

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).

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.copyright.gov/licenses/mechanical/>>

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 SUIISA – 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 SUIISA.⁵¹³ In all jenen Fällen, in denen die Rechte nicht vertraglich übertragen werden, darf die SUIISA diese dennoch wahrnehmen im Sinne der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff.

copyright.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.

OR).⁵¹⁴ Die Verwertung der Aufführungs-, Sende-, Ton-/Tonbildträgerherstellungs- und Verbreitungsrechte ist damit zwar nicht einer gesetzlichen Kollektivverwertungspflicht unterstellt, Sachzwänge⁵¹⁵ führen aber zu einem faktischen Kollektivverwertungszwang, sodass die SUIISA die Rechte für die Urheber wahrnimmt. Für die Rechte, die zum Tätigkeitsgebiet der SUIISA (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 SUIISA bspw. für die Verbreitung von Coverversionen auf Ton-/Tonbildträgern mit dem Tarif PI nachgekommen, wonach die Gebühr für zehnmünütige (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 SUIISA 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 *Remix* eine Bestimmung fordern, die mit derjenigen für Coverversionen ver-

514 Siehe SUIISA 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 SUIISA Tarif PI, Rn. 21.1 (2015–2018).

520 Siehe dazu WEGENER, Musik und Recht, 71.

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 eben diese 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.

ELL, hälftig auf die Urheber und die Tonträgerhersteller der verwendeten 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).

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 zu dem Parallelen zur Parodieschranke⁵³³ 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.

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 – eingliedert 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.

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.

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 Verbotrecht, 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.

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 verwendete-

552 Siehe dazu WEGENER, Musik und Recht, 70 f.

553 Siehe dazu WEGENER, Musik und Recht, 71.

554 Zu denken ist insbesondere daran, ein geseendetes 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.

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.

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.

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 Sammelbeken für Schranken sequenzieller Innovation betrachtet werden. Dieser nArt. 11 URG, der weiterhin unter dem Titel der Werkintegrität stehen soll, würde demnach den Schutzzumfang 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.

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).

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.

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 untersuchen, 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.

kein Handlungsbedarf.⁵⁷⁹ Was *DJ Danger Mouse*'s *Grey Album* betrifft, so wäre es ihm möglich gewesen, in Vertragsverhandlungen mit den Rechteinhabern 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, 2f. (2009).

585 Vgl. MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 449, 497 (2016).

586 MENELL, 61 J. Copyright Soc'y 235, 356 (2014).

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).

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).

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 Eigentums-garantie (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.

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 beabsichtigt 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.

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.

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.

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).

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.

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.

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;

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 SUIZA 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 SUIZA 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 SUIZA 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 SUIZA 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).

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).

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).

durch könnte gewährleistet werden, dass diejenigen Rechtsinhaber, deren Werke in einem grossen Ausmass die kreative Bearbeitung prägen, einen entsprechend grossen Anteil an den Lizenzeeinnahmen erhalten; umgekehrt würden diejenigen Rechtsinhaber, deren Werke bloss in kleinem Ausmass in der kreativen Bearbeitung vorkommen, auch nur einen kleinen Anteil an den Lizenzeeinnahmen 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 erläutern⁶³⁴ 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

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 GASSER⁶³⁹ und CHERPILLOD⁶⁴⁰ 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.

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 missbrauchen, 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.

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 beispielsweise 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.

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.

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.

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. 6^{bis} 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.

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 verpönten Inhalt zu erachten. Es ist schliesslich einzusehen, dass ein Urheber berechnete 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 blosser 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.

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.

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 bestimmte⁶⁷⁵ 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.

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 einheitlich, 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.

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 geschützt⁶⁹² 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.

Rechtsinhaber⁶⁹⁴ einhergehen würden.⁶⁹⁵ Sobald also der wirtschaftliche Kern der Werkverwertung⁶⁹⁶ 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 Vielfältigung 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.

3. Unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen

Auf der dritten Stufe des Dreistufentests darf eine Schranke für kreative Bearbeitungen die berechtigten Interessen der Urheber⁶⁹⁹ 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 Verwerter *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.

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.

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.

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 bilaterale Vereinbarung gering sind, siehe dazu ausführlich Kapitel 11: III.1.

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.

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).

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 Stellungnahmen 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.

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).

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.

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 Schutzzumfang 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-

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.