

Kapitel 5: Recht auf Bearbeitungsfreiheit des Werknutzers

I. Vorbemerkungen

Das Recht und die Kontrolle des Urhebers über die Erstellung und Verwendung sequenzieller Innovation steht wie dargelegt sowohl hinsichtlich Bearbeitungen als auch hinsichtlich freier Benutzungen und Parodien dem Urheber zu (Art. 11 Abs. 1 lit. b URG).³⁰⁵ Das URG legt allerdings konkrete Grenzen fest, die diesen ausschliesslichen Rechts- und Kontrollbereich des Urhebers einschränken. Diese Grenzen zeigen sich einerseits am Rande des Schutzbereichs des Bearbeitungsrechts des Urhebers³⁰⁶ und andererseits in den Schrankenbestimmungen, denen sich ebendieses Recht ausgesetzt sieht.³⁰⁷

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

305 Vgl. REHBINDER/VIGANÒ, Art. 11 URG N 7.

306 Siehe dazu sogleich Kapitel 5: II.1.

307 Siehe dazu Kapitel 5: II.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Im Allgemeinen

1. Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers

Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers steckt wie erläutert den äusseren Rand des urheberrechtlichen Schutzes ab und kann daher als Grenze vom Land des Bearbeitungsrechts bezeichnet werden. Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers ist generell eröffnet, wenn eine vorbestehende geistige Schöpfung mit individuellem Charakter (Art. 2 Abs. 1 URG) in der Weise umgestaltet wird, dass eine neue geistige Schöpfung mit eigenem individuellem Charakter entsteht, sei dies eine Bearbeitung, eine Parodie oder eine freie Benutzung. Dieser Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers wird auf drei Arten eingegrenzt: durch die Grenze der Verwendung von Gemeingut, durch die Grenze der Doppelschöpfung³¹³ und durch die Grenze der freien Benutzung. Die Grenze der Verwendung von Gemeingut und die Grenze der Doppelschöpfung können *e contrario* den Schutzvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 URG entnommen werden. Die Schutzgrenze der freien Benutzung lässt sich nicht aus dem URG ableiten,³¹⁴ das Bundesgericht anerkennt sie aber als ungeschriebene Norm des schweizerischen Rechts.³¹⁵ Wird eine dieser drei Schutzgrenzen erreicht, so fällt die konkrete Nutzung des vorbestehenden Werks nicht unter das Bearbeitungsrecht des Urhebers, sondern steht dem potenziellen Werknutzer und somit jedermann zu; in diesem Bereich hat der Werknutzer somit ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit.

2. Schranken des Bearbeitungsrechts des Urhebers

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

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

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

315 Siehe BGE 85 II 120, E. 8.

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

teilweise als umfassende Schranken ausgestaltet und berechtigen den Werknutzer damit zur einwilligungs- und vergütungsfreien Nutzung – also zur Nutzung, die ohne die Einwilligung des Urhebers zulässig ist und für welche ebendiesem Urheber keine Vergütung zu zahlen ist;³¹⁷ teilweise sind die Schranken aber auch als gesetzliche Lizenzen³¹⁸ oder Zwangslizenzen³¹⁹ ausgestaltet, womit die Nutzung zwar ohne die Einwilligung des Urhebers zulässig ist, ebendiese Nutzung aber eine Vergütungspflicht nach sich zieht. Andere Schranken sind alsdann in der Form der kollektiven Verwertungspflicht³²⁰ oder – gemäss dem Entwurf für die Revision des URG – neu auch in der Form der erweiterten Kollektivlizenz³²¹ ausgestaltet, womit das Verwertungsrecht zwar nicht berührt wird, dessen Ausübung aber über die Verwertungsgesellschaften erfolgen muss resp. kann.³²² Die vom URG vorgesehenen Schranken betreffen teilweise alle Verwendungsrechte

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Schrankenbestimmungen, die das Bearbeitungsrecht des Urhebers tangieren, sind als umfassende Schranken ausgestaltet; es sind dies die Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG,³²⁴ die Privatgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG, die Schulgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. b URG³²⁵ sowie die Zitatschranke von Art. 25 URG.³²⁶ Diese Schranken legen daher für das Bearbeitungsrecht des Urhebers den Bereich fest, der zwar vom äusseren Rand des urheberrechtlichen Schutzes erfasst ist, der aber dennoch vom Schutz ausgenommen ist und damit sozusagen eine En-

323 Zur Rechtsnatur der Schrankenbestimmungen siehe ausführlich für Deutschland KLEINEMENKE, 67 ff.

324 Auch wenn die Parodiefreiheit nicht zusammen mit den übrigen Schrankenbestimmungen im 5. Kapitel des URG kodifiziert ist, ist sie dennoch eine Schranke, siehe dazu REHBINDER/VIGANÒ, Art. 11 URG N 15; CR-PI/PHILIPPIN, Art. 11 LDA N 3; SHK-URG/GASSER/OERTLI, Vorbem. Art. 19 URG N 3; BARRELET/EGLOFF, Art. 11 URG N 16 f.

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

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

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

III. Freie Benutzungen

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

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

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

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

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

329 Siehe dazu ausführlich Kapitel 2: IV.1.2.

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

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

IV. Parodien

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

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

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

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

332 BARRELET/EGLOFF, Art. 11 URG N 18 m.w.H.; SHK-URG/PFORTMÜLLER, Art. 11 URG N 10.

schaften einer Parodie (kritisch-belustigende Schöpfung) entsprechen, wie etwa die Travestie^{333, 334}

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

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

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

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

335 Siehe dazu Kapitel 4: III.2.

336 Vgl. CR-PI/PHILIPPIN, Art. 11 LDA N 31; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 11 URG N 13.

337 Siehe RIGAMONTI, 288 f.

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

339 Vgl. REHBINDER/VIGANÒ, Art. 11 URG N 4.

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

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

V. Bearbeitungen

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

1. Mögliche einschlägige Schutzgrenzen

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

340 Siehe SHK-URG/PFORTMÜLLER, Art. 11 URG N 8; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 11 URG N 9; BARRELET/EGLOFF, Art. 11 URG N 13 f.

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

1.1. Schutzgrenze der Verwendung von Gemeingut

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

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

341 Siehe dazu bereits Kapitel 5: II.1.

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

343 Vgl. VON MOLTKE, 52 f.

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

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

1.2. Schutzgrenze der Doppelschöpfung

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

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

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

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

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

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

Ein anderer Teil der Lehre ist der Ansicht, dass die Schutzvoraussetzung des individuellen Charakters (Art. 2 Abs. 1 URG) basierend auf dem Kriterium der statistischen Einmaligkeit³⁵¹ sehr wohl ein Neuheitserfordernis in das Urheberrecht einführe und eine „Doppelschöpfung“ somit nicht nur die Urheberrechte des Erstschöpfers verletze, sondern auch nicht als Werk

347 Vgl. REHBINDER/VIGANÒ, Art. 2 URG N 2; HANDLE, Rz. 393.

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

349 Siehe dazu THOUVENIN, sic! 2010, 889, 898 ff. m.w.N.; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 2 URG N 2; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 34; DESSEMONTET, Rz. 79; MIJATOVIC, 115 ff.; WILD, sic! 2004, 61; SENN, sic! 2017, 521, 531; zurückhaltend SHK-URG/DAVID, Einführung N 23; siehe zudem für Deutschland Dreier/Schulze/SCHULZE, § 2 UrhG N 17 m.w.N.

350 CR-PI/DESSEMONTET, Art. 1 LDA N 11; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 2 URG N 2.

351 Siehe dazu bereits Kapitel 1: I.3.4.

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

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

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

352 Siehe dazu MACCIACCHINI, sic! 2004, 351 ff.; DERS., FS Hilty, 25, 32 ff.; SHK-URG/CHERPILLOD, Art. 2 N 24; HILTY, Rz. 89.

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

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

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

356 So auch REHBINDER/VIGANÒ, Art. 2 URG N 2; für Deutschland zudem Dreier/Schulze/SCHULZE, § 2 UrhG N 17.

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

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

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

1.3. Schutzgrenze der freien Benutzung

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

1.3.1. Verblassensformel

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

359 Siehe dazu Kapitel 5: III.

360 WEGENER, *Musik und Recht*, 341; SALAGEAN, 139.

361 HANDLE, RZ. 289 ff.; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 3 URG N 1; HILTY, RZ. 123, 183.

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

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

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

362 HANDLE, Rz. 290 f.; siehe zudem zu einem Indizienkatalog zur Bestimmung des Verblässens DERS., Rz. 294 ff.

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

364 Siehe zur Verblässensformel Kapitel 5: III.

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

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

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

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

367 Vgl. BGE 125 III 328, E. 4.d.bb.

368 BGH, 4. Februar 1958, I ZR 48/57 (Lili Marleen), GRUR 1958, 402, 403.

369 BGE 85 II 120.

370 BGE 85 II 120, E. 5.

371 BGE 85 II 120, E. 8.

372 Gl.M. VON BÜREN/MEER, SIWR II/1, Rz. 226; SHK-URG/CHERPILLOD, Art. 2 URG N 42.

373 BGE 85 II 120, E. 8.

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

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

1.3.2. Kriterium des inneren Abstands

Das deutsche Urheberrecht kennt neben der Verblassensformel noch ein weiteres Abgrenzungskriterium: das sog. Kriterium des inneren Abstands. Dieses in der deutschen Rechtsprechung³⁷⁵ entwickelte Abgrenzungskrite-

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

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

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

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

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

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

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

gen³⁸⁰ und somit an Fälle gedacht, die wie die Parodie (oder auch die Travestie) auf die Erkennbarkeit des vorbestehenden Werks angewiesen sind, die dabei allerdings keine humoristische Wirkung erzeugen.³⁸¹ Da diese Fälle im schweizerischen Urheberrecht nicht von der Parodieschranke erfasst sind, kann und soll das Kriterium des inneren Abstands auch in der Schweiz zur Abgrenzung von freien Benutzungen und Bearbeitungen herangezogen werden.³⁸²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.4. Zwischenergebnis

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

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

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

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

2. Mögliche einschlägige Schranken

Der Schutzbereich des Bearbeitungsrechts des Urhebers wird zusätzlich zu den beschriebenen Schutzgrenzen auch durch umfassende Schrankenbestimmungen eingeschränkt. Es sind dies die Parodieschranke von Art. 11 Abs. 3 URG, die Privatgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG, die Schulgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. b URG³⁸⁹ sowie die Zitatschranke von Art. 25 URG. Nachfolgend wird untersucht, ob eine dieser bestehenden Schrankenbestimmungen auf Bearbeitungen Anwendung findet und damit für den Werknutzer ein Recht auf Bearbeitungsfreiheit zur Erstellung und unabhängigen Verwendung von Bearbeitungen abgeleitet werden kann.³⁹⁰

2.1. Parodiefreiheit

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

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

389 Siehe zur Qualifikation von Teilen der Eigengebrauchsschranke als umfassende Schranke resp. unentgeltliche gesetzliche Lizenz Kapitel 5: II.2. (Fn. 325).

390 Siehe dazu bereits Kapitel 5: II.2.

391 Siehe dazu bereits Kapitel 5: IV.

392 DESSEMONTET, SIWR II/1, Rz. 631.; BARRELET/EGLOFF, Art. 11 URG N 16.

der Parodie lediglich literarische Werke fallen.³⁹³ Als *vergleichbare Abwandlungen* gelten Parodien anderer Werkkategorien³⁹⁴ und andere humoristische Nachahmungsformen, die wie die Parodie einen kritisch-belustigenden Zweck verfolgen.³⁹⁵ Dieser Begriff der *vergleichbaren Abwandlungen* wird also mit dem Fokus auf den Sinn und Zweck der Parodie teleologisch reduziert auf Abwandlungen, die ebenfalls einen kritisch-belustigenden Zweck verfolgen.³⁹⁶ Anhand dieses kritisch-belustigenden Zwecks heben sie sich demnach von der regulären Bearbeitung ab;³⁹⁷ sie streben die Erkennbarkeit des vorbestehenden Werks an, um ebendieses zu kritisieren oder zu kommentieren und in belustigender Weise darzustellen. In der Lehre wird dabei diskutiert, ob das kritische Element nebst dem belustigenden Element für die Parodie und damit auch für die vergleichbare Abwandlung begriffsnotwendig ist oder ob auf das kritische Element verzichtet werden kann.³⁹⁸ Einem Teil der Lehre zufolge ist das kritische Element nicht konstitutiv, da die Parodie kein Mittel der Pädagogik, sondern ein reines Mittel zur Belustigung sein solle.³⁹⁹ Ein anderer Teil der Lehre betrachtet das kritische Element – m.E. zurecht – als für die Parodie begriffsnotwendig, da sich die besondere Schutzwürdigkeit der Parodie gerade aus dieser kritischen Meinungsäußerung über das vorbestehende Werk ergebe.⁴⁰⁰ Nach diesem Teil der Lehre liegt demnach erst eine Parodie resp. erst eine mit der Parodie vergleichbare Abwandlung vor, wenn darin nebst dem belustigenden auch ein kritisches Element enthalten ist, wobei an ebendieses kritische Element wohl keine allzu hohen Anforderungen ge-

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

394 BARRELET/EGLOFF, Art. 11 URG N 18 m.w.H.; SHK-URG/PFORTMÜLLER, Art. 11 URG N 10.

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

396 Siehe dazu ausführlich Kapitel 8: I.

397 WEGENER, Musik und Recht, 360, spricht von einer „Sonderform der Bearbeitung“.

398 Siehe LÖTSCHER, Rz. 32 f. m.w.N.

399 DESSEMONTET, Rz. 388; gl.M. HERTIG RANDALL, FS von Büren, 415, 445 f.

400 So etwa RIGAMONTI, 287; INEICHEN, 138; DE WERRA, Rz. 126; HEFTI, 121; SALVADÉ, *medialex* 1998, 92, 93 f.; im deutschen Urheberrecht wird eine sog. antithematische Behandlung und damit ebenfalls ein kritisches Element gefordert, siehe dazu etwa Dreier/Schulze/Schulze, § 24 UrhG N 25; Möhring/Nicolini/Ahlberg, § 24 UrhG N 30; HASSE, 102 f.

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

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

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

401 RIGAMONTI, 287, der ein kritisches Element nicht nur in der negativen Auseinandersetzung, sondern auch in der positiven Bestätigung eines vorbestehenden Werks sieht; INEICHEN, 138, der lediglich eine in Ansätzen erkennbare kritische Grundtendenz fordert; DE WERRA, Rz. 126, der lediglich ein Hauch von Kritik fordert; HEFTI, 121, der eine kritische Tendenz fordert; SALVADÉ, *medialex* 1998, 92, 93 f., der eine analytische Idee zum Werk bereits als kritisch erachtet.

402 Botschaft, BBl 1989 III 477, 530.

403 Siehe für Deutschland HASSE, 99 ff.

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

405 WEGENER, *Musik und Recht*, 360.

406 WEGENER, *Musik und Recht*, 360.

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

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

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

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

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

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

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

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

411 Vgl. HANDLE, Rz. 332.

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

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

412 Vgl. WEGENER, Musik und Recht, 360; MENELL, 164 U. Penn. L. Rev. 441, 452 ff. (2016); McLEOD/DiCOLA, 19 ff.

413 Vgl. WEGENER, Musik und Recht, 360; GELKE, 175 f.; HANDLE, Rz. 332.

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

415 Vgl. WEGENER, Musik und Recht, 360.

2.2. Privat- oder Schulgebrauch

Die Privatgebrauchs- und die Schulgebrauchsschranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG erlauben es, Werke im persönlichen Bereich und im Kreis eng verbundener Personen wie Verwandte oder Freunde (lit. a) resp. im Schulunterricht durch Lehrpersonen und Schüler⁴¹⁶ (lit. b) zu verwenden. Sowohl die Privatgebrauchsschranke als auch die Schulgebrauchsschranke sind dabei in Bezug auf das Bearbeitungsrecht des Urhebers umfassend ausgestaltet; wird also ein Werk zum Privat- oder Schulgebrauch bearbeitet, so ist dafür weder die Einwilligung des Urhebers einzuholen noch eine Vergütung geschuldet.⁴¹⁷

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

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

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

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

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

420 BARRELET/EGLOFF, Art. 19 URG N 12.

terrichtsgestaltung und die Veranschaulichung des Schulalltags zu ermöglichen.⁴²¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

425 Siehe REHBINDER/VIGANÒ, Art. 19 URG N 20.

426 Siehe BARRELET/EGLOFF, Art. 19 URG N 11; so wohl auch CHERPILLOD, SIWR II/1, Rz. 767; a.A. REHBINDER/VIGANÒ, Art. 19 URG N 20.

427 Vgl. REHBINDER/VIGANÒ, Art. 19 URG N 20.

findende Verwendungshandlungen nicht unter die Privat- oder Schulgebrauchsschranke.

2.3. Zitierfreiheit

Die Zitatschranke von Art. 25 URG erlaubt es, vorbestehende Werke oder Teile davon zu zitieren, d.h. unter Angabe der Quelle zu übernehmen und sie originalgetreu oder in leicht veränderter Form in einem neuen Werk⁴²⁸ wiederzugeben.⁴²⁹ Es bedarf dabei einer inneren Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk, muss doch das Zitat dem Zweck der Erläuterung,⁴³⁰ des Hinweises⁴³¹ oder der Veranschaulichung⁴³² dienen und damit einen Bezug zwischen dem vorbestehenden Werk und dem Zitatmedium herstellen (sog. Belegfunktion, Art. 25 Abs. 1 URG).⁴³³ Ein Zitieren um seiner selbst willen ist kein zulässiger Zitzweck und wird daher von der Zitatschranke nicht erfasst.⁴³⁴ Wie umfangreich das Zitat sein darf, um von der Zitatschranke erfasst zu werden, hängt vom Zweck ab, der mit dem konkreten Zitat verfolgt wird.⁴³⁵ Die Zitatschranke ist auf literarische Werke anwendbar; nach umstrittener aber wohl herrschender Meinung findet sie auch auf Werke der bildenden Kunst sowie auf solche der Fotografie

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

429 Siehe dazu RUEDIN, Rz. 403; CR-PI/RENOLD/CONTEL, Art. 25 LDA N 4; BARRELET/EGLOFF, Art. 25 URG N 5; MORANT, 110 ff., 113 ff.; CHERPILLOD, SIWR II/1, Rz. 900; SHK-URG/MACCIACCHINI/OERTLI, Art. 25 URG N 26.

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

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

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

433 REHBINDER/VIGANÒ, Art. 25 URG N 3; GASSER/MORANT, *sic!* 2006, 229, 235; der Begriff „Belegfunktion“ wird primär im deutschen Urheberrecht verwendet.

434 Vgl. RUEDIN, Rz. 446 f., 481 ff.; BARRELET/EGLOFF, Art. 25 URG N 3; SHK-URG/MACCIACCHINI/OERTLI, Art. 25 URG N 10; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 145; MORANT, 112, 169 (Fn. 770 m.w.H.); CHERPILLOD, SIWR II/1, Rz. 903.

435 Siehe dazu BGE 131 III 480, E. 2.1 f.; CR-PI/RENOLD/CONTEL, Art. 25 LDA N 24 f.; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 25 URG N 4.

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

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

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

436 Siehe dazu ausführlich SHK-URG/MACCIACCHINI/OERTLI, Art. 25 URG N 5 ff. m.w.N.; CR-PI/RENOLD/CONTEL, Art. 25 LDA N 13 ff., 19 m.w.N.; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 25 URG N 1; CHERPILLOD, SIWR II/1, Rz. 898; a.A. BARRELET/EGLOFF, Art. 25 URG N 2, 8; DESSEMONTET, Rz. 491.

437 Siehe dazu ausführlich SALAGEAN, 57 f., 141 f.; CR-PI/RENOLD/CONTEL, Art. 25 LDA N 18 f.; BARRELET/EGLOFF, Art. 25 URG N 8; SHK-URG/MACCIACCHINI/OERTLI, Art. 25 URG N 14; RUEDIN, Rz. 568 ff., insbesondere 580 ff.; a.A. CHERPILLOD, SIWR II/1, Rz. 898; DESSEMONTET, Rz. 492.

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

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

440 Vgl. dazu CR-PI/RENOLD/CONTEL, Art. 25 LDA N 4; MORANT, 134; vgl. für Deutschland Dreier/Schulze/DREIER, § 51 UrhG N 7.

441 Siehe WEGENER, Musik und Recht, 52.

442 Vgl. WEGENER, Musik und Recht, 52.

der Umfang des Zitats durch den Zitat Zweck gerechtfertigt), so liegt ein zulässiger Zitat Zweck und damit ein Zitatmedium vor; andernfalls liegt eine Bearbeitung⁴⁴³ oder aber eine blosser Vervielfältigung⁴⁴⁴ vor, auf welche die Zitatschranke keine Anwendung findet.

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

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

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

443 Vgl. WEGENER, Musik und Recht, 52.

444 Siehe BGE131 III 480, E. 2.2; RUEDIN, Rz. 652.

445 MORANT, 167 f.

446 SHK-URG/MACCIACCHINI/OERTLI, Art. 25 URG N 11; CR-PI/RENOLD/CONTEL, Art. 25 LDA N 3 f.; MORANT, 166 ff.; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 25 URG N 3.

447 Siehe dazu RUEDIN, Rz. 481 f.; BARRELET/EGLOFF, Art. 25 URG N 3; SHK-URG/MACCIACCHINI/OERTLI, Art. 25 URG N 10, 15; REHBINDER, Urheberrecht, Rz. 145; MORANT, 112, 169 (Fn. 770 m.w.H.); CHERPILLOD, SIWR II/1, Rz. 903.

448 Siehe zum *Mashup* ausführlich GELKE, 20 f.

449 Siehe für Deutschland GELKE, 154 f.

450 Vgl. dazu für Deutschland GELKE, 155 (Fn. 525).

451 Vgl. auch RUEDIN, Rz. 588; a.A. DESSEMONTET, Rz. 492, der beim *Sound Sampling* keine innere Auseinandersetzung mit dem Zitatobjekt erkennt.

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

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

2.4. Zwischenergebnis

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

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

453 Siehe SALAGEAN, 142; WEGENER, Musik und Recht, 359; DESSEMONTET, Rz. 492.

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

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

VI. Zwischenergebnis

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

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

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

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

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