

Kapitel 12: Schrankengeneralklausel

Im vorliegenden Kapitel wird die Einführung einer Schrankengeneralklausel als möglicher Lösungsansatz untersucht, um das Recht zur Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* als Entschädigungsrecht und damit in wirtschaftlich effizienter Weise auszugestalten. Eine Schrankengeneralklausel ist eine Schrankenbestimmung, die aufgrund diverser Faktoren prüft, ob eine Werknutzung unter die Schranke zu subsumieren ist; es wird dabei in jedem Einzelfall eine Analyse der relevanten Faktoren vorgenommen. Anders als bei den für das kontinentaleuropäische Urheberrecht typischen Schrankenbestimmungen findet somit bei der Schrankengeneralklausel nicht primär eine tatbestandliche Einordnung der Werknutzung in eine bestimmte Fallgruppe statt.⁷³⁷

FÖRSTER⁷³⁸ und KLEINEMENKE⁷³⁹ haben die Einführung einer Schrankengeneralklausel für das deutsche und das europäische Urheberrecht bereits ausführlich untersucht.⁷⁴⁰ Das vorliegende Kapitel ist diesen Untersuchungen gewidmet, können doch daraus gewonnene Erkenntnisse für das schweizerische Urheberrecht fruchtbar gemacht werden. Grund und Nährboden für die Untersuchungen FÖRSTERS und KLEINEMENKES ist die Tatsache, dass die abschliessenden, enumerativen Schrankenkataloge, die kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen wie insbesondere Deutschland traditionell vorsehen,⁷⁴¹ die nötige Flexibilität vermissen lassen, um auf technologische Entwicklungen zu reagieren und die daraus resultierenden Werke – wie etwa Bearbeitungen – angemessen zu schüt-

737 FÖRSTER, 34 m.w.H. Solche Fallgruppen entstehen durchaus auch bei Schrankengeneralklauseln, um insbesondere eine bestehende Rechtsunsicherheit zu verringern, siehe dazu sogleich Kapitel 12: I.1. Die Prüfung, ob die Schrankengeneralklausel im Einzelfall greift, findet allerdings anhand der geforderten Faktoren statt.

738 FÖRSTER, passim.

739 KLEINEMENKE, passim.

740 Ebenfalls ausführlich zur Einführung einer Schrankengeneralklausel, im Ergebnis allerdings ablehnend POEPEL, 489 ff.; ebenfalls ablehnend JANSSENS, 317, 337 f.; siehe zudem auch HOEREN, WiVerw 1994, 230, 258 f.; siehe zu einer Schrankengeneralklausel auf europäischer Ebene auch SENFTLEBEN, JIPI-TEC 2010, 67 ff.; DERS., 57 J. Copyright Soc'y 521 ff. (2010).

741 KLEINEMENKE, 58; vgl. auch SENFTLEBEN, JIPI-TEC 2010, 67, 68 (Rz. 1 f.); DERS., 57 J. Copyright Soc'y 521, 522 (2010).

zen.⁷⁴² Durch die Einführung einer Schrankengeneralklausel soll die geforderte Flexibilität erzeugt und dem Problem somit Abhilfe geschaffen werden. Ausgangspunkt der von FÖRSTER und KLEINEMENKE geforderten Schrankengeneralklauseln sind die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin und der in staatsvertraglichen Bestimmungen verankerte Dreistufentest.⁷⁴³

Nachfolgend werden zunächst die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin und der staatsvertraglich verankerte Dreistufentest in den Grundzügen dargestellt. Anschliessend werden die von FÖRSTER und KLEINEMENKE vorgebrachten Vorstösse analysiert. Dabei wird erstens darauf eingegangen, ob eine Schrankengeneralklausel einen bestehenden Schranken-katalog ersetzen oder diesem vielmehr ergänzend zur Seite stehen sollte. Zweitens wird dargelegt, wie die Schrankengeneralklausel gemäss FÖRSTER und KLEINEMENKE in ihren Details auszugestalten wäre. Hierzu werden mögliche Faktoren resp. Anwendungsvoraussetzungen einer Schrankengeneralklausel erläutert und die Frage untersucht, ob die von der Schranke potenziell erfassten Nutzungen vergütungsfrei oder vergütungspflichtig sein sollten. Drittens wird untersucht, ob eine Schrankengeneralklausel mit dem staatsvertraglich verankerten Dreistufentest vereinbar wäre. Viertens und abschliessend wird auf die Vor- und Nachteile eingegangen, die eine Schrankengeneralklausel für kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen und damit auch für die Schweiz mit sich bringen würde.

1. Vorbilder der Schrankengeneralklausel

1. Fair Use-Doktrin

Die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin dient den Vorstössen von FÖRSTER und KLEINEMENKE, mit denen sie eine vergleichbare Schrankengeneralklausel für das deutsche resp. europäische Urheberrecht fordern, als Vorbild.⁷⁴⁴ Die *Fair Use*-Doktrin des U.S.-amerikanischen Rechts geht zurück

742 Siehe FÖRSTER, 212 f.; KLEINEMENKE, 519 ff.; vgl. dazu auch SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 23; SENFTLEBEN, JIPITEC 2010, 67 ff.; DERS., 57 J. Copyright Soc'y 521 ff. (2010).

743 Vgl. FÖRSTER, 213 ff.; KLEINEMENKE, 520, 523 ff., 539 ff.; vgl. auch SENFTLEBEN, JIPITEC 2010, 67, 74 ff. (Rz. 43 ff.); DERS., 57 J. Copyright Soc'y 521, 541 ff. (2010); HOEREN, WiVerw 1994, 230, 258 f.

744 Siehe FÖRSTER, 214 f.; KLEINEMENKE, 522 ff.

auf eine Reihe von Gerichtsentscheiden des 19. und 20. Jahrhunderts⁷⁴⁵ und wurde 1976 in den *Copyright Act* eingeführt.⁷⁴⁶ Darin wird Folgendes festgehalten:

[T]he fair use of a copyrighted work [...] for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching [...], scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include –

- 1. the purpose and character of the use [...];*
- 2. the nature of the copyrighted work;*
- 3. the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*
- 4. the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*

*The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*⁷⁴⁷

Dank dieser generellen Schrankenbestimmung können Werknutzer somit einwilligungs- und vergütungsfrei vorbestehende Werke verwenden, solange ebendiese Verwendung in Anwendung der vier relevanten Faktoren (*purpose, nature, amount, effect*) fair ist.⁷⁴⁸ Dabei hält die *Fair Use*-Doktrin explizit fest, dass die Werknutzer nicht nur bereits veröffentlichte, sondern auch unveröffentlichte Werke verwenden können.⁷⁴⁹ Dank des weit gefassten Wortlauts der *Fair Use*-Doktrin kann das U.S.-amerikanische Urheberrecht flexibler auf neue Technologien reagieren als dies in einer Urheberrechtsordnung mit einem abschliessenden Schranken katalog der Fall ist. Um die mit einer Generalklausel begriffsnotwendig einhergehende Rechtsunsicherheit einzudämmen, wurden in der U.S.-amerikanischen Recht-

745 Vgl. insbesondere *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342, 344f., 348f. (C.C.D. Mass. 1841); *Lawrence v. Dana*, 15 F.Cas. 26, 60f. (C.C.D. Mass. 1869); *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (1930); *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54 (2d Cir. 1936); *Twentieth Century Fox-Film Corp. v. Stonesifer*, 140 F.2d 579, 582 (9th Cir. 1944).

746 FISHER, 101 Harvard L. Rev. 1659, 1662f. (1988).

747 17 U.S.C. § 107 (2016).

748 Siehe dazu ausführlich PATRY, § 3:1 ff. m.w.N.

749 17 U.S.C. § 107 (2016); siehe dazu ausführlich PATRY, § 4:2, § 9:36 m.w.N.; siehe auch FISHER, 101 Harvard L. Rev. 1659, 1674f. (1988); vgl. zudem *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 550ff. (1985).

sprechung über Jahre hinweg Fallgruppen gebildet.⁷⁵⁰ Beispiele für Fallgruppen, die regelmässig von der *Fair Use*-Doktrin erfasst werden, sind Parodien,⁷⁵¹ Kritiken und Kommentare,⁷⁵² Nachrichtenberichterstattungen⁷⁵³ oder auch Werkverwendungen durch Blinde.⁷⁵⁴

2. Dreistufentest

Nebst der *Fair Use*-Doktrin dient auch der Dreistufentest, der in diversen staatsvertraglichen Bestimmungen (Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT) verankert ist, den Vorstössen von KLEINEMENKE und FÖRSTER, mit denen sie eine Schrankengeneralklausel für das deutsche resp. das europäische Urheberrecht fordern, als Vorbild.⁷⁵⁵ Der Dreistufentest ist durch seine drei Stufen gekennzeichnet, die festlegen, unter welchen Bedingungen das nationale Urheberrecht Beschränkungen an den Ausschliesslichkeitsrechten eines Urhebers vorsehen darf.⁷⁵⁶ Als erste Bedingung muss sich eine Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle beziehen (erste Stufe); zweitens darf die normale Auswertung des Werkes dadurch nicht beeinträchtigt werden (zweite Stufe); und drittens dürfen durch die Beschränkung die berechtigten Interessen der Urheber nicht in unzumutbarer Weise verletzt werden (dritte Stufe).⁷⁵⁷ Der Begriff der Sonderfälle (erste Stufe) sowie derjenige der normalen Auswertung (zweite Stufe) und der Unzumutbarkeit der Verletzung (dritte Stufe) sind ausle-

750 Nichtsdestotrotz wird die *Fair Use*-Doktrin wegen der ihr anhängenden Rechtsunsicherheit noch immer kritisiert, wird doch für die Anwendbarkeit der *Fair Use*-Doktrin stets auf die vier Faktoren und nicht auf die Zuordnung zu einer der genannten Fallgruppen abgestellt, siehe dazu CARROLL, 85 N.C. L. Rev. 1087, 1092 ff. (2007); ELKIN-KOREN/FISCHMAN-AFORI, 59 Ariz. L. Rev. 161 ff. (2017); siehe differenzierter dazu SAG, 73 Ohio St. L.J. 47 ff. (2012).

751 Siehe dazu ausführlich PATRY, § 3:90 ff. m.w.N.

752 Siehe dazu ausführlich PATRY, § 3:55 ff. m.w.N.

753 Siehe dazu ausführlich PATRY, § 3:73. m.w.N.

754 Siehe dazu ausführlich PATRY, § 3:46 m.w.N.

755 Siehe FÖRSTER, 215 f., 218; KLEINEMENKE, 547 ff., 560 ff., 568 ff.; siehe auch SENFLEBEN, JIPITEC 2010, 67, 74 ff. (Rz. 43 ff.); DERS., 57 J. Copyright Soc'y 521, 541 (2010); HOEREN, WiVerw 1994, 230, 258 f.

756 Siehe ausführlich zum Dreistufentest Kapitel 11: V; siehe dazu zudem SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 16; SENFLEBEN, GRUR Int. 2004, 200 f.

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

gungsbedürftige Rechtsbegriffe. Wie die U.S-amerikanische *Fair Use*-Doktrin, so enthält der Dreistufentest damit auch Elemente, die flexibel ausgelegt werden können.⁷⁵⁸ Diese Elemente sind denjenigen der *Fair Use*-Doktrin zudem ähnlich, was darauf zurückzuführen ist, dass anglo-amerikanische Urheberrechtstraditionen bei der Ausgestaltung des Dreistufentests als Grundlage gedient haben.⁷⁵⁹ Es bietet sich daher an, die dem Dreistufentest inhärente Flexibilität auszuschöpfen und gleich basierend auf dem Wortlaut des Dreistufentests eine Schrankengeneralklausel zu formulieren.⁷⁶⁰

758 SENFTLEBEN, JIPITEC 2010, 67, 74 (Rz. 44); DERS., 57 J. Copyright Soc’y 521, 542 f. (2010).

759 Zu denken ist insbesondere an die zweite Stufe des Dreistufentests, die auf die Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werks abstellt; diese Bedingung ist mit dem vierten Kriterium der *Fair Use*-Doktrin vergleichbar – dabei wird auf den Effekt der Nutzung auf den potenziellen Markt und den Wert des Werks abgestellt, siehe dazu SENFTLEBEN, JIPITEC 2010, 67, 74 (Rz. 44); siehe zudem DERS., Three-Step-Test, 50 f.; DERS., 57 J. Copyright Soc’y 521, 542 f. (2010).

760 Vgl. FÖRSTER, 215 f., 218; KLEINEMENKE, 547 ff., 560 ff., 568 ff.; vgl. auch SENFTLEBEN, JIPITEC 2010, 67, 74 ff. (Rz. 43 ff.); DERS., 57 J. Copyright Soc’y 521, 541 (2010), der seine Untersuchungen auf das europäische Recht beschränkt und darauf hinweist, dass die dem Dreistufentest inhärente Flexibilität auf europäischer Ebene in besonderer Weise verkannt wird, da der Test ausdrücklich in Art. 5 Abs. 5 Urheberrechts-RL verankert wird, darin allerdings lediglich als Mittel zur weiteren Einschränkung des europäischen Schrankenkatalogs ausgestaltet ist, siehe dazu DERS., JIPITEC 2010, 67, 69 (Rz. 12 f.); DERS., 57 J. Copyright Soc’y 521, 528 f. (2010). Art. 5 Abs. 5 Urheberrechts-RL hält nämlich fest, dass „[d]ie in den Absätzen 1, 2, 3, und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen [...] nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden [dürfen], in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.“ SENFTLEBEN schlägt daher vor, das europäische Verständnis des Dreistufentests zu ändern und den Test neu in der Form einer Schrankengeneralklausel in der Urheberrechts-RL zu verankern, SENFTLEBEN, JIPITEC 2010, 67, 76 f. (Rz. 54 ff.); DERS., 57 J. Copyright Soc’y 521, 548 ff. (2010). Kritisch zur Verankerung im europäischen Richtlinienrecht allerdings KLEINEMENKE, 558. Siehe zudem zur Geltung des Dreistufentests auch auf europäischer Ebene DERS., 416 f. (insbesondere Fn. 1391 f.); siehe des Weiteren zu den Konsequenzen der ausdrücklichen Aufnahme des Dreistufentests ins europäische Urheberrecht DERS., 416 f., 548.

II. Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand

Eine Schrankengeneralklausel kann auf zwei Arten in eine bestehende Urheberrechtsordnung eingeführt werden, die bislang nach kontinentaleuropäischer Tradition eine enumerative Auflistung von Schrankenbestimmungen enthält: Sie kann entweder den bestehenden Schranken katalog ersetzen oder aber sie kann ergänzend neben die bestehenden Schrankenbestimmungen treten.⁷⁶¹ Wird ein bestehender Schranken katalog durch eine Schrankengeneralklausel ersetzt, so stellt dies einen erheblichen Eingriff in die Urheberrechtsordnung dar, da dadurch – in Abkehr von der kontinentaleuropäischen Tradition – gänzlich auf eine enumerative Auflistung von Schranken verzichtet wird.⁷⁶² Wird ein bestehender Schranken katalog allerdings durch eine Schrankengeneralklausel ergänzt, so stellt dies einen geringeren Eingriff in kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen dar, wird die Generalklausel doch in das bestehende Netz von Schranken eingebettet.⁷⁶³ Da die Generalklausel durch die Einbettung in ein bestehendes Schrankennetz lediglich als Auffangtatbestand fungiert, führt sie weniger weit als ihr U.S.-amerikanisches Pendant, weshalb sie auch als *Mini-Fair Use*-Doktrin bezeichnet werden kann.⁷⁶⁴

FÖRSTER und KLEINEMENKE sind sich einig, dass eine Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand neben den bereits bestehenden Schranken katalog einzuführen sei.⁷⁶⁵ Diese Lösung hätte den Vorteil, dass flexibel auf technologische Entwicklungen reagiert und die daraus resultierenden Werke nach den Kriterien der Schrankengeneralklausel verwendet werden könnten, während gleichzeitig durch den Erhalt des Schranken katalogs die Rechtssicherheit gewahrt bleiben würde.⁷⁶⁶ Letzteres wäre nicht der Fall, wenn die Schrankengeneralklausel den bestehenden Schranken katalog ersetzen würde, da die Rechtsprechung zu den einzelnen Schrankenbestimmungen, die den Anwendungsbereich der Schranken anhand konkreter Kriterien präzisiert und dadurch Rechtssicherheit schafft, aufgegeben wür-

761 Siehe FÖRSTER, 213 ff.; KLEINEMENKE, 522 ff.

762 KLEINEMENKE, 520.

763 KLEINEMENKE, 520.

764 Vgl. SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 23.

765 FÖRSTER, 218 ff.; KLEINEMENKE, 557, 579, 586 ff.; des Weiteren fordert FÖRSTER, dass einzelne bestehende Schrankenbestimmungen, wie beispielsweise die Zitierschranke, um flexiblere Elemente ergänzt werden, siehe dazu FÖRSTER, 216 ff.

766 FÖRSTER, 221 f.; KLEINEMENKE, 557, 579, 586 ff.

de.⁷⁶⁷ Die gewonnene Flexibilität würde somit mit dem Verlust an Rechtsicherheit bezahlt werden.⁷⁶⁸

III. Details der Ausgestaltung

Die von FÖRSTER und KLEINEMENKE vorgebrachten Schrankengeneralklauseln haben gemein, dass sie sich an der *Fair Use*-Doktrin und am Dreistufentest orientieren und als Auffangtatbestand neben den bestehenden Schrankenatalog treten sollen.⁷⁶⁹ In ihrer konkreten Ausgestaltung unterscheiden sich die Vorschläge allerdings teilweise erheblich. FÖRSTER, der sich nicht abschliessend entscheidet, ob dem Vorbild der *Fair Use*-Doktrin oder demjenigen des Dreistufentests gefolgt werden sollte, macht sich zwei in der Literatur bereits diskutierte Vorschläge zunutze und ergänzt diese jeweils um einen Rechtsfolgeabsatz.⁷⁷⁰ Der erste Vorschlag basiert auf POEPEL⁷⁷¹ und hat die *Fair Use*-Doktrin zum Vorbild. Darin wird Folgendes festgehalten:

- 1 *Die redliche Verwertung eines veröffentlichten Werkes ist zulässig. Bei der Entscheidung, ob eine Verwertung redlich ist, sind insbesondere die folgenden Kriterien zu berücksichtigen:*
 1. *der Zweck und der Charakter der Verwertung [...]; eine Nutzung kann insbesondere dann redlich sein, wenn sie für Zwecke des kritischen Kommentars, der Lehre oder der Forschung erfolgt;*
 2. *die Art des urheberrechtlich geschützten Werks;*
 3. *der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Teils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem; und*
 4. *die Auswirkung der Verwertung auf den potenziellen Verwertungsmarkt und auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes.*
- 2 *Für die redliche Verwertung nach Absatz 1 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen [...].*⁷⁷²

767 Siehe FÖRSTER, 220; KLEINEMENKE, 557, 578 f., 586.

768 Siehe FÖRSTER, 220; KLEINEMENKE, 557, 578 f., 586.

769 Siehe dazu bereits Kapitel 12: I. und II.

770 FÖRSTER, 214 f., 215 f., 218.

771 Siehe POEPEL, 489 ff., der seinen Vorschlag im Ergebnis allerdings verwirft.

772 FÖRSTER, 214 f., 218; vgl. auch POEPEL, 491 f. Diese Formulierung wird von FÖRSTER als Schrankengeneralklausel untersucht, die den bestehenden Schrankenatalog ersetzen soll, siehe dazu FÖRSTER, 214 f. Er kommt zum Schluss, dass von einer alleinstehenden Generalklausel abzusehen ist, dass aber eine ähnlich lautende Generalklausel den Schrankenatalog ergänzen soll, siehe DERS., 218.

Trotz der eindeutigen Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin fallen gleich zu Beginn zwei Unterschiede auf: Anders als das U.S.-amerikanische Pendant spricht FÖRSTER – und auch POEPEL – nicht von einer *fairen*, sondern von einer *redlichen* Verwertung. Durch diesen terminologischen Unterschied soll ermöglicht werden, dass sich die Rechtsprechung zur Schrankengeneralklausel unabhängig von derjenigen zur *Fair Use*-Doktrin entwickeln könnte.⁷⁷³ Im Einklang mit kontinentaleuropäischen Traditionen ist der Anwendungsbereich der Schranke zudem auf bereits veröffentlichte Werke beschränkt;⁷⁷⁴ dies ganz im Unterschied zur *Fair Use*-Schranke, die auch auf unveröffentlichte Werke Anwendung finden kann.⁷⁷⁵ Davon abgesehen ist die Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin allerdings unverkennbar, entsprechen doch die aufgeführten Kriterien in Absatz 1 denjenigen der *Fair Use*-Doktrin.⁷⁷⁶ In Absatz 2 ergänzt FÖRSTER den Vorschlag POEPELS um eine Vergütungspflicht; die Schrankengeneralklausel soll nach FÖRSTER somit

773 FÖRSTER, 215; KLEINEMENKE, 524 f., kritisiert allerdings die Verwendung des Begriffs *Verwertung*, da damit der Anwendungsbereich der Schranke auf wirtschaftliche Verwertungen eingengt wird. Er bevorzugt daher die Formulierung *redliche Nutzung*, wird damit doch sichergestellt, dass auch nicht-wirtschaftliche Werkverwendungen von der Schranke erfasst werden. Dem ist zuzustimmen, wobei im schweizerischen Urheberrecht im Einklang mit der Terminologie des URG auch von *redlicher Verwertung* gesprochen werden kann, vgl. dazu etwa Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 URG.

774 FÖRSTER, 215. Ob eine entsprechende Einschränkung allerdings tatsächlich notwendig ist, wird vorliegend in Frage gestellt. Dass das Recht der Erstveröffentlichung nach kontinentaleuropäischer Tradition von grösserer Bedeutung ist als in der U.S.-amerikanischen Rechtsordnung, ist vorliegend unbestritten. Dieser Tatsache muss aber nicht notwendigerweise dadurch begegnet werden, dass das Recht der Erstveröffentlichung von jeglicher Einschränkung ausgenommen wird. Der erhöhten Bedeutung der Erstveröffentlichung könnte auch dadurch Rechnung getragen werden, dass die Hürde einer redlichen Erstveröffentlichung durch Dritte entsprechend angehoben wird. Die praktische Relevanz einer Erweiterung auf unveröffentlichte Werke dürfte allerdings ohnehin nur gering sein, wird eine Erstveröffentlichung durch Dritte nur in seltenen Fällen die Hürde der Redlichkeit zu überspringen vermögen.

775 17 U.S.C. § 107 (2016), teilweise abgedruckt unter Kapitel 12: I.1.

776 Die im Rahmen der *Fair Use*-Doktrin unter der Präambel aufgeführten Verwendungszwecke führen FÖRSTER und POEPEL unter dem ersten Prüfungskriterium in Ziff. 1 auf; diese systematische Einordnung ist überzeugend, betrifft das erste Prüfungskriterium doch insbesondere den Verwendungszweck, siehe dazu FÖRSTER, 215; gl.M. KLEINEMENKE, 104, 525. Diese systematische Einordnung entspricht zudem der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung, prüft diese das Vorliegen eines zulässigen Verwendungszwecks doch auch im Rahmen des ersten Prüfungskriteriums der *Fair Use*-Schranke, siehe etwa *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 561 (1985); *Campbell v. Acuff-Rose Music*,

als gesetzliche Lizenz ausgestaltet werden. Anders als die *Fair Use*-Doktrin, die zu einer vergütungsfreien Nutzung führt, bringt FÖRSTERS Schranken-
generalklausel die Interessen der Urheber und der Werknutzer somit zum
Ausgleich.⁷⁷⁷

Der zweite Vorschlag von FÖRSTER basiert auf den Überlegungen
HOERENS⁷⁷⁸ und hat den Dreistufentest zur Grundlage. Er lautet wie folgt:

*Jede Nutzung von Werken sollte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig sein, die weder die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers beeinträchtigt noch der normalen Auswertung des Werkes zuwiderläuft.*⁷⁷⁹

FÖRSTER und HOEREN beschränken sich hierbei darauf, den Dreistufentest umzuformulieren, sodass dieser direkt als Schranke nutzbar gemacht werden kann.⁷⁸⁰ Der Dreistufentest wird dabei allerdings zu einer Zweistufenschranke verkürzt, wird doch auf die Bedingung des bestimmten Sonderfalls verzichtet. Während HOEREN diesen Verzicht nicht begründet, so fügt FÖRSTER an, dass auf die erste Stufe des Tests verzichtet werden kann, da jede Verwendung, die von einem Gericht unter die Schranke subsumiert wird, ein Sonderfall darstellt.⁷⁸¹ Wie bei seinem *Fair Use*-basierten Vorschlag, so ist gemäss FÖRSTER auch bei der auf dem Dreistufentest aufbauenden Schrankengeneralklausel ein Rechtsfolgeabsatz anzufügen.⁷⁸² Auch bei diesem zweiten Vorschlag von FÖRSTER ist die Generalschranke somit

Inc., 510 U.S. 569, 578 f. (1994); siehe dazu auch FÖRSTER, 27 ff., 51 f. Hinsichtlich der konkret aufgeführten Verwendungszwecke ist allerdings fraglich, ob FÖRSTER, 218, diese bei einer Schrankengeneralklausel, die als Auffangtatbestand fungiert, ändern oder ergänzen würde, bleibt er in dieser Hinsicht doch vage; vgl. dazu bereits Fn. 772. POEPEL untersucht lediglich die Einführung einer Schrankengeneralklausel, die den Schranken-katalog ersetzt, womit auch sein Vorschlag auf die Frage keine abschliessende Antwort liefert. Siehe allerdings zur Ergänzung der aufgeführten Verwendungszwecke KLEINEMENKE, 550, 554, 570, und sogleich.

777 Siehe dazu FÖRSTER, 34 f., 215, 218.

778 HOEREN, WiVerw 1994, 230, 258.

779 FÖRSTER, 215 f., 218.; vgl. auch HOEREN, WiVerw 1994, 230, 258; siehe auch SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 24, und SENFTLEBEN, JIPI-TEC 2010, 67, 76 f. (Rz. 54 ff.), die eine vergleichbare Formulierung vorschlagen.

780 Siehe zum Dreistufentest ausführlich Kapitel 11: V. sowie Kapitel 12: I.2.

781 Siehe FÖRSTER, 216; vgl. HOEREN, WiVerw 1994, 230, 258 f.; diese Begründung ist m.E. allerdings wenig überzeugend; so wohl auch KLEINEMENKE, 571 f., der es erst dann als vertretbar erachtet, auf die Bedingung der ersten Stufe zu verzichten, wenn die Bedingungen der zweiten und dritten Stufe präzisiert werden.

782 FÖRSTER, 216, 218.

als gesetzliche Lizenz auszugestalten, damit ein Interessenausgleich zwischen Urheber und Werknutzer erreicht werden kann.

KLEINEMENKE nutzt ebenfalls sowohl die *Fair Use*-Doktrin als auch den Dreistufentest als Vorbild; anders als FÖRSTER schlägt er hingegen nicht zwei unterschiedliche Schranken vor, sondern vereint die beiden Vorbilder in einer Schrankengeneralklausel.⁷⁸³ Die daraus hervorgehende vorgeschlagene Generalklausel ist dabei wesentlich ausführlicher als noch diejenigen von FÖRSTER. Sie lautet wie folgt:

- 1 *Die Nutzung eines veröffentlichten urheberrechtlich geschützten Werkes, die nicht dem Anwendungsbereich einer der speziellen Schrankenbestimmungen [...] unterfällt, ist [...] zulässig, wenn sie die normale Verwertung des Werkes nicht ungebührlich beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt.*
- 2 *Bei der Beurteilung, ob die Nutzung die normale Verwertung des Werkes ungebührlich beeinträchtigt, sind insbesondere die Auswirkungen der Nutzung auf den [...] Verwertungsmarkt, auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes und berechnete Interessen Dritter zu berücksichtigen.*
- 3 *Bei der Beurteilung, ob die Nutzung berechnete Interessen des Rechteinhabers ungebührlich verletzt, sind auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen. Bei der Abwägung der Beeinträchtigung der beteiligten Interessen sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:*
 1. *der Zweck und der Charakter der Nutzung [...]; eine Nutzung kann insbesondere dann zulässig sein, wenn sie zum Zwecke des kritischen Kommentars, der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse, von öffentlichem Interesse, der Veranschaulichung des Unterrichts, der Lehre, der Forschung, der Zugänglichmachung für Menschen mit Behinderungen, der Förderung des Wettbewerbs, insbesondere auf Sekundärmärkten, oder der kreativen Weiterverwendung im Rahmen eigener Werkschöpfung erfolgt;*
 2. *die Art des urheberrechtlich geschützten Werkes;*
 3. *der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Werkteils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem;*
 4. *die Möglichkeit einer Kompensation durch die Zahlung eines gerechten Ausgleichs;*
 5. *die Auswirkungen der Nutzung auf die [...] Interessen des Urhebers an seinem Werk.*

783 KLEINEMENKE, 548 ff., 568 ff.

- 4 Für eine nach Absatz 1 zulässige Nutzung ist dem Urheber ein gerechter Ausgleich zu leisten. [...]
- 5 [...].⁷⁸⁴

KLEINEMENKES Anlehnung an den Dreistufentest wird insbesondere im Absatz 1 deutlich, in welchem er die zweite und dritte Bedingung des Tests (normale Verwertung; berechnigte Interessen des Rechteinhabers) explizit in die Schranke einführt. Die zweite Bedingung des Dreistufentests wird dabei allerdings leicht abgeändert. Während im Rahmen des Dreistufentests die fragliche Nutzung die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigen darf, so wird im Rahmen der Schranke lediglich gefordert, dass ebendiese normale Verwertung des – *notabene* veröffentlichten – Werks nicht *in ungebührlicher Weise* beeinträchtigt wird. Erst eine ungebührliche Beeinträchtigung vermag der Nutzung somit zu schaden.⁷⁸⁵ Was die erste Bedingung des Dreistufentests (bestimmte Sonderfälle) betrifft, so verzichtet auch KLEINEMENKE – wie schon FÖRSTER und HOEREN – darauf, diese explizit zu erwähnen. Die Absätze 2 und 3 halten allerdings Kriterien fest, die die zweite und dritte Bedingung soweit präzisieren, dass die Schranke ohnehin nur auf Sonderfälle Anwendung finden kann, sodass die erste Bedingung zumindest implizit in der Schranke enthalten ist.⁷⁸⁶ Die im Absatz 3 enthaltenen Kriterien verdeutlichen sodann die Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin, entstammen vier der fünf aufgeführten Kriterien doch ebendieser Doktrin. Im Absatz 4 fordert schliesslich auch KLEINEMENKE, dass die Schrankengeneralklausel als gesetzliche Lizenz auszugestalten ist, kann doch nur so ein Ausgleich der betroffenen Interessen erreicht werden.⁷⁸⁷

IV. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest

Möchte der schweizerische Gesetzgeber eine Schrankengeneralklausel in das Urheberrecht einführen, so müsste er zunächst sicherstellen, dass diese mit dem staatsvertraglich verankerten Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ,

784 KLEINEMENKE, 569 f.

785 KLEINEMENKE, 572 f. m.w.H.

786 KLEINEMENKE, 571 f.

787 KLEINEMENKE, 573. Die von KLEINEMENKE vorgeschlagene Schrankengeneralklausel ist m.E. denjenigen von FÖRSTER vorzuziehen, da sie den Anwendungsbereich der Schranke präziser absteckt, aber dennoch einen gewissen Spielraum für flexible Auslegung belässt.

Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT) vereinbar ist. Da der Anwendungsbereich der Schranke gemäss den Vorschlägen von FÖRSTER und KLEINEMENKE weder hinsichtlich des Verwendungszwecks, noch hinsichtlich der betroffenen Urheberrechte oder der begünstigten Nutzerkreise eingegrenzt wird, sind die konkrete Ausgestaltung der Schranke und deren Auslegung von zentraler Bedeutung für die Frage der Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest.⁷⁸⁸ In der Literatur wird davon ausgegangen, dass eine Schrankengeneralklausel, die sich in ihrer konkreten Ausgestaltung am Dreistufentest orientiert – wie etwa der von HOEREN vorgebrachte und durch FÖRSTER ergänzte Formulierungsvorschlag oder derjenige von KLEINEMENKE –, den Anforderungen des Dreistufentests standhält,⁷⁸⁹ werden doch die Bedingungen des Dreistufentests bei der Auslegung der Schranke notgedrungen berücksichtigt. Ebenso werden Schrankengeneralklauseln, die auf der Formulierung der *Fair Use*-Doktrin aufbauen – wie etwa der von FÖRSTER weiterentwickelte Formulierungsvorschlag von POEPPPEL –, als mit dem Dreistufentest vereinbar betrachtet,⁷⁹⁰ da die Prüfungskriterien der *Fair Use*-Doktrin denjenigen des Dreistufentests gleichen.⁷⁹¹ Bei der Auslegung der auf der *Fair Use*-Doktrin basierenden Schrankengeneralklausel würden die Bedingungen des Dreistufentests somit implizit berücksichtigt werden. Sollte sich der schweizerische Gesetzgeber also dazu entscheiden, eine Schrankengeneralklausel in das URG aufzunehmen, so würde der Dreistufentest diesem Vorhaben nicht entgegenstehen.

V. Vor- und Nachteile

Der Vorteil einer Schrankengeneralklausel in einer der dargelegten Ausgestaltung würde zum einen darin liegen, dass sie kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen wie insbesondere diejenige der Schweiz mit ihrem traditionell starren Schranken-katalog flexibilisieren würde. Da die Schrankengeneralklausel gemäss den Vorschlägen von FÖRSTER und KLEINEMENKE als gesetzliche Lizenz und damit mit einer Vergütungspflicht auszugestalten wäre, würde das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen zudem in wirtschaftlich effizienter Weise ausgestaltet werden; dies allerdings

788 Siehe allgemein dazu BRÄNDLI, Rz. 81; FÖRSTER, 191.

789 Vgl. etwa BRÄNDLI, Rz. 682, 694, 701; KLEINEMENKE, 571 f.

790 Vgl. etwa BRÄNDLI, Rz. 682, 687; vgl. zudem FÖRSTER, 193 ff., insbesondere 201; KLEINEMENKE, 484 ff., 590.

791 Siehe dazu bereits Kapitel 12: I.2. (Fn. 759).

nur für die Fälle, in denen die konkrete Bearbeitung auch tatsächlich von der Schranke erfasst würde.

Der Nachteil einer Schrankengeneralklausel wäre – trotz der Einführung als Auffangtatbestand – in der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit zu erachten. Die Tatsache, dass eine Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand fungieren würde und damit auf den bestehenden Schranken-katalog zurückgegriffen werden könnte, würde zwar die mit dem Schranken-katalog einhergehende Rechtssicherheit wahren. Für Werknutzungen wie etwa die Verwendung von Bearbeitungen, die allerdings nicht unter eine der bestehenden Schranken fallen und für welche die Schrankengeneralklausel Abhilfe schaffen soll, würde ebendiese Generalklausel allerdings keine zusätzliche Rechtssicherheit erzeugen. Durch ihre offene Formulierung hätte die Schrankengeneralklausel zwar das Potenzial, Werknutzungen wie die Verwendung von Bearbeitungen zu erfassen; inwieweit dieses Potenzial allerdings ausgeschöpft würde, müsste zunächst durch Rechtsprechung und Lehre präzisiert werden. Bis sich eine entsprechende Rechtsprechung entwickeln und eine differenzierte Lehrmeinung feststehen würde, würde zu einem gewissen Grad Unsicherheit darüber bestehen, in welchem Rahmen etwa Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation tatsächlich von der Schranke erfasst würden. Diese Rechtsunsicherheit würde dabei über das üblicherweise mit einer Gesetzesrevision einhergehende Mass an Rechtsunsicherheit hinausgehen, da die Schrankengeneralklausel aufgrund ihres Charakters als Generalklausel besonders viel Auslegungsspielraum lässt.

Davon abgesehen würde die Schrankengeneralklausel den Nachteil mit sich bringen, dass sie der Tradition kontinentaleuropäischer Urheberrechtsordnungen fundamental entgegenlaufen würde, baut diese doch traditionsgemäss auf einem Katalog präzise formulierter Schrankenbestimmungen auf. Während etwa in der Schweiz und auch in der EU zwar das Bewusstsein dafür, dass das Urheberrecht flexibilisiert werden muss, mittlerweile eingesetzt hat, so ist es derzeit dennoch unwahrscheinlich, dass diese Flexibilisierung dadurch erlangt wird, dass eine Schrankengeneralklausel in die jeweiligen Urheberrechtsordnungen eingeführt wird, sehen doch derzeitige Revisionsbestrebungen keine entsprechende Änderung vor;⁷⁹² dies wohl insbesondere deshalb, weil noch andere Flexibilisierungsmög-

792 Siehe für das schweizerische Urheberrecht Botschaft, BBl 2018 591 ff., die keine entsprechende Flexibilisierung vorsieht; dies gilt insbesondere auch auf europäischer Ebene, ist eine Schrankengeneralklausel doch mit dem derzeitigen europäischen Urheberrecht nicht vereinbar, siehe dazu KLEINEMENKE, 579 f.

lichkeiten bestehen, die den kontinentaleuropäischen Traditionen besser entsprechen.⁷⁹³

VI. Zwischenergebnis

Das vorstehende Kapitel ist der Frage gewidmet, ob das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen *de lege ferenda* durch eine Schrankengeneralklausel wirtschaftlich effizient ausgestaltet werden könnte. Das Kapitel beschränkt sich dabei auf die Untersuchungen FÖRSTERS⁷⁹⁴ und KLEINEMENKES,⁷⁹⁵ haben sich diese doch bereits extensiv mit der Frage beschäftigt, ob und wenn ja, wie eine Schrankengeneralklausel in das deutsche und das europäische Urheberrecht eingeführt werden sollte. Ausgangspunkt ihrer Untersuchungen ist die Erkenntnis, dass enumerative Schrankenataloge, wie sie kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnungen traditionell vorsehen, zu unflexibel sind, um auf technologische Entwicklungen zu reagieren und die daraus resultierenden Werke – oftmals Bearbeitungen im Sinne der dritten Kategorie sequenzieller Innovation – angemessen zu schützen. Den Untersuchungen FÖRSTERS und KLEINEMENKES dienten die U.S.-amerikanische *Fair Use*-Doktrin sowie der in staatsvertraglichen Bestimmungen verankerte Dreistufentest als Vorbild; darauf basierend entwickelten sie konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung einer Schrankengeneralklausel.

Auch wenn sich die vorgebrachten Vorschläge für eine Schrankengeneralklausel in ihrem Detailgrad und ihrer präzisen Ausgestaltung zum Teil stark unterscheiden, so haben sie doch auch wesentliche Gemeinsamkeiten: Sowohl FÖRSTER als auch KLEINEMENKE sehen die Schrankengeneralklausel als Ergänzung zu einem bereits bestehenden Schrankenatalog vor, wodurch der Generalklausel die Funktion eines Auffangtatbestandes zukommen würde. Diese Funktion als Auffangtatbestand hätte den Vorteil, dass einer Urheberrechtsordnung durch die Generalschranke Flexibilität verliehen würde, womit Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation potenziell davon erfasst würden, während gleichzeitig ein hohes Mass an Rechtssicherheit erhalten bleiben könnte. FÖRSTER und KLEINEMENKE sind sich des Weiteren einig, dass der Schranke eine Vergütungspflicht anzufügen wäre, sollen doch die Urheber für die Nutzungen ihrer

793 Siehe dazu etwa Kapitel 11; siehe zudem auch FÖRSTER, 216 ff.

794 FÖRSTER, passim.

795 KLEINEMENKE, passim.

Werke durch Dritte angemessen entschädigt werden. Dies hätte wiederum den Vorteil, dass die Interessen der Urheber und Werknutzer zu einem gerechten Ausgleich gebracht würden; würden Bearbeitungen also von der Schrankengeneralklausel erfasst, so wäre der wirtschaftlich effiziente Zustand hergestellt.

Die Einführung einer nach FÖRSTER und KLEINEMENKE vorgeschlagenen Schrankengeneralklausel hätte allerdings auch zwei wesentliche Nachteile: Erstens würde Unsicherheit darüber bestehen, inwieweit Bearbeitungen tatsächlich von der Schranke erfasst würden, da der potenzielle Anwendungsbereich der Schranke erst noch durch Rechtsprechung und Lehre präzisiert werden müsste. Zweitens stehen Schrankengeneralklauseln der Tradition kontinentaleuropäischer Urheberrechtsordnungen fundamental entgegen, während gleichzeitig alternative Flexibilisierungsmöglichkeiten bestehen, die den kontinentaleuropäischen Traditionen besser entsprechen. Auch wenn eine Schrankengeneralklausel das Recht auf Verwendung von Bearbeitungen und damit Bearbeitungen als dritte Kategorie sequenzieller Innovation somit *de lege ferenda* durchaus in wirtschaftlich effizienter Weise ausgestalten könnte, so bestehen dagegen doch auch berechtigte Einwände. Alternative Flexibilisierungsmöglichkeiten, die im Einklang mit kontinentaleuropäischen Traditionen stehen – wie etwa die Einführung einer Schranke für kreative Bearbeitungen – drängen sich daher wohl stärker auf.