

Besprechung | Compte rendu

Eliane Haas

Die Verwendung von Bearbeitungen urheberrechtlich geschützter Werke

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019, 261 Seiten, EUR 69.00, ISBN 978-3-8487-5889-0

Die Basler Dissertation von ELIANE HAAS ist ein *innovativ-kreativer Beitrag* zu den Bemühungen, die urheberrechtliche Welt nicht weiter aus den Fugen geraten zu lassen. Am Beispiel der Bearbeitung («Werk zweiter Hand», Art. 3 URG) und der daran bestehenden Rechte nimmt sich die Autorin der Disbalance an, welche dadurch entstanden ist, dass man insbesondere im digitalen Urheberrecht zwar den vereinfachten Reproduktionsmöglichkeiten Rechnung getragen hat, jedoch zu wenig berücksichtigt, dass sich gleichermaßen auch die Produktionsbedingungen selber vereinfacht und sich dadurch die Massstäbe teilweise verschoben haben (22). Damit nicht genug, kann mit der Autorin eine kontinuierliche Senkung der Voraussetzungen für den urheberrechtlichen Schutz beobachtet werden (35). Im Ergebnis geraten dabei die Interessen der Werknutzer aus dem Blickfeld (35), und die wuchernde Ausdehnung des Urheberschutzes auf industriell-gewerbliche Erzeugnisse droht immer stärker zu Lasten jener zu gehen, für welche das System ursprünglich gedacht war. Das gesetzgeberische Husarenstück des neuen Fotografieschutzes (Art. 2 Abs. 3^{bis} URG), mit dem sich jedermann nun stolzer hundertfacher Inhaber von Rechten an seinen Selfies rühmen darf, trägt seinerseits dazu bei, dass die Akzeptanz des Urheberrechts in der (jüngeren) Öffentlichkeit erodiert und sich allmählich zu einer eigentlichen *System- und Legitimationskrise* auswächst. Pointiert wird dies etwa mit den Schlagworten von der «Erosion des urheberzentrierten Paradigmas» (GERD HANSEN) oder vom «Urheberrecht als Klotz am Bein der neuen Kreativen» (PHILIPP KRUSEMARCK) veranschaulicht.

Eliane Haas fasst die verschiedenen Tatbestände urheberrechtlichen Schaffens, welches auf einem vorbestehenden Werk aufbaut bzw. sich dessen bedient, unter dem Begriff der *sequenziellen Innovation* zusammen. Wohl ist der von ihr eingeführte Begriff der «Innovation», wie sie selber einräumt, technologisch konnotiert, gerade durch seinen Einsatz wird aber auch der Querbezug zum Neuheitsprinzip im Patentrecht sichtbar. Erfindung und Schöpfung – Neuheit und Individualität: Diese immaterialgüterrechtlichen Begriffspaare liegen wohl weniger weit voneinander entfernt, als man gemeinhin annehmen will. Allerdings erhebt sich die Frage, was als urheberrechtliches Abgrenzungskriterium noch bleibt, wenn der «Kunstzugehörigkeit» «so gut wie keine Begrenzungswirkung zukommt» (41) und die «Indivi-

dualität» durch «Neuheit» umschrieben werden kann (42). Man muss nicht einem ironischen Nihilismus verfallen (wie etwa I. MIJATOVIC, Ein Werk erfüllt die Schutzvoraussetzungen, wenn es vogelig genug ist, sic! 2006, 432), um absehen zu können, dass eine Differenzierung zwischen patentrechtlichem und urheberrechtlichem Neuheitsbegriff das Problem nur verschiebt, und man am Schluss des Gedankengangs, welcher diese Neuheit wertend qualifizieren und abgrenzen soll, womöglich zurück auf Feld eins sich wiederfindet. Wie wenig man auch hier etwas aus Begriffen selber herausholen kann, zeigt sich an der Karriere der während Jahre beherrschenden Figur der «statistischen Einmaligkeit». Fast unbemerkt ist das Bundesgericht von dieser in den letzten Jahren zur schlichten «Einmaligkeit» übergegangen (4A_115/2017, E. 2.6 und 4A_472/2021, E. 6.1.2.), was immerhin den Vorteil birgt, dass keine numerisch-naturwissenschaftlichen Massstäbe vorgespiegelt werden, wo letztlich wohl Gefühlsjurisprudenz Platz greift. Wie dünn die Grenze zwischen Erfindung und Werk in der Praxis geworden ist, zeigt aber auch der deprimierende «Feuerring»-Entscheid des Bundesgerichts (4A_472/2021). Diese fortschreitende Ausdehnung des Urheberrechts im Bereich der kunstgewerblich-industriellen Produktion führt zu einem patent-, design- und urheberrechtlich postmodernen «anything goes».

Die Basler Dissertation von HAAS will das Problem aber nicht «vorne» bei den Schutzkriterien, sondern hinten bei den Schranken angehen. Auch dies ist zu begrüßen. Mag die wirtschaftliche Analyse der Problematik (59 ff.) etwas an der Oberfläche bleiben, fragt man sich auch, ob die Ergebnisse und Folgerungen, welche sich zu Gunsten neuer Schrankenbestimmungen ergeben, nicht etwas gar einseitig auf «Effizienz» getrimmt sind (86) und wesentliche Unterschiede zwischen anglo-amerikanischem und europäischem Urheberrecht unberücksichtigt lassen (siehe dazu etwa S. BEUTLER/R. STUTZ, Copyright v. droit d'auteur, Sieben wichtige Unterschiede zwischen dem angelsächsischen und dem kontinentaleuropäischen Urheberrechtssystem, recht 1998, 1 ff.). Mit etwas schlechtem Willen könnte man die Ausführungen (86, 134, 143, 220) sogar dahingehend missverstehen, dass wirtschaftliche Effizienz nicht nur *ein* konstituierendes Element des Rechtsdenkens unter vielen ist, sondern das einzige. Natürlich wird man dies der Autorin aber nicht unterstellen wollen, zumal ihre Ausführungen im Ganzen doch sehr umsichtig und differenziert sind. Hervorgehoben werden dürfen auch die formale Sorgfalt und die sprachliche Trittsicherheit, mit welcher die Abhandlung verfasst ist.

Besprochen von GREGOR WILD, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

Nach Art. 11 Abs. 3 URG ist nicht nur die Verwendung bestehender Werke zur Schaffung von Parodien zulässig, sondern auch die Verwendung «vergleichbaren Abwandlungen des Werks». HAAS zeigt, dass eine Flexibilisierung bzw. Liberalisierung zugunsten der sequenziellen Innovation nicht durch eine extensive Auslegung der «vergleichbaren Abwandlungen» erreicht werden kann, da man sonst diese Abwandlungen aus dem Funktionsumfeld der Parodie und ihrem «inneren Gerangel» (114) lösen und damit die Schleusen für kaum mehr beschränkte Bearbeitungen öffnen würde.

HAAS weist weiter nach, dass nicht nur die Schrankenbestimmungen der Parodiefreiheit, sondern auch jene der Zitatfreiheit (Art. 25 URG) kaum tauglich sind, ein liberales Regime im Bereich der sequenziellen Innovation zu schaffen. Der Grund liegt aber m.E. nicht darin, dass diese Schranken nur auf literarische Werke anwendbar wären. Ist mit der Autorin zwar einig zu gehen, dass es auch Musik-, Tanz-, Bild- und Filmzitate gibt, so erscheint eine enge Beschränkung der Parodie auf «lediglich literarische Werke» (117) eher zweifelhaft, zumal sich eine solche Limitierung aus der Botschaft nicht zwingend ergibt (BBl 1989 III 530). Folgen mag man der Autorin in der Ansicht, dass auch eine Schrankengeneralklausel das Problem nicht lösen würde, selbst wenn sie, wie etwa Art. 2 UWG, mit Spezialbestimmungen kombiniert wäre. Dass etwa das Markenrecht überhaupt ohne positivierte Schrankenbestimmungen auskommt, es solche Schranken aber auch dort unbestrittenermassen gibt (A. WIDMER/P. SCHRAMM/S. HOLZER, Schranken des Markenrechts, sic! 2007, 873 ff.), wird vor allem damit zu erklären sein, dass diesem die «Schrankenschanke» des Dreistufentests (Art. 9 Abs. 2 RBÜ) nicht bekannt ist. Dies wiederum hängt damit zusammen, dass das Kennzeichenrecht, anders als das Urheberrecht, gerade kein Innovationsrecht und zudem heute von persönlichkeitsrechtlichen Elementen purifiziert ist.

Nachdem dargelegt wurde, dass auf der Grundlage des geltenden Rechts kaum Lösungen zu erreichen sind, schlägt die Autorin denn auch eine Lösung *de lege ferenda* vor (221) und stellt als Kernstück ihrer Arbeit folgenden Diskussionsanstoß in den Raum: «Sequenziell» anknüpfend an Überlegungen des Berkeley-Rechtslehrers Peter Menell schlägt sie die Einführung einer Schranke zugunsten kreativer Bearbeitungen vor, die es Werknutzern ermöglichen soll, kreative Bearbeitungen verwenden zu können, ohne dafür die Rechtsinhaber um Erlaubnis zu bitten, womit auch den Kommunikationsgrundrechten der Werknutzer Rechnung getragen würde (194). Vereinfacht wäre nach der Autorin die Bestimmung von Art. 11 URG zur Werkintegrität wie folgt zu ergänzen (Ergänzungen in Kursivschrift): «Zulässig ist die Verwendung bestehender Werke zur Schaffung von Parodien oder mit ihnen vergleichbaren Abwandlungen des Werks sowie zur Schaffung von kreativen Bearbeitungen. Wer kreative Bearbeitungen auf irgendwelche Art verwendet, schuldet dem Urheber eine Vergütung. Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden» (165).

Unter den Begriff der «kreativen Bearbeitungen» würden gemäss dem Vorschlag von HAAS solche Bearbeitungen fallen, die in quantitativer Hinsicht mindestens sechs vorbestehende Werke oder Werkteile zu einem neuen Werk vereinen und in qualitativer Hinsicht einen erhöhten individuellen Charakter haben (238). Die von ihr gesetzten Hürden (sechs vorbestehende Werke als Fundus) und die im Vergleich zu Art. 2 Abs. 1 URG «erhöhte» Individualität scheinen im Ergebnis aber relativ hoch zu sein, so dass wohl nur ein eher geringer Teil des «sequenziellen Schaffens» von dieser Erleichterung profitieren würde. Der Ansatz von HAAS scheint zudem stark *musikorientiert* zu sein (155 f.), und es bleibt zu diskutieren, ob und inwieweit er für andere Werkkategorien passend sein kann und ob man damit im Resultat nicht lediglich Sonderbestimmungen für den Musikbereich einführen würde.

Die Autorin mag vielleicht die Verletzlichkeit der Künstlerseele etwas unterschätzen, wenn sie die Grenze der Werkintegrität sehr eng zieht und ein Verbot nur in extremen Fällen gewähren will (190). Die Auseinandersetzungen im Architektururheberrecht (BGE 117 II 466 ff.; BGER 4A_423/2011) zeugen davon, dass das zarte Gemüt des Urhebers schon viel früher erregt werden kann, wenn sein Werk angefasst bzw. in dieses eingegriffen wird. Der Ansatz von HAAS läuft indes – stark geprägt von den vorausgeschickten Gedanken ökonomischer Effizienz – etwas überspitzt auf eine «*bezahl und nimm*»-Lösung hinaus. Eine solche Lösung ist dem geltenden Recht zwar nicht unbekannt, jedoch gilt dies im Wesentlichen nur für die Vervielfältigungs- und Wiedergabehandlungen, wobei anzumerken ist, dass diese sogar im Rahmen der erlaubten Parodie abzugelten sind, weil eine Parodie notwendigerweise auch eine Vervielfältigung mit sich bringt (RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 528).

Die Abhandlung von HAAS ist ein Schatzkästchen gefüllt mit guten Gedankenanstössen. So wird man etwa zum Nachdenken darüber angeregt, ob die Frage der Werkentstellung, beeinflusst von der Sphärentheorie des Persönlichkeitsschutzes (BGE 97 II 97 ff. E. 3) allenfalls anhand *zwei unterschiedlicher Massstäbe* beurteilt werden könnte: nach einem absoluten Massstab bei einer für jedermann und erga omnes sofort erkennbaren Entstellung, Herabsetzung oder durch Kontextmissbrauch (hier etwa die Verwendung von Musik in einem sittenwidrigen oder radikalen Kontext); und nach einem relativen Massstab bei einer Verwendung des Werks gegen den expliziten (vorgängig geäußerten) Willen der Urheberin oder in Missachtung ihrer Geisteshaltung oder Weltanschauung, etwa durch die Verwendung von Fotos in einer Biographie für eine Persönlichkeit, zu deren Verfasser die Person offensichtlich in Distanz oder Ablehnung steht (190).

Die Chancen, dass die Vorschläge von HAAS für eine neue Schrankenbestimmung zugunsten kreativer Bearbeitungen im Rahmen der Gesetzgebung auf Resonanz und gar Akzeptanz stossen werden, wird man realistisch beurteilen müssen. Dies schmälert den Wert ihres Anstosses nicht. Man wünscht ihm, dass er die weitere Diskussion beleben wird.