspekte, WiVerw 1994, 230 ff.

Ders., Sieben Beobachtungen und eine Katastrophe, sic! 2014, 212 ff.

Hoffmann-Riem Wolfgang, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016

Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Schnyder Anton/Berti Stephen (Hrsg.), Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK-IPRG/Bearbeiter)

Ineichen Markus, Das urheberrechtlich geschützte Werk als Zeichen für Waren und Dienstleistungen, Bern 2002

Janssens Marie-Christine, The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Territory of Literary, Musical and Artistic Creation, in: Derclaye E. (Hrsg.), Research Handbook on the Future of EU Copyright, Cheltenham 2009, 317 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jenny Reto, Zum Verletzerzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2004, 651 ff.

Kempf Claudia/Korrodi Martin, Erstmals seit 20 Jahren werden wieder Werke gemeinfrei, SUISAinfo 1.14, 8 f.

Kleinemenke Manuel, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, Baden-Baden 2013

Koelman Kamiel, Copyright Law and economics in the EU Copyright Directive: Is the droit d'auteur passe?, IIC 2004, 603 ff.

Kramer Ernst, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2016

Krusemarck Philipp, Die abhängige Schöpfung im Recht des geistigen Eigentums, Tübingen 2013

Kummer Max, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968

Landes William/Posner Richard, An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. Legal Studies 325 ff. (1989)

Dies., The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge 2003

LaPolt Dina/Rosenthal Jay/Meller John, A Response to Professor Menell: A Remix Compulsory License is Not Justified, 38 Columbia J.L. & Arts 365 ff. (2015)

Laux Christian, Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgericht, sic! 2008, 462 ff.

Lemley Mark, The Economics of Improvement in Intellectual Property Law, 75 Tex. L. Rev. 989 ff. (1997)

Lessig Lawrence, Remix, Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy, New York 2008

Lieberman Nicole, Un-Blurring Substantial Similarity: Aesthetic Judgments and Romantic Authorship in Music Copyright Law, 6 N.Y.U. J. of Intell. Prop. & Ent. L. 91 ff. (2016)

Lim Fredrich, Recent Development: Grey Tuesday Leads to Blue Monday? Digital Sampling of Sound Recordings After the Grey Album, 2004 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 369 ff. (2004)

Locher Felix, Das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht der Immaterialgüterrechte aus urheberrechtlicher Sicht, Zürich 1993

Lötscher Samuel, Die Markenparodie, Bern 2017

Loewenheim Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010 (zit. Loewenheim/Bearbeiter)

Loewenheim Ulrich/Leistner Matthias/Ohly Ansgar (Hrsg.), Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl., München 2017 (zit. Schricker/Loewenheim/Bearbeiter)

Lohri-Kerekes Andrea, Grenzen der Urheberrechtsdurchsetzung in der Schweiz mittels Filtern und Sperren im Internet, Zürich 2017

Lutz Martin, Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht, Zürich 1964

Macciacchini Sandro, Die urheberrechtlich schützbare Doppelschöpfung: Ein populärer Irrtum, sic! 2004, 351 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ders., Irrtum: Die Doppelschöpfung ist urheberrechtlich schützbar, in: Berger M./Macciacchini S. (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto Hilty, Basel 2008, 25 ff.

Marbach Eugen/Ducrey Patrik/Wild Gregor, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017

May Christopher, Digital Rights Management, Oxford 2007

Metzger Axel/Zech Herbert (Hrsg.), Sortenschutzrecht, Kommentar, München 2016 (zit. Metzger/Zech/Bearbeiter)

McLeod Kembrew/DiCola Peter, Creative License, The Law and Culture of Digital Sampling, Durham 2011

Menell Peter, Adapting Copyright for the Mashup Generation, 164 U. Penn. L. Rev. 441 ff. (2016)

Ders., This American Copyright Life: Reflections on Re-Equilibrating Copyright for the Internet Age, 61 J. Copyright Soc'y 235 ff. (2014)

Merges Robert, Justifying Intellectual Property, Cambridge 2011

Merges Robert/Menell Peter/Lemley Mark, Intellectual Property in the New Technological Age, 6. Aufl., New York 2012

Merton Robert, Auf den Schultern von Riesen: Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit, Frankfurt am Main 1980

Mijatovic Ivan, Kreativität als Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von Geisteserzeugnissen, Bern 2006

von Moltke Bertram, Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft, Baden-Baden 1992

Mongillo David, The Girl Talk Dilemma: Can Copyright Law Accommodate New Forms of Sample-Based Music, 9 Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 1 ff. (2009)

Morant Marc, Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht, Basel 2006

Müller Barbara/Oertli Reinhard (Hrsg.), Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012 (zit. SHK-URG/Bearbeiter)

Müller-Chen Markus/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-IPRG/Bearbeiter)

Neff Emil/Arn Matthias, Erster Teil: Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: von Büren R./David L. (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Urheberrecht im EDV-Bereich, Bd. II/2, Basel 1998 (zit. Neff/Arn, SIWR II/2)

Ohly Ansgar, Geoblocking zwischen Wirtschafts-, Kultur-, Verbraucher- und Europapolitik, ZUM 2015, 942 ff.

Ders., Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung" im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, 964 ff.

Osterberg Eric, Should Sound Recordings Really Be Treated Differently than Other Copyrighted Works? The Illogic of Bridgeport v. Dimension Films, 53 J. Copyright Soc'y 619 ff. (2006)

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pareto Vilfredo, Cours d'économie politique, Lausanne 1896

Patry William, Patry on Fair Use, Minnesota 2017

Poeppel Jan, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005

Polinsky Mitchell, An Introduction to Law and Economics, 5. Aufl., New York 2018

Pote Michael, Mashed-Up in Between: The Delicate Balance of Artists' Interests Lost Amidst the War on Copyright, 88 N.C. L. Rev. 639 ff. (2010)

Rehbinder Manfred (Hrsg.), Das Urheberrecht im Arbeitsverhältnis, Bern 1983 (zit. Urheberrecht im Arbeitsverhältnis)

Ders., Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000 (zit. Urheberrecht)

Rehbinder Manfred/Viganò Adriano, URG: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit ausführenden Verordnungen, Nebengesetzen, zwischenstaatlichen Verträgen (insbesondere WIPO- und TRIPS-Abkommen, RBÜ und Rom-Abkommen), weiteren Materialien sowie Sachregister, 3. Aufl., Zürich 2008

Reich Michael, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, München 2004

Riemer Hans, Persönlichkeitsrechte und Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ff. ZGB im Verhältnis zum Datenschutz-, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, sic! 1999, 103 ff.

Rigamonti Cyrill, Urheberpersönlichkeitsrechte, Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber- und Persönlichkeitsrecht, Bern 2013

Rossnagel Alexander/Jandt Silke/Schnabel Christoph/Yliniva-Hoffmann Anne, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, Saarbrücken 2009

Ruedin Pierre-Emmanuel, La citation en droit d'auteur, Basel 2010

Ruedin Pierre-Emmanuel/Tissot Nathalie, La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet, Essai sur la portée de l'art. 19 al. 3bis nLDA, sic! 2008, 417 ff.

Rüdlinger Katharina, Der Urheber im Arbeitsverhältnis aus rechtsvergleichender Sicht, Basel 1995

Runge Philipp, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, 130 ff.

Sag Matthew, Predicting Fair Use, 73 Ohio St. L.J. 47 ff. (2012)

Salagean Emil, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, Baden-Baden 2008

Salvadé Vincent, L'exception de parodie ou les limites d'une liberté, medialex 1998, 92 ff.

Samuelson Pamela, Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works, 47 Pitt. L. Rev. 1185 ff. (1986)

Schäfer Hans-Bernd/Ott Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schmidt-Gabain Florian, Die Schweiz braucht keinen irrlichternden Lichtbildschutz, NZZ vom 1. Februar 2018, 8

Schricker Gerhard, Anmerkung zu BGH, 3. Februar 1988, I ZR 142/86 „Ein bisschen Frieden", GRUR 1988, 812 ff.

Ders., Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, GRUR 1992, 242 ff.

Schüpbach Lionel, Das Schutzlandprinzip im Urheberkollisionsrecht: Eine kritische Untersuchung, Basel 2018

Schütz Christoph, Was folgt auf die Totgeburt von Art. 37a E-URG?, medialex 2016, 89 ff.

Schwander Ivo, Einführung in das internationale Privatrecht: Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1998

Schwenninger Marc/Inglin Reto, Die Schwierigkeiten des Bundesgerichts mit der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung bei Urheberrechts-verletzungen, in: Böhme A./Gähwiler F./Theus Simoni F./Zuberbühler I. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, 459 ff.

Senftleben Martin, Bridging the Differences Between Copyright's Legal Traditions – The Emerging EC Fair Use Doctrine, 57 J. Copyright Soc'y 521 ff. (2010)

Ders., Copyright, Limitations and the Three-Step-Test, Den Haag 2004 (zit. Three-Step-Test)

Ders., Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: Hilty R./Peukert A. (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 159 ff. (zit. Schranken des Urheberrechts)

Ders., Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200 ff.

Ders., The International Three-Step Test, A Model Provision for EC Fair Use Legislation, JIPITEC 2010, 67 ff.

Senn Mischa, Die urheberrechtliche Individualität – eine methodische Annäherung, sic! 2017, 521 ff.

Shavell Steven, The Optimal Structure of Law Enforcement, 36 J.L. & Econ. 255 ff. (1993)

Siebe Thomas, Mikroökonomie, 2. Aufl., Konstanz 2016

Siehr Kurt, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002

Spindler Gerald, Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, Gutachten erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, Göttingen 2013 (zit. Gutachten)

Ders., Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, Überarbeitung des im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen erstellten Gutachtens, Göttingen 2014 (zit. Überarbeitung des Gutachtens)

Steinrötter Björn, Freier EU-Binnenmarkt im Internet und urheberrechtliche Grenzen am Beispiel des „Geoblocking", EWS 2016, 17 ff.

Stieper Malte, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen 2009

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stiglitz Joseph, Knowledge as a Public Global Good, in: Kaul I./Grunberg I./Stern M. (Hrsg.), Global Public Goods, New York 1999, 308 ff.

Sturm Bodo/Vogt Carsten, Umweltökonomik, Berlin 2011

Stutz Jürg, Pauschalabgaben sind Mechanismen der Vergangenheit, Die Zukunft im Urheberrecht gehört der digitalen Technologie, NZZ vom 24. November 2006, 17

Suisseculture (Hrsg.), Die digitale Revolution des Urheberrechts?, Arbeitspapier zur Kulturflatrate, Zürich 2009

Thouvenin Florent, Urteilsanmerkung, „Love", Obergericht Zürich vom 7. Juli 2009, sic! 2010, 889 ff.

Trayer Martin, Technische Schutzmassnahmen und elektronische Rechtewahrnehmungssysteme, Baden-Baden 2003

Tsakanakis Stefan, Geoblocking bei digitalen Inhalten, AJP 2016, 1656 ff.

Ulmer Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin 1980

Vischer Frank, Das internationale Privatrecht des Immaterialgüterrechts nach dem schweizerischen IPR-Gesetzesentwurf, GRUR Int. 1987, 670 ff.

Ders., Das IPR des Immaterialgüterrechts (unter besonderer Berücksichtigung des Patentrechts), in: Widmer Lüchinger C./Geiser T./Sutter-Somm T. (Hrsg.), Recht im Wandel: ausgewählte Schriften von Frank Vischer zu seinem 90. Geburtstag, Zürich 2013, 517 ff.

Vlah Tudor, Parodie, Pastiche und Karikatur – Urheberrechte und ihre Grenzen, Frankfurt 2015

Vrana Robert, The Remix Artist's Catch-22: A Proposal for Compulsory Licensing for Transformative, Sampling-Based Music, 68 Wash. & Lee L. Rev. 811 ff. (2011)

Walsh Gianfranco/Kilian Thomas/Hass Berthold, Grundlagen des Web 2.0, in: Walsh G./Hass B./Kilian T. (Hrsg.), Web 2.0, Neue Perspektiven für Marketing und Medien, 2. Aufl., Berlin 2011, 3 ff.

Wandtke Artur-Axel, Urheberrecht, 6. Aufl., Berlin 2017

Wandtke Artur-Axel/Bullinger Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014 (zit. Wandtke/Bullinger/Bearbeiter)

Wegener Poto, Filmmusik, Die Lizenzierung des Mauerblümchens im Abspann des Films, Medialex 2010, 3 ff.

Ders., Musik und Recht, 2. Aufl., München 2004 (zit. Musik und Recht)

Ders., Sound Sampling, Basel 2007 (zit. Sound Sampling)

Ders., Vergütungsansprüche an die USA mittels ASCAP Awards, SUISAinfo 2.07, 18

De Werra Jacques, Le droit à l'intégrité de l'oeuvre, Bern 1997

De Werra Jacques/Gilliéron Philippe (Hrsg.), Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Basel 2013 (zit. CR-PI/Bearbeiter)

Widmer Lüchinger Corinne, Schweizerisches und US-amerikanisches Haftpflichtrecht: Konvergenz/Divergenz, ZBJV 2015, 545 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wiebe Andreas, Geoblocking im Lichte von europäischem Recht und europäischer Rechtsprechung, ZUM 2015, 932 ff.

Ders., Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums, in: Fiedler H./Ullrich H. (Hrsg.), Information als Wirtschaftsgut, Köln 1997, 93 ff.

Wild Gregor, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff, sic! 2004, 61 ff.

Wildhaber Isabelle/Lohmann Melinda, Right to Tinker – Recht auf Tüfteln, AJP 2017, 281 f.

Wittweiler Bernhard, Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz, AJP 1993, 588 ff.

Wullschleger Marc, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, Bern 2015

Zech Herbert, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012

Zentner Laura, Das Urheberrecht des Architekten bei der Werkverwirklichung, Tübingen 2011

Zwengel Wolfgang, Kulturflatrates, Tübingen 2012

Zwiker-Stöckli Katja, Patente auf DNA-Sequenzen, Bern 2012

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Materialien

ALRC Report 122	Final Report of the Australian Law Reform Commission on Copyright and the Digital Economy vom 29. November 2013, abrufbar unter <https://www.alrc.gov.au>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
Australian Government Response to IP Arrangements	Australian Government Reponse to the Productivity Commission Inquiry into Intellectual Property Arrangements vom August 2017, abrufbar unter <https://www.industry.gov.au>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
Bericht Rev. URG	Erläuternder Bericht zu zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu Änderungen des Urheberrechtsgesetzes, 11. Dezember 2015, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
Bericht Werknutzung im Internet	Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary, August 2011, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
Botschaft, BBl 1989 III 477	Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen (Topographiengesetz, ToG) sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 477 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Botschaft, BBl 2006 3389	Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006, BBl 2006 3389 ff.
Botschaft, BBl 2018 591	Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung vom 22. November 2017, BBl 2018 591 ff.
EU Ausschuss Bürgerlicher Freiheiten, Stellungnahme	Stellungnahme des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres vom 22. November 2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasser: Michał Boni, 2016/280(COD), PE604.830v 02–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
EU Binnenmarktausschuss, Entwurf Stellungnahme	Entwurf einer Stellungnahme des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 20. Februar 2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasserin: Catherine Stihler, 2016/280(COD), PE599.682v 01–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
EU Binnenmarktausschuss, Stellungnahme	Stellungnahme des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 14. Juni 2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasserin: Catherine Stihler, 2016/280(COD), PE599.682v 02–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EU Industrieausschuss, Stellungnahme	Stellungnahme des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie vom 1. August 2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasser: Zdzisław Krasnodębski, 2016/280(COD), PE592.363v 03–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
EU Kulturausschuss, Entwurf Stellungnahme	Entwurf einer Stellungnahme des Ausschusses für Kultur und Bildung vom 6. Februar 2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasser: Marc Joulaud, 2016/280(COD), PE595.591v 01–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
EU Kulturausschuss, Stellungnahme	Stellungnahme des Ausschusses für Kultur und Bildung vom 4. September 2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasser: Marc Joulaud, 2016/280(COD), PE595.591v 03–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
EU Rechtsausschuss, Änderungsanträge 473–672	Änderungsanträge 473–672 im Rahmen des Entwurfs eines Berichts des Rechtsausschusses vom 28. April 2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasserin: Therese Comodini Cachia, 2016/280(COD), PE604.543v 01–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EU Rechtsausschuss, Stellungnahme	Stellungnahme des Rechtsausschusses vom 29. Juni 2018 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (COM/2016/593), Verfasser: Axel Voss, 2016/280(COD), PE601.094v 02–00, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
EU-Revision Urheberrechts-RL	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 2. April 2019, PE-CONS 51/19, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
EU-Vorschlag Revision Urheberrechts-RL	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 14. September 2016, COM/2016/593, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
Max-Planck-Institut, Declaration Three-Step Test	Declaration on a Balanced Interpretation of the „Three-Step Test" in Copyright Law des Max-Planck-Instituts vom 1. September 2008, abrufbar unter <http://www.ip.mpg.de>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
ProLitteris Tarif Bildrechte	Tarif Bildrechte der ProLitteris vom 1. Januar 2016, abrufbar unter <http://www.prolitteris.ch>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
Referentenentwurf UrhWissG	Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für Verbraucherschutz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz, UrhWissG) vom 1. Februar 2017, abrufbar unter <https://irights.info>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
SUISA Statuten 2014	Statuten der schweizerischen Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik vom 1. Juli 1014, abrufbar unter <http://www.suisa.ch>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SUISA Tarif PI	Tarif PI 2015–2018 der SUISA für Tonträger und Musikvideos, die ans Publikum abgegeben werden vom 25. November 2014, abrufbar unter <http://www.suisa.ch>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
U.S. Communication TRIPS	Draft Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Communication from the United States, 11. Mai 1990, MTN.GNG/NG11/W/70, abrufbar unter <http://www.wto.org>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
U.S. Copyright Office, Circular 73 (2017)	Circular 73 of the U.S. Copyright Office on Compulsory License for Making and Distributing Phonorecords vom September 2017, 1 ff., abrufbar unter <http://www.copyright.gov>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
U.S. Copyright Office, Mechanical License Royalty Rates (2010)	Mechanical License Royalty Rates des U.S. Copyright Office vom Januar (2010), abrufbar unter <http://www.copyright.gov>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
U.S. Task Force Green Paper on Copyright	Green Paper of the U.S. Department of Commerce's Internet Policy Task Force on Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy vom Juli 2013, abrufbar unter <http://www.uspto.gov>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
U.S. Task Force White Paper on Remix	White Paper of the U.S. Department of Commerce's Internet Policy Task Force on Remixes, First Sale, and Statutory Damages vom Januar 2016, abrufbar unter <http://www.uspto.gov>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019
WTO Panel WT/DS160/R	Report of the WTO Panel on Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act, 15. Juni 2000, WT/DS160/R, abrufbar unter <http://www.wto.org>, zuletzt besucht am 14. Juni 2019

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748900207 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY