

Willi Egloff

# FAIR Works – Eckpunkte eines Urheberrechts für die digitale Welt

Das Urheberrecht hat sich aus sektoriellen Regelungen für die Kreativwirtschaft zu einem zentralen Regulierungsfaktor der gesamten Digitalgesellschaft entwickelt. Trotz laufender Aktualisierung der Rechtsvorschriften auf nationaler und internationaler Ebene wird es dieser Aufgabe nur in sehr ungenügender Weise gerecht. Die Entwicklung des Urheberrechts im 20. Jahrhundert steht einer Anpassung an die digitale Welt im Wege.

Der Beitrag plädiert für eine Rückbesinnung auf die historische Zielsetzung des Urheberrechts: dafür zu sorgen, dass Werke FAIR sind, nämlich Findable, Accessible, Interoperable und Re-usable.

Le droit d'auteur, qui consistait en des réglementations sectorielles destinées à l'économie créative, est devenu un facteur de régulation central de la société numérique dans son ensemble. Malgré la mise à jour en cours des normes juridiques à l'échelle nationale et internationale, cette mission n'est remplie que de manière très insatisfaisante. Le développement du droit d'auteur au cours du XX<sup>e</sup> siècle allait à l'encontre d'un ajustement au monde numérique.

Le présent article plaide en faveur d'un retour aux objectifs historiques du droit d'auteur: veiller à ce que les œuvres soient FAIR, autrement dit findable (faciles à trouver), accessible (accessibles), interoperable (interopérables) et re-usable (réutilisables).

## I. Einleitung

### II. Ein kurzer Rückblick: Zur Herkunft des Urheberrechts

1. Der Ursprung des Copyrights in England
2. Die Entwicklung des Droit d'auteur in Frankreich
3. Die Entstehung von Nachbarrechten
4. Immer weniger Urheberrecht, immer mehr Produzentenschutzrecht

### III. Digitalisierung und ihre Folgen für das Urheberrecht

1. Vervielfältigung im Privatbereich
2. Das Internet: Dateien werden ubiquitär
3. Verlust des Individualitätserfordernisses und der Freiheit des Werkgenusses
4. Wozu noch Urheberrecht?

### IV. Zielsetzung des Urheberrechts: FAIR works

1. Exkurs: FAIR data principles
2. FAIR data erfordern FAIR works
3. Prinzipien einer urheberrechtlichen Regelung von FAIR works
4. FAIR works und die Interessen der kreativ Tätigen

### V. Folgerungen für ein Urheberrecht in einer digitalen Welt

1. Materielle Schutzvoraussetzungen: Individualität und Originalität
2. Abgrenzungskriterium für FAIR works: Wahrnehmbarkeit
3. Kein originärer Rechtsschutz für Intermediäre
4. Notwendigkeit der Kollektivverwertung

## VI. Die Funktion des Urheberrechts in der digitalen Welt

1. Urheberrecht als Recht der kreativ Tätigen
2. Urheberrecht als Recht der Wiederverwendung von FAIR works
3. Urheberrecht als Recht des Zugangs zu den Ergebnissen kreativer Arbeit
4. Verwertungsgesellschaften als Vermittlungsinstitutionen

## I. Einleitung

Lange Zeit galt das Urheberrecht in der juristischen Wissenschaft als ein Orchideenfach, für das sich nur eine kleine Minderheit von spezialisierten Fachleuten interessierte. Sein Anwendungsbereich beschränkte sich auf bestimmte Sektoren der Kreativwirtschaft, und die praktische Relevanz im juristischen Alltag war eng begrenzt. Das hat sich mit der Digitalisierung von urheberrechtlich geschützten Werken und Darbietungen und vor allem mit der Möglichkeit der weltweiten Übermittlung dieser Dateien über das Internet fundamental verändert. «Nolens volens reguliert das Urheberrecht mittlerweile die gesamte Infrastruktur der Digitalgesellschaft in massgeblicher Weise», stellen KATHARINA DE LA DURANTAYE und FRANZ HOFMANN in einer kürzlich erschienenen Trendanalyse zutreffend fest.<sup>1</sup> THOMAS HOEREN sprach schon viel früher von der «Magna Charta der Informationsgesellschaft»<sup>2</sup> oder der «Magna Charta der Wissensordnung des Informationsrechts».<sup>3</sup> Das Urheberrecht ist zu

WILLI EGLOFF, Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern.

Für wertvolle Hinweise danke ich den Herren Dr. Dieter Meier, ehem. Direktor der Verwertungsgesellschaft Suissimage, und Dr. Emanuel Meyer, Leiter Rechtsdienst Urheberrecht beim Institut für geistiges Eigentum.

1 K. DE LA DURANTAYE/F. HOFMANN, Regulierungsansätze, -defizite und -trends im Urheberrecht 2021, ZUM 2021, 873 ff.

2 T. HOEREN, Die Reichweite gesetzlicher Schranken und Lizenzen, in: M. LEHMANN (Hg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, 104.

3 T. HOEREN, Urheberrecht 2000. Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3 ff.

einem zentralen Faktor des Rechts der Kommunikation im Internet geworden, und es bestimmt damit in erheblichem Masse unser privates, wirtschaftliches und soziales Dasein.

Es liegt auf der Hand, dass ein derart fundamentaler Funktionswechsel nicht ohne Auswirkungen auf das Rechtsgebiet selbst und auf dessen Wahrnehmung bei den Betroffenen bleibt. Urheberrecht findet heute in grossem Masse auf technische und kommunikative Sachverhalte Anwendung, welche im Zeitpunkt der Gesetzgebung noch unbekannt waren und für welche es daher auch nicht konzipiert war. Es kann nicht erstaunen, dass diese Anwendungen nicht selten zu wenig sachgerechten, praxisfremden oder auch schlicht absurden Ergebnissen führen. Schwieriger als solches Ungenügen festzustellen ist es, Wege zur Behebung der Mängel zu finden. Zwar sind Gesetzgeberinnen und Gesetzgeber auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene eifrig bemüht, die bestehenden Vorschriften zu aktualisieren und auf die neuen Sachverhalte hin weiter zu entwickeln, um so das Urheberrecht an die digitale Welt anzupassen. Ebenso betont die Kreativwirtschaft bei jeder Gelegenheit die grosse Bedeutung, welche dieser urheberrechtliche Schutz gerade in der digitalen Welt für ihre weitere Entwicklung, ja für ihre Existenz habe. Beides hat aber die von anderer Seite erhobene Forderung, den ganzen Normenkomplex als durch die Digitalisierung hoffnungslos überholt möglichst rasch und ersatzlos abzuschaffen, bisher nicht zum Verstummen bringen können.

Vor diesem Hintergrund will der vorliegende Beitrag versuchen, die Auswirkungen der Digitalisierung auf das Urheberrecht systematisch einzuordnen und die sich daraus ergebenden Fragestellungen rechtshistorisch zu verorten. Das soll ermöglichen, neue Orientierungspunkte für ein Urheberrecht in der digitalen Welt zu gewinnen, die mit dem historisch gewachsenen Gesamtsystem kompatibel sind.

## II. Ein kurzer Rückblick: Zur Herkunft des Urheberrechts

### 1. Der Ursprung des Copyrights in England

Als erstes Urheberrechtsgesetz gilt der Rechtswissenschaft das englische Statute of Anne aus dem Jahre 1709.<sup>4</sup> Offiziell heisst dieser Erlass «Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of printed Books, in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned».<sup>5</sup> Dieser Titel macht deutlich, dass das zentrale Anliegen des neugeschaffenen Schutzes nicht im Wohlergehen der Urheberinnen und Urheber und auch nicht der Druckereien und Verlage gesehen wird, sondern im «Encouragement of Learning», also in einer bildungspolitischen Zielsetzung der Aufklärung. Das Urheberrecht wird hier verstanden als ein Instrument zur Förderung der staatlich erwünschten Verbreitung von Wissen, das in den schon bestehenden und den noch zu schaffenden Druckerzeugnissen enthalten ist.

Das Besondere und epochal Neue an diesem Gesetz ist, dass es sich auch auf zukünftige Werke bezieht.<sup>6</sup> Vorschriften gegen den Nachdruck bestehender Bücher gab es schon vorher zuhauf, und auch die im Statute of Anne enthaltenen

Vorschriften über die Pflicht zur Registrierung der Bücher und zur Ablieferung von Pflichtexemplaren waren keineswegs neu. Bahnbrechend aber war, dass nun auch «the Author of any Book (...) that shall hereafter be composed» prophylaktisch einen 14-jährigen Schutz gegen Nachdrucke zugesichert erhält. Dieser Schutz bezieht sich auf die blossе Absicht, ein Buch zu schreiben, und verweist damit zwingend auf die Autorinnen und Autoren dieser zukünftigen Bücher. Allerdings bleibt der Schutz auch hier noch von der späteren Existenz eines physischen Objektes abhängig: Er wird nur unter der Bedingung gewährt, dass ein Buch veröffentlicht wird, und die Dauer des Schutzes berechnet sich ab dem Zeitpunkt dieser Veröffentlichung. Ausserdem geht das Recht sofort auf den Verlag oder die Druckerei über, an welche die Autorinnen und Autoren ihre Manuskripte verkaufen. Von einem eigentlichen Eigentum am geistigen Werk kann daher auch unter der Ägide des Statute of Anne noch nicht die Rede sein.

Gleiches gilt für die verschiedenen Copyright Acts, die im Anschluss an die Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten von 1776 erlassen wurden.<sup>7</sup> Die Bedeutung des Urheberrechts für den sozialen und wirtschaftlichen Fortschritt und das Ziel, «to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Investors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries»,<sup>8</sup> erhielt hier sogar Verfassungsrang. Wie schon bisher im englischen Mutterland handelte es sich aber nicht um ein Recht an einem irgendwie gearteten geistigen Eigentum, sondern um einen wettbewerbsrechtlichen Schutz der Buchproduktion, der vorwiegend bildungs- und entwicklungspolitisch motiviert war.

### 2. Die Entwicklung des Droit d'auteur in Frankreich

War es in England die Buchproduktion, von welcher der Anstoss zu urheberrechtlichen Regelungen ausging, war es in Frankreich das Theaterschaffen, welches Schutz vor unlauteren Praktiken benötigte. Zwar war der Anspruch der Theaterautoren auf Tantiemen unbestritten, doch wurde er von den Intendanten durch geschönte Abrechnungen systematisch unterlaufen.<sup>9</sup> Auch richtete sich der Anspruch nur gegen das Theater, welches die Stücke als erstes aufführte, während für spätere Aufführungen auf andern Bühnen, insbesondere in der französischen Provinz, keine Entschädigungen mehr be-

4 Zur Geschichte und Bedeutung dieses Erlasses insbesondere R. DEAZLEY, *On the Origin of the Right to Copy. Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth Century Britain (1695–1775)*, Oxford 2004, 31 ff.; A. OSTERRIETH, *Die Geschichte des Urheberrechts in England mit einer Darstellung des englischen Urheberrechts*, Leipzig 1895, nachgedruckt in UFITA 131/1996, 171 ff., und 132/1996, 101 ff.

5 DEAZLEY (Fn. 4), 31 ff.; D. J. GERVAIS, *(Re)structuring Copyright*, Cheltenham 2017, 12 ff.

6 W. EGLOFF, *Geschichten vom Urheberrecht*, Bern 2017, 8.

7 H. SCHACK, *Die ersten Urheberrechtsgesetze in den Vereinigten Staaten von Amerika 1783–1786*, UFITA 136/1998, 219 ff.

8 Art. 1 § 8 cl. 8 der US-Bundesverfassung von 1787.

9 C. SPRANG, *Grand Opéra vor Gericht*, Baden-Baden 1993, 30 ff.; A.-A. WANDTKE, *Beaumarchais et la propriété intellectuelle*, UFITA 2008 II, 309 ff.

zahl wurden.<sup>10</sup> Noch unter dem Ancien Régime hatte sich ein Arrêt des Conseil du Roi vom Dezember 1780 mit dieser Situation befasst und eine für die Autoren günstigere Tantiemenregelung statuiert. Weniger als zwei Jahre nach der Revolution, nämlich am 13. Januar 1791, erliess die neu zusammengesetzte Nationalversammlung ein Gesetz, das direkt auf den Schutz von Autorinnen und Autoren abzielte: «Die Werke lebender Urheber dürfen von keinem öffentlichen Theater in Frankreich ohne förmliche und schriftliche Zustimmung des Autors aufgeführt werden; bei Zuwiderhandlung sind die gesamten Erträge aus den Aufführungen zugunsten des Autors einzuziehen», heisst es in Art. 3 dieses Gesetzes.<sup>11</sup>

Anknüpfungspunkt der französischen Regelung ist also nicht wie in England und den USA die unerlaubte Vervielfältigung und Verbreitung eines Produktes, sondern die Aufführung eines dramatischen oder musik-dramatischen Werkes. Da diese Werke oft gar nicht oder erst im Anschluss an eine erfolgreiche Bühnenkarriere gedruckt wurden, konnten die bis dahin bekannten Nachdruckverbote in diesem Bereich keinerlei Wirkung entfalten. Der Schutz der Urheberinnen und Urheber konnte nur dadurch erfolgen, dass ihnen unabhängig von jeder physischen Manifestation der Hervorbringung ein Recht an ihren Werken zuerkannt wurde. Erst mit der Umsetzung dieses Prinzips wird die geistige Schöpfung als eigenes Rechtsgut anerkannt, dem ein von Vervielfältigungsexemplaren unabhängiges Schicksal zukommt.<sup>12</sup> Erst das Gesetz von 1791 enthält daher wirklich immaterialgüterrechtliche Regelungen, und die Ehre des ersten Urheberrechtsgesetzes in der Geschichte müsste eigentlich diesem Gesetz zufallen. Zwei Jahre später, mit einem Gesetz vom 19. Juli 1793, wurde dieser Rechtsschutz für Immaterialgüter auf die Urheberinnen und Urheber vieler anderer Werkgruppen ausgedehnt.<sup>13</sup>

Anders als Sacheigentum kann Eigentum an geistigen Schöpfungen nicht dadurch übertragen werden, dass das Rechtsobjekt in neuen Besitz übergeben wird. Es muss daher eine besondere rechtliche Form annehmen, nämlich das ausschliessliche Nutzungsrecht.<sup>14</sup> Auch hierfür liefert das französische Gesetz von 1791 das Vorbild, indem es das Recht zur Aufführung von der «förmlichen und schriftlichen Zustimmung» des Autors abhängig macht. Dieser wird dadurch in die Lage versetzt, die Nutzung seines Werks von der Erfüllung der von ihm gesetzten Bedingungen abhängig zu machen.

Allerdings erwies sich schon bald, dass die Autorinnen und Autoren faktisch gar nicht in der Lage waren, die ihnen eingeräumten Rechte wahrzunehmen. Es war ihnen nicht möglich, die Spielpläne aller französischen Theater unter Kontrolle zu halten und sicherzustellen, dass ihre Werke nur mit ihrer Zustimmung und gegen entsprechende Bezahlung aufgeführt wurden. Mit dieser Aufgabe mussten Organisationen betraut werden, welche im Namen der Autorinnen und Autoren diese Kontrolle ausübten und die Tantiemen aushandelten. Solche Organisationen, die Vorgängerinnen der heutigen Verwertungsgesellschaften, entstanden in Frankreich im Theaterbereich schon im unmittelbaren Anschluss

an die gesetzliche Verankerung der Aufführungsrechte. Die heute noch bestehende SACD geht auf diese Anfänge zurück. Im nicht-theatralischen Musikbereich wurde mit der ebenfalls französischen SACEM 1851 erstmals eine solche Organisation gegründet, nachdem die Anerkennung der Aufführungsrechte in diesem Sektor ein halbes Jahrhundert lang toter Buchstabe geblieben war.<sup>15</sup> Die praktische Erfahrung hatte gezeigt, dass für ein autorenbezogenes Urheberrecht eine kollektive Wahrnehmung der Rechte über Verwertungsgesellschaften unabdingbar war.

### 3. Die Entstehung von Nachbarrechten

Welche tiefgreifenden Auswirkungen die unterschiedlichen Ansätze des englischen Copyrights und des französischen Droit d'auteur auf die weitere Entwicklung des Urheberrechtes hatten, zeigt sich in exemplarischer Weise in den Auseinandersetzungen um sogenannte Nachbarrechte. Die Erfindung von Geräten zur Tonaufzeichnung und die damit verbundene Entwicklung von Schallplatten hatten die Möglichkeiten der Nutzung von Musik grundlegend verändert. Im privaten Kreis konnte ohne viel Aufwand Musik gehört werden, und auch an öffentlichen Anlässen ersetzte Musik ab Schallplatten vielerorts die bisher übliche Livemusik. Die Entwicklung des Rundfunks in den frühen Zwanzigerjahren des letzten Jahrhunderts potenzierte diese Form der Musikverwendung, denn auch die sich rasch verbreitenden Radiounternehmen füllten ihre Programme mit Musik, die zu einem grossen Teil ab Schallplatten gesendet wurde. Musik war damit zwar allgegenwärtig, aber die Arbeitsmöglichkeiten für Musikerinnen und Musiker reduzierten sich, und auch die Umsätze der Schallplattenindustrie blieben weit hinter den Erwartungen zurück, weil für den Betrieb eines Radios nur eine beschränkte Anzahl von Tonträgern erforderlich war.

Die mit diesen Entwicklungen verbundenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Musikbranche führten zu immer lauter werdenden Rufen nach urheberrechtlichem Schutz auch dieser Tonaufzeichnungen. Im Kern liefen die Bestrebungen darauf hinaus, die Nutzung einer Schallplatte mit den gleichen Entschädigungsfolgen zu verbinden wie die Veranstaltung von Livemusik. Insbesondere die Radiostationen sollten zur Zahlung von Entschädigungen für die Nutzung von Schallplatten in ihren Programmen verpflichtet werden.

Der Musikindustrie der USA gelang es sehr rasch, diese Forderung umzusetzen. Bereits im Copyright Act von 1909 wurden Sound Recordings den Druckwerken gleichgestellt

10 EGLOFF (Fn. 6), 13 f.

11 A. BERTRAND, *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1999, 31 f.

12 EGLOFF (Fn. 6), 14 ff.

13 BERTRAND (Fn. 11), 32 f.

14 S. NUSS, *Copyright & Copyriot*, Münster 2006, 183 f.; A. RAHMATIAN, *Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works*, Cheltenham 2011, 201 ff.

15 EGLOFF (Fn. 6), 17 f.

und damit einem Copyright-Schutz unterworfen.<sup>16</sup> Dabei knüpfte der Rechtsschutz weiterhin nicht an ein immaterielles Gut an, sondern an ein physisches Produkt: Geschützt wurden nur «works published with a valid copyright notice affixed on copies».<sup>17</sup> Werke, die nicht in physischer Form fixiert waren, fielen schon damals automatisch in die public domain, und sie tun es bis heute.<sup>18</sup>

Die im Bereich der Musik tätigen Verwertungsgesellschaften machten sich gleichzeitig stark dafür, dass die Verwendung von Musik in Radioprogrammen als zusätzliches Ausschliesslichkeitsrecht der Komponistinnen und Komponisten anerkannt wurde. Mit der Revision der Berner Übereinkunft von 1928 hatten sie dieses Ziel erreicht.<sup>19</sup> Insofern wäre eigentlich auch im Geltungsbereich des Droit d'auteur die Basis für Entschädigungen für die Nutzung von Tonträgern gelegt gewesen.

Allerdings konnte sich dieser neue Rechtsschutz in Europa zunächst nur zugunsten der Komponistinnen und Komponisten auswirken, nicht zugunsten der Musikindustrie und schon gar nicht zugunsten der notleidenden Musikerinnen und Musiker. Da der Urheberrechtsschutz dort eben nicht am materiellen Produkt, der Schallplatte, sondern an der geistigen Schöpfung anknüpfte, konnte ein Schutz der Musikerinnen und Musiker nur über die Anerkennung einer Miturheberschaft am aufgeführten Werk erfolgen. Eine solche sollte damit begründet werden, dass musikalische Werke erst durch die Interpretation für das Publikum wahrnehmbar würden. Da jede Interpretation durch die Persönlichkeit der Ausführenden geprägt sei, entstehe das Werk mit jeder Aufführung neu, und den Interpretierenden komme dabei die Funktion von Miturheberinnen und Miturhebern zu.<sup>20</sup>

Im Unterschied dazu wollte der italienische Urheberrechtler AMEDEO GIANNINI eine solche Miturheberschaft den Produzentinnen und Produzenten der Schallplatten zuweisen. Diese seien es nämlich, die durch die Wahl der aufzunehmenden Werke sowie der Interpretinnen und Interpreten und durch die Organisation der Aufnahme die eigentliche künstlerische Leistung erbringen würden.<sup>21</sup> Sein Vorschlag basierte auf einem autoritär-korporatistischen Verständnis der als Wirtschaftszweig verstandenen Musikindustrie, die in nationalen, auf das Gemeinwohl verpflichteten Zwangskörperschaften unter staatlicher Aufsicht, sogenannten Berufskammern, organisiert werden sollte.<sup>22</sup> Er fand denn auch vor allem in den Fachkreisen der damaligen Achsenmächte grosse Unterstützung.<sup>23</sup>

Es war klar, dass solche Auffassungen auf den erbitterten Widerstand der Komponistinnen und Komponisten und ihrer Interessenverbände stossen mussten. Diese befürchteten wohl nicht zu Unrecht, dass damit ihre Tantiemen mit immer mehr Berechtigten zu teilen wären und dass den Komponistinnen und Komponisten ein immer kleineres Stück des Kuchens übrig bleiben würde.<sup>24</sup> Sie bekämpften daher erfolgreich den italienischen Versuch, anlässlich der Revisionskonferenz zur Berner Übereinkunft von 1928 in Rom eine Anerkennung der Miturheberschaft von Interpretinnen und Interpreten in der Konvention zu

verankern.<sup>25</sup> Als Folge dieser Niederlage sprach sich die italienische Regierung, die sich besonders für diesen autoritären Korporatismus in der Musikindustrie stark machte, für die Schaffung eines ergänzenden Staatsvertrages aus, welcher den Produzentinnen und Produzenten ein ausschliessliches Vervielfältigungsrecht an den von ihnen produzierten Tonträgern und einen Entschädigungsanspruch bei deren Verwendung in Film und Radio garantieren sollte.<sup>26</sup> Das Vorhaben scheiterte daran, dass Italien als Folge des militärischen Überfalls auf Äthiopien im Jahre 1935 vom Völkerbund mit wirtschaftlichen Sanktionen belegt worden war. Die Durchführung der bereits fest auf Dezember 1935 geplanten diplomatischen Konferenz in Rom war daher nicht mehr möglich.<sup>27</sup>

Trotzdem wurden die Pläne zur Schaffung eines urheberrechtlichen Schutzes für die Interpretation von Musik und für die Produktion von Tonträgern nicht aufgegeben. Sie führten nach dem Zweiten Weltkrieg und nach jahrelangen Verhandlungen im Jahre 1961 zum sogenannten Rom-Abkommen,<sup>28</sup> in welchem zwar keine Urheberrechte verankert wurden, aber «mit ihnen verwandte Rechte», in der französischen und englischen Terminologie als «Nachbarrechte» bezeichnet.<sup>29</sup> Danach werden Interpretinnen und Interpreten von urheberrechtlich schützbaaren Werken gewisse Verbotsrechte, den Produzentinnen und Produzenten von Tonträgern eigentliche Ausschliesslichkeitsrechte und

16 EGLOFF (Fn. 6), 47 ff.; M. DOMMANN, Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyright im Medienwandel, Frankfurt a.M. 2014, 91 ff.

17 US Copyright Act 1909, sec. 9.

18 Gemäss 17 U.S.C. § 102 (a) schützt das Urheberrecht «original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.»

19 Art. 11<sup>bis</sup> RBÜ (SR 0.231.12).

20 So z.B. W. HOFMANN, Das Urheberrecht des nachschaffenden Künstlers, GRUR 32/1927, 69 ff.; J. KOHLER, Autorschutz des reproduzierenden Künstlers, GRUR 1909, 230 ff.

21 A. GIANNINI, Rechtsprobleme der Schallplatte, UFITA 1934, 267 ff.

22 B. G. MARTIN, The Nazi-Fascist New Order for European Culture, Cambridge (MA) 2016, 26–28.

23 EGLOFF (Fn. 6), 61 ff.; R. FLEISCHER, Protecting the musicians and/or the record industry? On the history of «neighbouring rights» and the Role of Fascist Italy, Queen Mary Journal of Intellectual Property 2015, 327 ff.; MARTIN (Fn. 22), 25 ff.

24 DOMMANN (Fn. 16), 174 f.

25 A. BEINING, Der Schutz ausübender Künstler im internationalen und supranationalen Recht, Baden-Baden 2000, 35 ff.

26 FLEISCHER (Fn. 23), 333; MARTIN (Fn. 22), 29.

27 EGLOFF (Fn. 6), 63; FLEISCHER (Fn. 23), 334. Immerhin setzte Italien das Vorhaben auf nationaler Ebene um; vgl. dazu E. PIOLA CASELLI, Die Regelung der Konflikte zwischen dem Urheberrecht und manchen Nebenrechten oder ähnlichen Rechten, UFITA 11/1938, 71 ff.

28 Internationales Abkommen vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendunternehmen (SR 0.231.171).

29 Insbesondere das deutsche und das österreichische Urheberrecht verwenden einen sehr viel weiteren Begriff der verwandten Schutzrechte. Sie ordnen darunter eine Reihe anderer Schutzkonzepte für bestimmte intellektuelle Tätigkeiten ein, welche in keinem Bezug zum Schutz des Urheberrechts stehen. Die Bezeichnung «verwandte Schutzrechte» ist dafür eigentlich verfehlt. Vgl. dazu W. EGLOFF in: D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020, Vorbemerkungen zu URG 33–39 N 5.

beiden zusammen einzelne Entschädigungsansprüche zugewiesen.<sup>30</sup> Darüber hinaus werden auch die Sendeunternehmen, die als Arbeitgeber von Rundfunkorchestern gerade noch rechtzeitig ebenfalls einen Schutz künstlerischer Leistungen für sich selbst reklamiert hatten, mit eigenen Ausschliesslichkeitsrechten beglückt.<sup>31</sup>

Allerdings führte die Verabschiedung des Abkommens nicht zum erhofften Durchbruch von Nachbarrechten. Die Zahl der Vertragsstaaten blieb bescheiden, und auch die Staaten, welche das Abkommen ratifiziert hatten, verbanden die Zustimmungserklärung oft mit Vorbehalten bezüglich des Anwendungsbereichs.<sup>32</sup> Auch die für die Musikindustrie wichtigen USA blieben dem Abkommen fern, da sie ja ihren Regelungsbedarf längst auf anderem Wege gedeckt hatten.

#### 4. Immer weniger Urheberrecht, immer mehr Produzentenschutzrecht

War das Urheberrecht im angelsächsischen Bereich schon von Anfang an immer auch und vor allem ein Schutzrecht der Druckereien und Verlage im wirtschaftlichen Wettbewerb gewesen, so suchte das kontinentaleuropäische *Droit d'auteur* die Existenz der einzelnen freischaffenden Urheberinnen und Urheber zu schützen. Diese sollten mit Hilfe des Urheberrechts in die Lage versetzt werden, ihre geistigen Schöpfungen an die Produzentinnen und Produzenten, im konkreten Falle vor allem die Theaterintendanten, zu verkaufen und dadurch ihr wirtschaftliches Fortkommen zu sichern.<sup>33</sup> Von dieser Zielsetzung her war klar, dass Urheberinnen und Urheber immer nur diejenigen sein konnten, welche die Werke geschaffen hatten. Ein Urheberrecht für Produzentinnen und Produzenten oder für andere Intermediäre zwischen Werkschaffen und Werkgenuss konnte auf dieser Grundlage von vorneherein keinen Sinn machen.

Diesen fundamentalen Unterschied widerspiegeln bis heute auch die geltenden Urheberrechtsgesetze. Während die USA mit der 1976 in den Copyright Act eingefügten «work-made-for-hire»-Bestimmung<sup>34</sup> die entschädigungslose Zuweisung von Urheberrechten an Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber gesetzlich verankerten, hielt die europäische Gesetzgebung eisern am sogenannten Schöpferprinzip fest: Nur natürliche Personen, die ein Werk persönlich geschaffen hatten, konnten als Urheberinnen und Urheber anerkannt werden. In Deutschland und Österreich wurde dieses Schöpferprinzip noch dadurch verstärkt, dass die so entstandenen Rechte als unübertragbar qualifiziert wurden. Nur einzelne Nutzungsrechte konnten eingeräumt werden, doch verblieb das Urheberrecht am Werk bis zu seinem Erlöschen untrennbar mit der Urheberin oder dem Urheber verbunden. Allerdings konnte sich diese als «monistische Theorie» bezeichnete Lehre im übrigen Europa nicht durchsetzen.<sup>35</sup>

Trotz dieses Festhaltens am Schöpferprinzip stellt die juristische Wissenschaft übereinstimmend fest, dass auch das *Droit d'auteur* heute zu einem ganz erheblichen Teil ein Schutzrecht der Produzierenden und anderer Verwertungs-

organisationen ist. Inhaberinnen und Inhaber der Rechte sind in vielen Fällen Intermediäre, welche diese Rechte auf vertraglichem Wege erworben haben, oftmals als Teil der Leistungen, welche angestellte Urheberinnen und Urheber zu erbringen haben. Verschiedentlich ist diese entschädigungslose Zuweisung von Urheberrechten an Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber aber auch in kontinentaleuropäischen Gesetzen verankert, insbesondere bezogen auf die Urheberschaft an Computerprogrammen, Filmen oder Datenbanken.<sup>36</sup> Auch war es in der Praxis vieler europäischer Verwertungsgesellschaften jahrzehntelang gang und gäbe, Verlage an den Einnahmen aus Vergütungsansprüchen zu beteiligen, obwohl es dafür laut EuGH gar keine rechtliche Grundlage gegeben hatte.<sup>37</sup> AXEL METZGER stellt denn auch ein immer stärkeres Auseinanderklaffen von Gesetz und Rechtsrealität fest und spricht von den «Lebenslügen des Urheberrechts».<sup>38</sup> RETO M. HILTY bezweifelt den Sinn eines sturen Festhaltens am Schöpferprinzip und bemängelt «an diesem ideologisch eingefärbten Ansatz des Urheberrechts (...), dass er mit der sozialen Wirklichkeit in keiner Weise in Einklang zu bringen ist.»<sup>39</sup>

Kulminationspunkt des Wegs vom Urheberrecht zum Produzentenschutzrecht ist das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15.04.1994, das sogenannte TRIPs-Abkommen.<sup>40</sup> Dieses Abkommen, das formell einen Anhang zum WTO-Abkommen bildet, verpflichtet sämtliche Mitgliedstaaten der Welthandelsorganisation WTO zur Übernahme der materiellrechtlichen Bestimmungen der Brüsseler Übereinkunft in nationales Recht.<sup>41</sup> Ausgenommen davon sind die Bestimmungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht. Gleichzeitig schreibt das Abkommen vor, dass Computerprogramme als literarische Werke geschützt werden müssen und dass für Computerprogramme und Filmwerke ein ausschliessliches Vermietrecht geschaffen werden muss. Ebenso muss ein Urheberrechtsschutz für Datenbanken statuiert werden, soweit diese «aufgrund der Auswahl oder der Anordnung ihres Inhalts geistige Schöpfungen darstellen».<sup>42</sup>

30 EGILOFF (Fn. 6), 80 ff.; FLEISCHER (Fn. 23), 338 ff.; E. D. HIRSCH BALLIN, Zum Rom-Abkommen vom 26. Oktober 1961, Berlin 1964, 2 f.

31 Art. 13 Rom-Abkommen (SR 0.231.171).

32 B. GELLER, La protection de l'artiste musicien, Yverdon 1980, 23.

33 EGILOFF (Fn. 6), 15 f.; NUSS (Fn. 14), 160 f.

34 17 U.S.C. § 201 (b).

35 R. M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl. Bern 2020, Rz. 48.

36 So beispielsweise Art. 17 URG (betr. Computerprogramme) oder die §§ 69b (betr. Computerprogramme) und 89 D-URhG (betr. Filmwerke).

37 EuGH vom 12. 11. 2015, C-572/13, «Reprobel».

38 A. METZGER, Regulierung im Urheberrecht. Herausforderungen und Perspektiven, ZUM 2018, 239.

39 HILTY (Fn. 35), Rz. 265.

40 Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum) Anhang 1C zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20).

41 Art. 9 Abs. 1 Satz 1 TRIPs-Abkommen (SR 0.632.20, Anhang 1C). Vgl. Dazu R. DUGGAL, TRIPs-Übereinkommen und internationales Urheberrecht, Köln 2001, 23 f.

42 Art. 10 und 11 TRIPs-Abkommen (SR 0.632.20, Anhang 1C).

Wirtschaftlicher Hintergrund dieser Ergänzungen ist der Kampf der USA und weiterer Industriestaaten gegen die weltweit grassierende Produktpiraterie, von welcher insbesondere auch die US-amerikanischen Software-, Musik- und Filmindustrien betroffen waren.<sup>43</sup> Auch die damalige EWG folgte mit ihrem Grünbuch von 1988<sup>44</sup> dieser Linie. «Es sind nicht die Rechte des Urhebers, die in erster Linie zu schützen sind, sondern die Investitionen der Produzenten und der freie Verkehr dieser Waren innerhalb des Gemeinsamen Marktes», fasste die zuständige deutsche Ministerialbeamtin das Konzept dieses Grünbuchs treffend zusammen.<sup>45</sup>

Der US-amerikanische Ökonom DONALD G. RICHARDS kommt in einer umfassenden Analyse des TRIPs-Abkommens zum ernüchternden Ergebnis, dass «the TRIPs agreement is best understood as one of several regulatory mechanisms designed to facilitate the international accumulation of capital. It operates to define and protect international property rights and thereby mediate the international competition among and between individual capitals whose interests in regards to knowledge based production often conflict».<sup>46</sup> Was dabei auf der Strecke bleibt, sind nicht nur die Interessen der Urheberinnen und Urheber, sondern auch die Interessen der Allgemeinheit, insbesondere der Konsumentinnen und Konsumenten geschützter Werke. Unter der Ägide von TRIPs ist keine Rede mehr von einem «Act for the Encouragement of Learning» oder einem Bestreben «to promote the Progress of Science and useful Arts», und auch die Orientierung am Volksgemeinwohl des autoritären Korporatismus ist mit gutem Grund verschwunden. Ziel des TRIPs-Abkommens ist laut Präambel ausschliesslich die Stärkung des freien Handels.<sup>47</sup>

Auch der Schutz der Urheberinnen und Urheber gegen ausbeuterische Praktiken der Intermediären, welcher am Anfang des kontinentaleuropäischen Droit d'auteur steht, hat sich im TRIPs-Abkommen verflüchtigt. Das zeigt sich am deutlichsten an der Umwandlung des aus der Berner Übereinkunft übernommenen Drei-Stufen-Tests: Was in Art. 9 RBÜ eine Generalklausel für zukünftige Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts ist,<sup>48</sup> wird im TRIPs-Abkommen zur Grenze für die Zulässigkeit aller bisherigen oder in Zukunft noch vorzusehenden Schrankenregelungen.<sup>49</sup> Dabei sind nicht mehr, wie noch in Art. 9 RBÜ, die Interessen der Urheberinnen und Urheber das massgebende Kriterium, sondern diejenigen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber.<sup>50</sup> Das Urheberrecht hat sich zum reinen Produzentenschutzrecht gewandelt.

### III. Digitalisierung und ihre Folgen für das Urheberrecht

#### 1. Vervielfältigung im Privatbereich

Wie schon bei der Entstehung von Nachbarrechten waren es technische Entwicklungen im Bereich der Aufzeichnung von Tönen, welche die grossen Veränderungen im Urheberrecht des 20. Jahrhunderts bewirkten.<sup>51</sup> Durch die Möglichkeit der Aufnahme von Worten, Klängen und Geräuschen auf Magnettonbänder verschob sich die Herstellung von Tonträ-

gern in die private Sphäre. Jede Privatperson war damit in der Lage, Musik aufzunehmen, sie von Schallplatten oder Radiosendungen zu überspielen, bestehende Aufnahmen zu bearbeiten oder sie auch wieder zu löschen. Mit der Fortentwicklung der Aufnahmetechnik wurde die Qualität der Aufnahmen immer besser, und als Folge der Digitalisierung konnten die einmal erstellten Aufnahmen ohne weiteren Qualitätsverlust in beliebiger Anzahl kopiert werden.

Was im Bereich der Tonaufzeichnung begonnen hatte, setzte sich bald einmal im Bereich der Audiovision fort. Filme und Nachrichtensendungen konnten mit Geräten, die für jeden Haushalt erschwinglich waren, aufgezeichnet und vervielfältigt werden. Waren diese Ton-Bild-Aufzeichnungen zunächst noch von schlechter Qualität und daher nur für einen beschränkten Gebrauch geeignet, so änderte sich auch dies mit der Digitalisierung. In Form von DVDs kamen Filmkopien in hoher Qualität auf den Markt, und auch diese konnten mit einfachsten Mitteln in derselben Qualität vervielfältigt werden.

Von diesen neuen technischen Möglichkeiten profitierten nicht nur die privaten Haushalte, sondern es entwickelte sich rasch eine weltweite Industrie der Piraterieproduktion.<sup>52</sup> In Ländern wie der Volksrepublik China, Südkorea, Taiwan, Ägypten, Brasilien oder Mexiko entstanden Produktionsstätten, die unautorisiert Millionen von Vervielfältigungsexemplaren herstellten und zu Ramschpreisen vertrieben. Sie konzentrierten sich vor allem auf das Kopieren von Computer-Software, von Musik und von Filmen, lauter Sektoren der Kreativwirtschaft, in welchen die USA führend waren. Dementsprechend wurde die Forderung, diese Produktpiraterie

43 DUGGAL (Fn. 41), 71 ff.; EGLOFF (Fn. 6), 103 ff.; C. B. GRABER, *Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO*, Bern 2003, 45 f. und 131 ff.

44 Grünbuch der Europäischen Kommission «Urheberrecht und die Herausforderung der Technologie» vom 7. 6. 1988.

45 M. MÖLLER, *Urheberrecht oder Copyright?*, Berlin 1988, 10.

46 D. G. RICHARDS, *Intellectual Property Rights and Global Capitalism*, Armonk (NY) 2004, 114.

47 Gemäss Wortlaut der Präambel wird das Abkommen geschlossen «in dem Wunsch, die Verzerrungen und Behinderungen des internationalen Handels zu verringern, und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit, einen wirksamen und ausreichenden Schutz der Rechte an geistigem Eigentum zu fördern sowie sicherzustellen, dass die Massnahmen und Verfahren zur Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum nicht selbst zu Schranken für den rechtmässigen Handel werden» (SR 0.632.20, Anhang 1C).

48 Art. 9 Abs. 2 RBÜ (SR 0.231.15).

49 Art. 13 TRIPs-Abkommen (SR 0.632.20, Anhang 1C).

50 Wie GÉRAIS (Fn. 5), 68, zu Recht feststellt, entzieht diese Umwandlung dem Drei-Stufen-Test seine innere Logik. Die dritte Stufe der Rücksichtnahme auf berechnete Interessen der Urheberinnen und Urheber bezieht sich in der massgebenden Version von Art. 9 Abs. 2 RBÜ nämlich auf nicht-wirtschaftliche Interessen am Werk. Solche kommen aber dem derivativ Berechneten gar nicht zu. Die dritte Stufe kann im Kontext des TRIPs-Abkommens daher nur noch als Verdoppelung der zweiten Stufe verstanden werden, macht also aus dem Drei-Stufen-Test einen Zwei-Stufen-Test und damit im Ergebnis eine banale Abwägung zwischen sich widerstrebenden ökonomischen Interessen.

51 DOMMANN (Fn. 16), 208 ff.; EGLOFF (Fn. 6), 85 ff.

52 EGLOFF (Fn. 6), 103 ff.; P. KATZENBERGER/A. KUR, *TRIPs and Intellectual Property*, in: F.-K. BEIER/G. SCHRICKER (Hg.), *From GATT to TRIPs*, Weinheim 1996, 1 ff.

zu verhindern, vor allem dort erhoben. Als zentrales Mittel in diesem Kampf sollte das Urheberrecht dienen.

Die Bundesrepublik Deutschland hatte auf die massenhafte Verbreitung privater Tonbandgeräte dadurch reagiert, dass es 1965 eine Urheberrechtsabgabe auf solche Geräte einfuhrte, deren Ertrag dann an die Berechtigten verteilt wurde.<sup>53</sup> Die USA, unterstützt von Japan und mehreren europäischen Industriestaaten, setzten auf einen andern Weg: Sie forderten die weltweite Durchsetzung der den Produzentinnen und Produzenten zukommenden Ausschliesslichkeitsrechte, insbesondere in den Bereichen der Software, der Musik und des Films. Wie bereits erwähnt,<sup>54</sup> setzten sie sich mit dieser Politik nach langen zähen Verhandlungen mit der Verabschiedung des TRIPs-Abkommens im Jahre 1994 mit nur ganz wenigen Abstrichen durch.

Neben rechtlichen Anpassungen setzte die Software- und Kulturgüterindustrie auch auf technische Massnahmen zum Schutz ihrer Produkte vor unerlaubter Vervielfältigung. Insbesondere wurden Datenträger so manipuliert, dass ihre, von den technischen Voraussetzungen her eigentlich gegebene, uneingeschränkte Kopierbarkeit nicht mehr realisiert werden konnte.<sup>55</sup> So wurden Datenträger mit Ländercodes, Zugangs- und Kopiersperren und anderem mehr ausgestattet, das dazu führen sollte, dass die Möglichkeit zur Nutzung der Träger auf berechnete Personen beschränkt werden konnte. «Die Antwort auf die Maschine ist in der Maschine», lautete die oft gehörte Devise,<sup>56</sup> mit welcher solche Massnahmen begründet wurden. Zusätzlich erhielten diese technischen Massnahmen auch noch den Segen von höchster urheberrechtlicher Stelle, indem der WIPO Copyright Treaty und der WIPO Performances and Phonograms Treaty von 1996 alle Mitgliedstaaten verpflichteten, in ihren nationalen Gesetzen besondere zivil- und strafrechtliche Schutzbestimmungen für diese technischen Massnahmen vorzusehen.<sup>57</sup>

Allerdings hielt sich der Erfolg in engen Grenzen. Zum einen erwiesen sich die Massnahmen als ausgesprochen benutzerfeindlich, indem sie nicht nur unerlaubtes Kopieren, sondern auch viele andere, durchaus erlaubte Nutzungen erschwerten oder verunmöglichten. Zum andern verbreiteten sich in Windeseile Computerprogramme, mit denen sich diese Sperren überwinden liessen. Auch die Geräteindustrie verhinderte die weltweite Durchsetzung dieser Strategie, weil sie sich weigerte, ihre Produkte mit Komponenten auszustatten, welche die Ländercodes hätten erkennen und die Wiedergabe verhindern können.<sup>58</sup>

## 2. Das Internet: Dateien werden ubiquitär

Die im TRIPs-Abkommen enthaltenen Regelungen beziehen sich alle auf den Umgang mit physischen Datenträgern. Die Kommerzialisierung des Internets in Form des World Wide Web hatte damals zwar bereits eingesetzt,<sup>59</sup> doch spielte sie bei den Verhandlungen über das Abkommen noch keine Rolle. Dementsprechend sind darin auch keine Regelungen über die Verbreitung von Immaterialgütern über das Internet enthalten.

Es zeigte sich aber bald einmal, dass dieses World Wide Web die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke noch einmal grundlegend veränderte. Texte, Musik und Audiovision mussten jetzt zur Übertragung nicht mehr in Form von Datenträgern materialisiert werden, sondern die Dateien konnten als solche weltweit praktisch kostenlos verbreitet werden. Wer in der Lage war, eine Datei in das Internet hochzuladen, machte sie damit weltweit zugänglich. Litt diese Verbreitung anfänglich noch unter technischen Beschränkungen, indem grosse Dateien, wie sie etwa bei Musik- und Filmaufzeichnungen anfallen, nur mit grossem Zeitaufwand übertragen werden konnten, fielen auch diese Engpässe bald einmal weg. Die Produktion von und der Handel mit physischen Gütern konnte nun plötzlich mit einfachsten Mitteln umgangen werden.<sup>60</sup>

Auch diese neue technische Möglichkeit wurde umgehend zur Umgehung des Musik- und Filmvertriebs genutzt. Es entstanden sogenannte peer-to-peer-Dienste, über welche vor allem Musik- und Audiovisionsdateien ohne jede Bezahlung zwischen privaten Nutzerinnen und Nutzern ausgetauscht werden konnten. Kommerzielle Unternehmen stellten riesige Musik- und Filmkataloge zum freien Abruf ins Netz, ohne dazu in irgendeiner Weise autorisiert zu sein, und nutzten die Nachfrage nach diesen Werken zur Generierung von Werbeeinnahmen.<sup>61</sup>

Die internationale Gesetzgebung hatte auf diese neue Entwicklung erstaunlich rasch reagiert. Bereits die im Dezember 1996 vereinbarten WIPO Copyright Treaty und WIPO Performances and Phonograms Treaty verpflichteten die Mitgliedstaaten zur Anerkennung eines Rechts auf Zugänglichmachung, welches die Kompetenz zum Upload eines urheberrechtlich geschützten Werkes oder einer nachbarrechtlich geschützten Leistung ins Internet den Urheberinnen und Urhebern bzw. den Interpretierenden oder Produzierenden als neues Ausschliesslichkeitsrecht zuwies.<sup>62</sup> Gleichzeitig wurde festgehalten, dass die Verbreitung von Dateien im Internet keine Erschöpfungswirkung haben konnte.<sup>63</sup> Schliesslich wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen zivil- und strafrechtlichen Schutz für die bereits erwähnten technischen Massnahmen zu gewährleisten, mit welchen das unerlaubte

53 EGLOFF (Fn. 6), 85 ff.; F. SEIFERT, Kleine Geschichte(n) des Urheberrechts, München 2014, 263 ff.

54 Vorne 2.4.

55 EGLOFF (Fn. 6), 124; NUSS (Fn. 14), 198 f.

56 Laut W. PATRY, How to Fix Copyright, Oxford 2012, 231, war die Metapher ursprünglich der Titel eines 1995 erschienenen Zeitungsartikels von CHARLES CLARK.

57 Art. 11 WCT (SR 0.231.151) und Art. 18 WPPT (SR 0.231.171.1). Die gleiche Vorschrift enthält auch Art. 15 BTAP (SR 0.231.174).

58 EGLOFF (Fn. 6), 124 f.; HILTY (Fn. 35), Rz. 867 f.

59 Das World Wide Web wurde am 06.08.1991 durch Tim Berners-Lee erstmals öffentlich vorgestellt und verfügbar gemacht.

60 HILTY (Fn. 35), Rz. 99 ff.

61 EGLOFF (Fn. 6), 126 ff.; NUSS (Fn. 14), 51 f.

62 Art. 8 WCT (SR 0.231.151) und Art. 10 WPPT (SR 0.231.171.1). Die gleiche Vorschrift findet sich inzwischen auch in Art. 10 BTAP (SR 0.231.174).

63 Art. 6 Abs. 2 WCT (SR 0.231.151) und Art. 8 Abs. 2 WPPT (SR 0.231.171.1) sowie die «Vereinbarte Erklärung zu Art. 2 Bst. e, 8, 9, 12 und 13» WPPT.

Vervielfältigen von Dateien mit geschütztem Inhalt verunmöglicht werden sollte.<sup>64</sup>

Auch hier hatte die Anpassung des rechtlichen Rahmens nur beschränkte Wirkung. Zwar gelang es der Musik- und der Audiovisionsindustrie immer wieder, einzelne Akteure wie Napster oder Pirate Bay, welche Geschäftsmodelle auf der Grundlage der unautorisierten Verbreitung geschützter Werke aufgebaut hatten, auf dem Prozessweg auszuschalten. Doch erwies sich die Durchsetzung der neugeschaffenen Rechte als äusserst hindernisreich. Die illegalen Handlungen fanden oft in Ländern statt, in welchen ein Urheberrechtsschutz nicht bestand oder in denen er nicht effizient umgesetzt werden konnte. Ausserdem erfolgten sie nicht selten anonym, so dass schon gar keine Adressatinnen oder Adressaten für eine mögliche Klage gefunden werden konnten. Und selbst im Erfolgsfall konnte nicht verhindert werden, dass bis zum Vorliegen eines gerichtlichen Entscheids Musik- und Audiovisionsdateien in gewaltigen Mengen unwiderruflich verbreitet worden waren und dass sofort neue Akteurinnen und Akteure an die Stelle der ausgeschalteten traten.<sup>65</sup> Trotz neuer rechtlicher Instrumente konnte daher der gesetzlich vorgesehene Schutz nur sehr punktuell verwirklicht werden.

### 3. Verlust des Individualitätserfordernisses und der Freiheit des Werkgenusses

Neben der Entstehung eines riesigen Pirateriemarktes hatte die Digitalisierung urheberrechtlich geschützter Werke und Darbietungen sowie deren Verbreitung über das Internet aber auch Rückwirkungen auf das Urheberrecht selbst. So hatte die Blockierung des Konsums von Werken durch Zugangs- oder Downloadsperrern zur Folge, dass das urheberrechtliche Schutzmerkmal des «individuellen Charakters» einer geistigen Schöpfung als Abgrenzungskriterium ausgehebelt wurde. Die Zugangssperren und Paywalls verunmöglichten die Konsultation nicht nur von geschützten Werken, sondern von jedem Inhalt, der hinter solchen Sicherungsmassnahmen versteckt war. Tatsächlich werden in der Praxis denn auch fast beliebige Dateiinhalte als urheberrechtlich geschützt markiert und mit technischen Schutzmassnahmen ausgestattet. Banale Datensammlungen, Auflistungen von Fakten, Produktinformationen usw. werden wie urheberrechtliche Werke behandelt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Urheberrechtsschutz nicht erfüllt sind. Zwar würde in diesen Fällen der Rechtsschutz in einer gerichtlichen Auseinandersetzung aller Voraussicht nach nicht gewährt, aber das ändert nichts daran, dass der Zugang zu diesen Dateien für nicht ausdrücklich autorisierte Personen de facto nicht möglich ist.

Aber auch dort, wo es sich tatsächlich um urheberrechtlich oder nachbarrechtlich geschützten Inhalt handelt, wird durch diese Massnahmen der Zugang zu Unrecht versperrt. Es gehört zu den urheberrechtlichen Grundprinzipien, dass den Berechtigten zwar die Verbreitung und die Verwertung ihrer Immaterialgüter vorbehalten wird, dass aber die blosser Kenntnisnahme, der Werkgenuss immer zu-

lässig ist.<sup>66</sup> Das Urheberrecht zielt ja gerade darauf ab, den Inhalt der geschützten Werke öffentlich bekannt zu machen, «for the encouragement of learning» und «to promote the progress of science and useful arts». In diesem Sinne darf jede interessierte Person in frei zugängliche Bibliotheken oder Audiotheken gehen, um kostenlos die Bücher zu konsultieren oder die Musik zu hören, die dort vorhanden sind. Ebenso dürfen in öffentlich zugänglichen Ausstellungen kostenlos Werke betrachtet werden, seien es nun Werke der darstellenden Kunst oder anderer WerkGattungen. Es kann zwar sein, dass der Zugang zu den betreffenden Lokalitäten etwas kostet, aber eine auf dem Urheberrecht basierende Entschädigung für den Konsum der vorhandenen Werke kann es nicht geben.

Die Digitalisierung unter gleichzeitiger Anwendung von technischen Schutzmassnahmen führt nun aber dazu, dass auch dieser eigentlich freie Werkgenuss nicht mehr möglich ist. Weil jeder Konsum einer Datei eine vorgängige Umsetzung in ein analoges Format und damit eine Vervielfältigung erfordert, muss, wer sich für ein Werk interessiert, eine Berechtigung zum Werkgenuss erwerben, und zwar noch bevor ihm oder ihr der genaue Inhalt bekannt ist. Das hat insbesondere im Umgang mit wissenschaftlicher Literatur enorme Auswirkungen.<sup>67</sup> Wissenschaftliche Periodika existieren oft nur noch in digitaler Form, und sie können auch in öffentlichen Bibliotheken nicht mehr frei konsultiert werden. Insbesondere ist eine Konsultation von aussen, d.h. durch Personen, die nicht zum institutionalisierten Benutzerkreis einer Bibliothek gehören, in der Regel nicht mehr möglich. Da jede einzelne Bibliothek immer nur einen kleinen Teil des eigentlich existierenden wissenschaftlichen Schrifttums dokumentieren kann, bedeutet dies, dass für den ganzen übrigen Teil der Werkgenuss faktisch verunmöglicht wird oder von hohen Benutzungsgebühren abhängig ist.<sup>68</sup> Die ursprüngliche Zielsetzung des Urheberrechts «to promote the progress of science and useful arts» wird dadurch in das Gegenteil verkehrt.

### 4. Wozu noch Urheberrecht?

Mit der geschilderten Entwicklung wird aber auch einer der zentralen ökonomischen Ausgangspunkte des gesamten Urheberrechtssystems in Frage gestellt: Die Trennung des Werk-schaffens von den Produktionsmitteln zur Herstellung und Vervielfältigung von Werkexemplaren. Waren Autorinnen und Autoren früher darauf angewiesen, dass ihre Texte gedruckt und von Verlagen herausgegeben und vertrieben wur-

64 Art. 11 WCT (SR 0.231.151) und Art. 18 WPPT (SR 0.231.171.1).

65 EGLOFF (Fn. 6), 126 f.; M. WULLSCHLEGER, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, Bern 2015, 178 ff.

66 EGLOFF (Fn. 6), 36 f.; M. HÄUPTLI, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basel 2004, 34 ff.; HILTY (Fn. 35), Rz. 292 ff.

67 HILTY (Fn. 35), Rz. 478.

68 A. LUTZ, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt, Tübingen 2012, 179. Dazu auch R. M. HILTY, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179 ff.; W. EGLOFF, Wissenschaftliche Forschung und Urheberrecht, medialex 2009, 11 ff.

den, dass ihre dramatischen Werke aufgeführt wurden, dass ihre Musik von Orchestern gespielt wurde, so ist dies heute immer weniger der Fall. Verfasserinnen und Verfasser erstellen ihre digitalisierten Manuskripte selbst, und sie können diese auch ohne Verlag im Internet weltweit bekannt machen. Komponistinnen und Komponisten können ihre Werke auf eigenen Musikanlagen digital einspielen und verbreiten. Filmemacherinnen und Filmemacher können ihre Produktionen auf eigene Plattformen uploaden und sie damit weltweit zugänglich machen. Bildende Künstlerinnen und Künstler können ihre Werke ohne Einschaltung einer Galerie weltweit ausstellen, indem sie sie ins Internet stellen.

Natürlich bedeutet das nicht, dass Intermediäre überflüssig werden. Die Herausgabe und der Vertrieb von Büchern und anderen Schriftwerken bleiben hochspezialisierte Tätigkeiten, die einem Werk die erwünschte Aufmerksamkeit und Verbreitung sichern können. Die weltweite Musikindustrie mit ihren hochentwickelten Produktions- und Absatzstrukturen kann durch den individuellen Vertrieb einzelner Einspielungen nicht ersetzt werden. Filme vermarkten sich nicht von selbst, weshalb eine wirkliche Sichtbarkeit nur über eine minutiös geplante Verleih- und Vorführarbeit erreichbar ist. Und der Kunsthandel wird durch die Vermarktung einzelner Werke im Internet nicht ersetzt, sondern er spielt in dieser digitalisierten Welt eine mindestens so grosse Rolle wie zuvor.

Es bedeutet aber, dass die bisherige Rechtfertigung für einen selbständigen Rechtsschutz der Intermediären dahinfällt. Diese erbringen keine immaterielle Leistung, die über die Aufbereitung eines von anderen geschaffenen Werkes oder einer von anderen erbrachten Darbietung zu einem marktreifen Produkt hinausgeht. Demzufolge besteht in einer marktwirtschaftlichen Ordnung auch kein Grund, sie rechtlich anders zu behandeln als alle übrigen Anbieterinnen und Anbieter marktreifer Produkte. RETO M. HILTY spricht zu Recht von einem systemwidrigen «Überschutz», der vor allem deshalb problematisch sei, «weil die einem Schutzrecht inhärente Wettbewerbssteuerungsfunktion zu einseitigen Nutzenmaximierungen animiert».<sup>69</sup>

Es kommt dazu, dass neben die traditionellen Intermediäre neue Akteure getreten sind, welche sehr vergleichbare Dienstleistungen anbieten.<sup>70</sup> Auch Internet-Plattformen vermitteln Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken oder nachbarrechtlich geschützten Darbietungen. Suchmaschinen vermitteln zwar keine kommodifizierte Produkte, aber sie ermöglichen deren Beschaffung auf äusserst benutzerfreundliche Art und Weise. Diese neuen Intermediäre erbringen ihre Leistungen keineswegs auf illegale Weise, sondern sie agieren auf der Basis von erlaubten Geschäftsmodellen, oft auch mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Berechtigten selbst oder sogar auf deren eigene Initiative hin. Es ist einzig historisch zu erklären, weshalb das geltende Recht die einen Intermediäre mit einem rechtlichen Sonderrecht ausstattet, die andern aber einfach ignoriert.

Auch die vor allem in der deutschen Urheberrechtslehre gebetsmühlenartig wiederholte Behauptung, bei den Produzentenrechten gehe es nicht um den Schutz geistiger

Leistungen, sondern um Investitionsschutz, führt in die Irre. Denn zum einen entspricht sie nicht den rechtlichen Tatsachen, weil eben eine Investitionsleistung für die Erlangung des Schutzes gar nicht erforderlich ist.<sup>71</sup> Die Herstellerinnen und Hersteller von Tonträgern und Tonbildträgern werden auch dann geschützt, wenn es sich um eine ohne relevanten Aufwand erstellte Tonaufnahme oder einen mit dem Mobiltelefon selbst gedrehten und ohne finanziellen Aufwand produzierten Film handelt. Zum anderen werden klarerweise nicht die Investorinnen und Investoren geschützt, sondern die Herstellerinnen und Hersteller der Datenträger, unabhängig davon, wer die allenfalls erforderliche Investition erbracht hat. Und schliesslich ist völlig unerfindlich, weshalb gerade diese Produktionsleistung gegenüber allen sonstigen Vermittlungsleistungen der Kreativwirtschaft privilegiert und mit einem Sonderschutz ausgestaltet werden sollte.

Das kontinentaleuropäische Urheberrecht entstand aufgrund der Notwendigkeit, den Urheberinnen und Urhebern, die nicht über die für die Vermarktung ihrer Werke erforderlichen Produktionsmittel verfügen, die Möglichkeit zu verschaffen, ihre kreativen Leistungen auf dem freien Markt als Ware anbieten und so verwerten zu können. Die Digitalisierung des Werkschaffens und die Möglichkeit der Verbreitung von Werken und Darbietungen im Internet haben diesbezüglich die Rahmenbedingungen verändert. Autorinnen und Autoren verschiedenster Werksgattungen können heute ihre Werke über das Internet selbst bekannt machen, Musikerinnen und Musiker können Musikdateien selbst produzieren und ins Internet stellen, Filmemacherinnen und Filmemacher können ihre Filme selber uploaden, wenn sie dies tun wollen. Alle Urheberinnen und Urheber verfügen somit eigentlich über die erforderlichen Produktionsmittel, und sie haben grundsätzlich die Möglichkeit, ihre Werke in markttauglicher Form herzustellen und zu vertreiben.

Allerdings hat sich nichts an der schon in den Anfängen des Urheberrechts bestehenden Tatsache geändert, dass die Wahrnehmung dieser Möglichkeiten und insbesondere der kommerziellen Vermarktung die Kreativen selbst überfordern kann. Diese Tätigkeiten erfordern ganz andere Kenntnisse und Fähigkeiten als das Werkschaffen selbst oder die künstlerische Interpretation von Werken. Deshalb werden Urheberinnen und Urheber wie auch Interpretinnen und Interpreten auch weiterhin auf Intermediäre angewiesen sein, die diese Aufgaben an ihrer Stelle übernehmen. Dies können Verwertungsgesellschaften sein, aber auch traditio-

69 HILTY (Fn. 35), Rz. 101.

70 GERVAIS (Fn. 5), 159 ff.

71 Gemäss Art. 2 Bst. d WPPT «bedeutet «Hersteller von Tonträgern» die natürliche oder juristische Person, die die erste Festlegung der Töne einer Darbietung oder anderer Töne oder der Darstellung von Tönen eigenverantwortlich veranlasst». Gemäss Art. 3 Bst. c Rom-Abkommen «ist «Hersteller von Tonträgern» die natürliche oder juristische Person, die erstmals die Töne einer Darbietung oder andere Töne festlegt». Eine finanzielle Beteiligung ist in beiden Fällen nicht begriffswesentlich.

nelle Werkmittler wie Verlage, Filmproduktionsfirmen und Produktionshäuser der Musikindustrie, oder es sind neue Intermediäre wie etwa Internet-Plattformen.

Damit die kreativ Tätigen mit diesen in eine vertragliche Beziehung treten und ihre kreativen Leistungen verkaufen können, müssen sie über handelbare Rechte, also Urheberrechte oder Interpretrechte, verfügen. Genau das muss Urheberrecht auch heute leisten.<sup>72</sup> Das Urheberrecht ist daher alles andere als obsolet. Es ist weiterhin die Grundlage dafür, dass Kulturschaffende in einer marktförmigen Wirtschaft tätig sein können, ohne jeweils ihre gesamte Arbeitskraft verkaufen zu müssen.

#### IV. Zielsetzung des Urheberrechts: FAIR<sup>73</sup> works

##### 1. Exkurs: FAIR data principles

Das Problem der Unzugänglichkeit wichtiger Informationen wird nicht nur im Bereich des Urheberrechts diskutiert. Zugangssperren und Paywalls verhindern nicht nur den Zugang zu geschützten Werken, sondern zu jeglichem nicht frei abrufbaren Inhalt, der nicht gleichzeitig in physischer Form, also als Datensammlung, als Buch oder Zeitschrift, als Bild etc. in einer öffentlich zugänglichen Institution aufbewahrt wird. Dies erweist sich insbesondere auch im Bereich wissenschaftlicher Daten als unerwünschter Nebeneffekt der Digitalisierung.

Der 2018 veröffentlichte Zwischenbericht einer Expertengruppe der EU zu FAIR data<sup>74</sup> hebt drei Gründe hervor, weshalb Daten und andere Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung zugänglich und wieder verwendbar sein müssen:

- Der Zugang zu Daten ist eine Kernvoraussetzung für wissenschaftliche Integrität. Die bestehenden wissenschaftlichen Publikationsformen erlauben häufig keinen genügenden Rückschluss von der Analyse und den Ergebnissen der Forschung auf die ihnen zugrunde liegenden Daten und Methoden. Dieser Umstand führt zu verbreiteten Bedenken über fehlende Reproduzierbarkeit der Analysen, Rosinenpickerei bei den publizierten Resultaten und wissenschaftlichen Betrug.
- Zugänglichkeit und Wiederverwendbarkeit von Daten haben die wissenschaftliche Forschung verändert. Viele Forschungsbereiche beruhen auf der maschinellen Verarbeitung frei zugänglicher Daten aus verschiedensten Quellen, weil anders eine effiziente Arbeit nicht möglich wäre.
- Offene Forschung erhöht den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Nutzen. Offen zugängliche Daten erlauben es, drängende Herausforderungen für Mensch, Gesellschaft und Umwelt anzugehen, so etwa in den Bereichen von Landwirtschaft und Ernährung, nachhaltiger Entwicklung, Umweltrisiken, Klimaveränderung usw. Offene Zugänglichkeit der Daten erlaubt auch die Verwendung dieser Daten für Innovationen ausserhalb des universitären Bereichs.<sup>75</sup>

Diese Überlegungen führten zur immer lauter werdenden Forderung, dass Daten und Ergebnisse aus öffentlich finanzierter Forschung grundsätzlich frei zugänglich sein

müssten. Das forderten beispielsweise die OECD 2007 in ihren «Principles and Guidelines for Access to Research Data from Public Funding»,<sup>76</sup> ebenso eine Erklärung der G8-Wissenschaftsminister von 2013<sup>77</sup> oder die «Guidelines on Data Management» des EU-Forschungsprogramms Horizon 2020.<sup>78</sup> Auch viele Institutionen der Forschungsförderung knüpfen inzwischen die Finanzierung von Forschungsaktivitäten an die Bedingung, dass die gefundenen Daten und Ergebnisse öffentlich zugänglich gemacht werden.

Vor diesem Hintergrund entwickelte eine Forschergruppe an der niederländischen Universität Leiden die sogenannten «FAIR Guiding principles for scientific data management and stewardship».<sup>79</sup> Das Kürzel «FAIR» steht für «Findable, Accessible, Interoperable, Re-usable», wobei das Wortspiel mit den Begriffen «fair» und «Fairness» selbstverständlich Absicht ist, im Kontext des Urheberrechts aber zu Missverständnissen verleiten kann.<sup>80</sup> Die Anforderungen an die vier Teilziele werden in den Guiding Principles näher umschrieben und in Unterziele aufgegliedert.<sup>81</sup> Diese Zielsetzungen können heute als international anerkannter Standard für den Informationsaustausch in der Wissenschaft gelten, und es wird mit hoher Intensität an der Umsetzung in die wissenschaftliche Praxis gearbeitet.<sup>82</sup>

##### 2. FAIR data erfordern FAIR works

Was soeben zur Begründung von FAIR data ausgeführt wurde, muss unverändert auch für Daten in geschützten Werken gelten: Die Sicherung wissenschaftlicher Integrität in der Forschung erfordert die Zugänglichkeit aller verwendeten Grunddaten und Methoden, auch wenn diese Teil ge-

<sup>72</sup> NUSS (Fn. 14), 161; RAHMATIAN (Fn. 14), 201 ff.

<sup>73</sup> «FAIR» steht hier für Findable, Accessible, Interoperable and Re-usable (vgl. sogleich unten IV.1). Der Begriff qualifiziert eine Kategorie von Werken. Er hat nichts zu tun mit den Begriffen «fair use» des US-amerikanischen oder «fair dealing» des britischen Urheberrechts, welche bestimmte Verwendungsarten von Werken beschreiben.

<sup>74</sup> S. HODSON/S. JONES/S. COLLINS/F. GENOVA/N. HARROWER/L. LAAKSONEN/D. MIETCHEN/R. PETRAUSKAITÉ/P. WITTENBURG, Turning FAIR data into reality. Interim report from the European Commission Expert Group on FAIR data, Juni 2018, <https://doi.org/10.5281/zenodo.1285272>.

<sup>75</sup> HODSON/JONES/COLLINS/GENOVA/HARROWER/LAAKSONEN/MIETCHEN/PETRAUSKAITÉ/WITTENBURG (Fn. 74), 10.

<sup>76</sup> OECD, Principles and Guidelines for Access to Research Data from Public Funding, 2007, <https://doi.org/10.1787/9789264034020-en-fr>, 30. August 2022.

<sup>77</sup> G8 Science Ministers Statement, 13 June 2013, <https://www.gov.uk/government/news/g8-science-ministers-statement>, 30. August 2022.

<sup>78</sup> Guidelines on Data Management in Horizon 2020, 6, [https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants\\_manual/hi/oa\\_pilot/h2020-hi-oa-data-mgt\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-data-mgt_en.pdf), 30. August 2022.

<sup>79</sup> M. D. WILKINSON et al., The FAIR Guiding Principles for scientific data management and stewardship, in: Scientific Data 2016, 3160018.

<sup>80</sup> HODSON/JONES/COLLINS/GENOVA/HARROWER/LAAKSONEN/MIETCHEN/PETRAUSKAITÉ/WITTENBURG (Fn. 74), 11. Wie bereits in Fn. 73 festgehalten, hat der Begriff nichts zu tun mit den Begriffen «fair use» des US-amerikanischen oder «fair dealing» des britischen Urheberrechts.

<sup>81</sup> WILKINSON et al. (Fn. 79).

<sup>82</sup> HODSON/JONES/COLLINS/GENOVA/HARROWER/LAAKSONEN/MIETCHEN/PETRAUSKAITÉ/WITTENBURG (Fn. 74), 12 ff.

schützter Werke sind.<sup>83</sup> Zitate haben einen wissenschaftlichen Wert nur, wenn sie überprüfbar und nachverfolgbar sind, wenn also die zitierten Werke zugänglich sind. Wissenschaftliche Untersuchungen mit grossen Datenmengen aus unterschiedlichen Quellen sind nur möglich, wenn diese Daten auch dann auffindbar, zugänglich, verknüpfbar und wiederverwendbar sind, wenn sie Teil geschützter Werke sind. Der wirtschaftliche und gesellschaftliche Nutzen der Forschung darf nicht daran scheitern, dass notwendige Daten in urheberrechtlich geschützten Werken enthalten sind, die hinter Zugangssperren und Paywalls versteckt sind.

Was mit der Formel «Findable, Accessible, Interoperable and Re-usable» ausgedrückt wird, ist letztlich nur eine aktualisierte Form der ursprünglichen Zielsetzung des Urheberrechts. «Encouragement of Learning», «to promote the Progress of Science and useful Arts» hiess das im 18. Jahrhundert, FAIR works entspricht dem im Zeitalter der Digitalisierung. Und wie in den Anfängen des Urheberrechts macht dieses Konzept nur Sinn, wenn es seiner doppelten Zielsetzung Rechnung trägt: Dem Schutz der Erbringerinnen und Erbringer immaterieller Leistungen, indem diese in die Lage versetzt werden, diese Leistungen auf dem freien Markt zu verwerten. Und dem Schutz der Allgemeinheit, welche zur kulturellen, wissenschaftlichen, sozialen und wirtschaftlichen Entfaltung auf Zugang zu diesen immateriellen Leistungen und zu ihrer weiteren Nutzung angewiesen ist.

Dabei sind es längst nicht mehr nur utilitaristische Überlegungen, mit welchen solche Regelungen begründet werden können. Vielmehr sind die verschiedenen Interessenlagen im Laufe der Zeit grundrechtlich verfestigt worden.<sup>84</sup> So ist die Stellung der Urheberinnen und Urheber, aber auch der Interpretinnen und Interpreten, durch die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit der Art. 26 und 27 BV geschützt. Gleichzeitig sind die Interessen der Allgemeinheit durch gegenläufige Grundrechte verankert, so durch die Meinungs- oder Informationsfreiheit, die Medien-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit und den Anspruch auf Schulbildung der Art. 16–21 BV.

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte führte die beiden Aspekte schon 1948 in ihrem Art. 27 zusammen, wenn dort festgehalten wird:

1. Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben.
2. Jeder hat das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.

Dieser doppelte Grundrechtsaspekt findet sich auch in Art. 15 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte<sup>85</sup> wieder, der in der offiziellen deutschsprachigen Version folgenden Wortlaut hat:

1. Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden an,
  - a. am kulturellen Leben teilzunehmen;
  - b. an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben;

- c. den Schutz der geistigen und materiellen Interessen zu geniessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.

Zwar beziehen sich beide Rechtstexte nach ihrem Wortlaut nur auf Urheberinnen und Urheber, während Interpretinnen und Interpreten nicht erwähnt sind. Dies erklärt sich mit dem Zeitpunkt der Entstehung. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurde 1948 proklamiert, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 1966. In diesem Zeitpunkt existierte noch kein weltweit anerkanntes Instrument über die Rechte der Interpretinnen und Interpreten, und ein Recht auf Schutz ihrer geistigen und materiellen Interessen wäre daher eine Verweisung ins Leere gewesen. Heute scheint es aufgrund der breiten Anerkennung von Persönlichkeitsrechten für ausübende Künstlerinnen und Künstler, wie sie sich aus der weltweiten Geltung von Art. 5 WPPT<sup>86</sup> und Art. 5 BTAP<sup>87</sup> ergibt, naheliegend, auch diese Kulturschaffenden in den Anwendungsbereich der genannten menschenrechtlichen Bestimmungen einzubeziehen.

Während die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte in rechtlicher Hinsicht keine Bindungswirkung entfaltet, ist dies beim UN-Pakt durchaus der Fall. Sowohl die Anerkennung des Urheberrechts als subjektives Recht der schöpferisch tätigen Menschen als auch die Garantie für die Allgemeinheit, am kulturellen Leben teilzunehmen und an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts teilzuhaben, haben daher Verfassungsrang.<sup>88</sup> Natürlich steht den Unterzeichnerstaaten eine grosse Freiheit in der Ausgestaltung dieses Schutzsystems zu. Ebenso klar ist aber, dass ein einseitig an der Nutzenmaximierung der Herstellerinnen und Hersteller marktfähiger Produkte ausgerichtetes Urheberrecht, wie es sich unter der Ägide des TRIPs-Abkommens herausgebildet hat, diesen völkerrechtlich garantierten Ansprüchen nicht gerecht wird. Auch aus grundrechtlicher Sicht drängt sich daher eine Neupositionierung des Urheberrechts auf.

### 3. Prinzipien einer urheberrechtlichen Regelung von FAIR works

Ein Urheberrecht, das sich umfassend an diesen grundrechtlichen Aspekten orientiert, müsste wohl den gleichen Prinzipien entsprechen, wie sie für FAIR data entwickelt wurden. Die geschützten Werke und die nachbarrechtlich geschützten Darbietungen müssten «findable, accessible, interope-

83 W. EGLOFF, Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, sic! 2007, 705 ff.; HILTY (Fn. 68); LUTZ (Fn. 68), 172 f.; G. SANDBERGER, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUIM 2006, 818 ff.

84 C. P. RIGAMONTI, Urheberrecht und Grundrechte, ZbJV 2017, 366; HILTY (Fn. 35), Rz. 131 ff.

85 SR 0.103.1.

86 SR 0.231.171.1.

87 SR 0.231.174.

88 Dazu ausführlich M. KIVISTÖ, The Public Interest in Copyright Law from a Human Rights perspective – a Doctrinal Analysis, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd 2016, 242 ff.

able and re-usable», also «auffindbar, zugänglich, verknüpfbar und wiederverwendbar» sein. Darüber hinaus muss es aber auch die geistigen und materiellen Interessen der Urheberinnen und Urheber und der ausübenden Künstlerinnen und Künstler schützen, die ihnen durch die Schaffung «von Werken der Wissenschaft, Literatur und Kunst erwachsen». Die Interessenabwägung auf Verfassungsebene muss sich demzufolge an den Interessen der kreativ Tätigen einerseits und der Allgemeinheit, d.h. den Konsumentinnen und Konsumenten der geschützten Werke und Darbietungen, andererseits orientieren.<sup>89</sup>

Damit Werke und Darbietungen «auffindbar» sind, müssen sie durch ausreichende Metadaten erschlossen sein.<sup>90</sup> Das bedeutet, dass Angaben vorliegen müssen, die detailliert über den Inhalt dieser Werke und Darbietungen Auskunft geben, und dass diese Angaben über geeignete Suchroutinen auch gefunden werden können. Dabei geht es nicht etwa nur um bibliografische Angaben wie Autorschaft, Titel und Erscheinungsort, sondern um möglichst genaue Angaben über die Inhalte, die in den Werken und Darbietungen präsentiert werden. Da von den einzelnen Urheberinnen und Urhebern nicht erwartet werden kann, dass sie diese Metadaten selbst erstellen, muss es für Dritte möglich und zulässig sein, diese Daten aus den Werken und Darbietungen zu extrahieren und sie in Form von Bestandesverzeichnissen, Sachregistern und ähnlichem allen Interessierten zur Verfügung zu stellen.

Allein dies setzt voraus, dass die Werke und Darbietungen auch tatsächlich «zugänglich» sind. Es muss möglich und zulässig sein, ohne individuelle Erlaubnis vom Inhalt dieser Werke und Darbietungen Kenntnis zu erlangen. Dies wiederum bedingt, dass der Zugang mittels allgemein benutzbaren, standardisierten Verfahren, auch maschinell, möglich sein muss.<sup>91</sup> Urheberrechtlich betrachtet bedeutet dies, dass der Werkgenuss nicht technisch behindert oder unzumutbar erschwert werden darf.

Damit die vorgefundenen oder erarbeiteten Metadaten, durch welche die Werke und Darbietungen erschlossen werden, miteinander «verknüpfbar» sind, müssen sie in einer weithin verständlichen, standardisierten und auch maschinenlesbaren Sprache verfasst sein.<sup>92</sup> Soweit dies nicht der Fall ist, muss es für Dritte möglich und zulässig sein, die bestehenden Metadaten in solche standardisierten Formate umzuwandeln, damit die Verknüpfung technisch möglich wird.

Schliesslich müssen die Werke und Darbietungen «wiederverwendbar» sein. Das setzt voraus, dass die Metadaten nicht nur über den Inhalt ausreichend Auskunft geben, sondern auch über die Herkunft des Werks oder der Darbietung, über die daran Berechtigten, über eventuelle Bedingungen für die Wiederverwendung usw. Auch diese Angaben müssen in einer Form zugänglich sein, dass sie von allen Interessierten und auch von Maschinen verstanden werden können.<sup>93</sup>

#### 4. FAIR works und die Interessen der kreativ Tätigen

Es bleibt die Frage, wie in einem solchen offenen System die geistigen und materiellen Interessen der Urheberinnen und Urheber gewahrt werden können. Hinsichtlich der geistigen Interessen bieten sich vorerst die bewährten Instrumente des Urheberrechts an, nämlich die Rechte auf Namensnennung und auf Werkintegrität. Es kann ohne weiteres verlangt werden, dass bei der Erschliessung von Werken und Darbietungen, bei ihrer Bereitstellung für den Werkgenuss, bei ihrer Verknüpfung und bei der Wiederverwendung die Urheberinnen und Urheber bzw. die Interpretinnen und Interpreten genannt werden und dass die Werkverwendung nicht in einer Form erfolgt, welche die Persönlichkeit der Berechtigten verletzt. Eine solche Nutzungsschranke, deren Modalitäten auch noch den Besonderheiten einzelner Werkgruppen angepasst sein können, beschränkt das Nutzungsinteresse der Allgemeinheit nicht in unzumutbarer Weise. Sie ist in einer digitalen Welt sogar einfacher umsetzbar, als sie es im herkömmlichen Kulturbetrieb war und ist.

Urheberinnen und Urheber wie auch Interpretinnen und Interpreten müssen aber auch die Möglichkeit haben, den Zeitpunkt und die Form zu bestimmen, in welchen die Ergebnisse ihrer kreativen Tätigkeit ihren privaten Bereich verlassen und bekannt gemacht werden. Sie müssen, mit anderen Worten, darüber entscheiden können, ab wann sie ihr Werk oder ihre Darbietung als vollendet betrachten und sie ausserhalb des Bekanntenkreises bekannt machen wollen. Auch dabei handelt es sich im herkömmlichen urheberrechtlichen Verständnis um ein geistiges Interesse der kreativ Tätigen und damit um einen Teil ihrer Persönlichkeitsrechte.<sup>94</sup> Diesem Interesse kann nur Rechnung getragen werden, wenn es neben den FAIR works immer auch noch eine zweite Werkkategorie gibt, nämlich die der Allgemeinheit nicht oder noch nicht zugänglichen Werke. Ebenso wird es eine Kategorie von Darbietungen geben müssen, welche noch nicht FAIR sind, welche also insbesondere weder findable noch accessible sind.

Steht aber fest, dass ein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse der Allgemeinheit besteht, dass möglichst viele Werke und Darbietungen FAIR sind, also auffindbar, zugänglich, verknüpfbar und wiederverwendbar, so muss das Urheberrecht Anreize schaffen, damit kreativ Tätige ihre Werke und Darbietungen möglichst früh dieser Kategorie zuweisen. Sie sollten ein Interesse haben, die Auffindbarkeit, Zugänglichkeit und Verknüpfbarkeit ihrer Werke und Darbietungen zu befördern.

<sup>89</sup> RIGAMONTI (Fn. 84), 365.

<sup>90</sup> HODSON/JONES/COLLINS/GENOVA/HARROWER/LAAKSONEN/MIETCHEN/PETRAUSKAITÉ/WITTENBURG (Fn. 74), 12.

<sup>91</sup> HODSON/JONES/COLLINS/GENOVA/HARROWER/LAAKSONEN/MIETCHEN/PETRAUSKAITÉ/WITTENBURG (Fn. 74), 13.

<sup>92</sup> HODSON/JONES/COLLINS/GENOVA/HARROWER/LAAKSONEN/MIETCHEN/PETRAUSKAITÉ/WITTENBURG (Fn. 74), 14.

<sup>93</sup> HODSON/JONES/COLLINS/GENOVA/HARROWER/LAAKSONEN/MIETCHEN/PETRAUSKAITÉ/WITTENBURG (Fn. 74), 14.

<sup>94</sup> D. BARRELET/W. EGLOFF (Fn. 29), URG 9 N 20; C. P. RIGAMONTI, Urheberpersönlichkeitsrechte, Bern 2013, 269.

Dieser Anreiz kann am ehesten dadurch geschaffen werden, dass ein materielles Interesse der Kreativen möglichst erst auf der Ebene der Wiederverwendung zum Tragen kommt. Auch wenn für kreativ Tätige die Möglichkeit besteht, Werke und Darbietungen der Öffentlichkeit vorzuenthalten oder sie nur in einem von ihnen bestimmten beschränkten Personenkreis zu verwerten, so ist doch nicht erforderlich, dass diese Rechtsposition gleichzeitig auch in materieller Hinsicht privilegiert wird. Vielmehr spricht das Allgemeininteresse an der Auffindbarkeit, Zugänglichkeit und Verknüpfbarkeit der Werke und Darbietungen dafür, dass ihm möglichst nur geistige Interessen der Urheberinnen und Urheber bzw. der Interpretinnen und Interpreten entgegenstehen sollten. Erst auf der Ebene der Wiederverwendung von Werken und Darbietungen sollten dann auch die wirtschaftlichen Interessen der kreativ Tätigen berücksichtigt werden.

Das erscheint auch unter dem Gesichtspunkt angemessen, dass erst im Zeitpunkt, da die für eine Wiederverwendung in Frage kommenden Werke und Darbietungen identifiziert, konsultiert und gegebenenfalls zueinander in Beziehung gesetzt sind, ein objektiv beurteilbares Nutzungsinteresse besteht. Erst dann steht fest, welche Werke und Darbietungen wofür wiederverwendet werden sollen. Erst in diesem Moment ist eine Güterabwägung praktikabel, weil erst dann das Interesse der Allgemeinheit, also der potentiellen Konsumentinnen und Konsumenten, aber auch das Nutzungsinteresse eventueller Intermediäre definiert und gegen das Interesse der Berechtigten abgewogen werden kann, aus der Nutzung ihres Werkes oder ihrer Darbietung einen materiellen Vorteil zu ziehen.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich vorerst, dass eine urheberrechtliche Regelung von FAIR works davon auszugehen hat, dass es immer auch eine Kategorie schützbarer Werke und Darbietungen gibt, welche nicht FAIR sind. Notwendig wird es also sein, die beiden Kategorien voneinander abzugrenzen und die mit den jeweiligen Kategorien verbundenen Rechtsfolgen zu bestimmen. Dabei verlangt das Allgemeininteresse, dass möglichst viele Werke und Darbietungen die Voraussetzungen von FAIR works erfüllen. Dies wiederum legt nahe, dass eine gesetzliche Entschädigungspflicht für die Nutzung von Werken oder Darbietungen erst auf der Ebene der Wiederverwendung ansetzen sollte. Bei näherer Betrachtung lassen sich aus diesen wenigen Aussagen doch schon einige wichtige Eckpunkte für ein Urheberrecht in der digitalen Welt herleiten.

## V. Folgerungen für ein Urheberrecht in einer digitalen Welt

### 1. Materielle Schutzvoraussetzungen: Individualität und Originalität

Ein rechtlicher Sonderschutz für kreative Hervorbringungen ist mit dem Gleichheitsprinzip nur vereinbar, wenn sich die Leistungen, denen eine besondere Behandlung zukommt, von anderen gesellschaftlich relevanten Leistungen unter-

scheiden. Es muss einen objektiven Grund geben, weshalb kreative Hervorbringungen rechtlich anders behandelt werden als sonstige Hervorbringungen. Als diese Besonderheit hat sich in der Geschichte des Urheberrechts die Werkoriginalität herausgebildet: Ein geschaffenes Werk wird rechtlich geschützt, weil es im Vergleich zum bereits Bestehenden individuell und neu ist.<sup>95</sup> Es fügt dem gesellschaftlichen Wissen, der gesellschaftlichen Kultur etwas hinzu, das es bisher noch nicht gab oder das zumindest in der nun geschaffenen Form noch nicht existiert hatte. Ein schützbare Werk darf also nicht die Kopie von etwas bereits Bestehendem sein, sondern es muss statistisch einmalig und gleichzeitig eine originelle geistige Schöpfung sein.

Dieses Neuheitskriterium findet sich teilweise in nationalen Gesetzen, erstaunlicherweise aber nicht in den internationalen Urheberrechtsabkommen. Es wird dort zwar manchmal durch Ausschlusskriterien, wonach bestimmte geistige Hervorbringungen wie Ideen, Konzepte, Datensammlungen und anderes mehr keine Werke im Sinne des Urheberrechts sind, indirekt angesprochen. Eine positive Definition findet sich aber in den internationalen Konventionen nicht, und sie fehlt oft auch in den nationalen Gesetzen.<sup>96</sup> Trotzdem spielt die Neuheit, die Originalität von Werken als urheberrechtliches Abgrenzungskriterium in der weltweiten Rechtsprechung eine zentrale Rolle. In den USA war es ein Urteil des Supreme Court von 1991,<sup>97</sup> welches klarstellte, dass es ohne kreative Entscheide eines Urhebers oder einer Urheberin kein Copyright geben kann. Der EuGH entwickelte in mehreren Entscheidungen einen autonomen Werkbegriff, der als Voraussetzung für die Anerkennung von Urheberrechtsschutz auf das Vorliegen einer geistigen Schöpfung abstellt, die Ausdruck persönlicher Entscheidungen des Urhebers und der Urheberin sein muss.<sup>98</sup> In der Rechtsprechung der Commonwealth-Länder herrschte lange die Tendenz vor, für nahezu jede etwas aufwändigere geistige Tätigkeit, in den Urteilen als «skill and labour» oder als «sweat of the brow» bezeichnet, Urheberrechtsschutz zu gewähren.<sup>99</sup> Aber auch dort wird zunehmend erkannt, dass es für die Erlangung des urheberrechtlichen Sonderschutzes nicht genügen kann, dass eine Person mit «skill and labour» eine Leistung erbracht hat.<sup>100</sup> Vielmehr muss ein Element von Kreativität hinzutreten, muss das Werk Ausdruck von

95 GERVAIS (Fn. 5), 94 ff.; HILTY (Fn. 35), Rz. 160 ff.

96 GERVAIS. (Fn. 5), 110.

97 490 US 340 (1991), *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*

98 Z.B. die Entscheidungen EuGH vom 16. Juli 2009, C-5/08, «Infopaq»; EuGH vom 4. Oktober 2011, C-429/08, «Murphy»; EuGH vom 1. 12. 2011, C-145/10, «Painer».

99 GERVAIS (Fn. 5), 100 ff.

100 C. HANDIG, The «sweat of the brow» is not enough! – more than a blueprint of the European copyright term «work», *European Intellectual Property Review* 2013, 334 ff.; A. RAHMATIAN, *Originality in UK copyright law: the old «skill and labour» doctrine under pressure*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2013, 4 ff.

kreativen Entscheidungen sein, welche Urheberinnen und Urheber getroffen haben.<sup>101</sup>

DANIEL J. GERVAIS definiert dieses Kriterium der «creative choice» als eine Entscheidung «made by the author that is not dictated by the function of the work, the method or technique used, or by applicable standards or relevant good practice».<sup>102</sup> In diesem Sinne darf auch der vom schweizerischen Gesetzgeber verwendete Ausdruck der geistigen Schöpfung mit individuellem Charakter<sup>103</sup> verstanden werden: Ein individueller Charakter muss sich an den Elementen einer geistigen Schöpfung festmachen, die nicht durch externe Vorgaben wie die Funktion des Werks, Arbeitsmethoden oder Arbeitstechniken, Standards und Gewohnheiten einer Branche bestimmt sind. Nur wenn diese individuell gestalteten Elemente die geistige Schöpfung prägen, liegt ein schützbare Werk vor. Und nur wenn ein solches Werk mit individuellem Charakter (oder eine Ausdrucksweise der Volkskunst) interpretiert wird, liegt eine schützenswerte Darbietung vor.

## 2. Abgrenzungskriterium für FAIR works: Wahrnehmbarkeit

Liegt in diesem Sinne eine originelle geistige Hervorbringung vor, so sollte diese nach Möglichkeit für die Allgemeinheit wahrnehmbar sein. Nur offenbarte Werke bereichern das gesellschaftliche Wissen und die Kultur.<sup>104</sup> Nur bei offenbarten Werken kann festgestellt werden, ob sie Neues beinhalten oder einfach die Kopie von Bestehendem sind. Dabei müssen die Werke nicht notwendigerweise «fixed in a tangible medium of expression» sein, wie dies Section 102 (a) des US Copyright Act<sup>105</sup> heute noch vorschreibt, sondern sie können auch als virtuelle Dateien zugänglich sein. Aber sie müssen für die Allgemeinheit wahrnehmbar sein.<sup>106</sup>

Diese Überlegung kollidiert nur scheinbar mit dem Grundsatz von Art. 3 Abs. 1 RBÜ, wonach «die einem Verbandsland angehörenden Urheber für ihre veröffentlichten und unveröffentlichten Werke» geschützt sind. In der Tat müssen sich Urheberinnen und Urheber dagegen wehren können, dass ihnen ihre noch unveröffentlichten Werke entzogen und durch Dritte unberechtigt verwertet werden. Es ist Sache der Autorinnen und Autoren, darüber zu entscheiden, wann und in welcher Form sie ihre Werke offenlegen wollen, und das Urheberrecht muss sie in diesem Interesse schützen.

Dieser sozusagen vorgelagerte Schutz ist ein im Sinne des erwähnten völkerrechtlichen Verständnisses geistiges Interesse, kein materielles. «Offenlegung» oder «Divulgation» ist nicht das gleiche wie «Veröffentlichung». Gemäss Art. 3 Abs. 3 der Pariser Fassung der RBÜ sind unter veröffentlichten Werken «die mit Zustimmung ihrer Urheber erschienenen Werke zu verstehen, ohne Rücksicht auf die Art der Herstellung der Werkstücke, die je nach der Natur des Werkes in einer Weise zur Verfügung der Öffentlichkeit gestellt sein müssen, die deren normalen Bedarf befriedigt.»<sup>107</sup> Als veröffentlicht gelten demnach nur Werke, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und deren normalen Bedarf be-

friedigen, also auffindbar und zugänglich sind. Ein in einem e-journal enthaltener, hinter einer Paywall versteckter wissenschaftlicher Beitrag wird der Öffentlichkeit aber nicht in diesem Sinne zur Verfügung gestellt. Er ist zwar offengelegt, aber nicht veröffentlicht, da er exklusiv für die Community reserviert bleibt, welche zu diesem e-journal Zugang hat.

Es ist weder selbstverständlich noch konventionsrechtlich verlangt, dass auf einen solchen nur offengelegten Beitrag die gleichen rechtlichen Bestimmungen anwendbar sein müssen wie für veröffentlichte Werke. Vielmehr entspräche es der Zielsetzung des Urheberrechts «to promote the progress of science and useful arts», den Berechtigten an veröffentlichten Werken und Darbietungen mehr und andere Prärogativen zuzuerkennen als den Berechtigten an nicht oder noch nicht veröffentlichten Werken. Es entstünde so der vorne erwähnte Anreiz für Urheberinnen und Urheber,<sup>108</sup> ihre Hervorbringungen möglichst früh für die Allgemeinheit zugänglich zu machen. In diesem Sinne wäre es beispielsweise sinnvoll, den Anspruch auf Beteiligung an Erlösen aus obligatorischer kollektiver Verwertung von Werken oder aus gesetzlichen Lizenzen auf Berechtigte an veröffentlichten Werken zu beschränken.

Allerdings tut das geltende Urheberrecht das genaue Gegenteil: Es stattet die Berechtigten an zwar offengelegten, aber noch nicht veröffentlichten Werken mit einem Sonderrecht aus, indem die WIPO-Konventionen die Mitgliedstaaten verpflichten, in ihren nationalen Gesetzen einen zivil- und strafrechtlichen Schutz technischer Massnahmen zur Verhinderung des Zugangs zu solchen Werken und Darbietungen zu verankern. Wer also Werke und Darbietungen der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stellt, sondern den Zugang dazu auf einen willkürlich festgelegten Personenkreis beschränkt, nicht selten aufgrund finanzieller Kriterien, wird vom Gesetzgeber mit einer verstärkten Rechtsposition belohnt. Ein schärferer Gegensatz zum angestrebten Beitrag zum «Encouragement of Learning» und zum

101 Im Entscheid *Newspaper Licensing Agency Ltd. v. Marks & Spencer plc* des britischen House of Lords (UHKL 38 [2003] 1 AC 551) ist die Rede von «original artistic skill and labour». Vgl. dazu GERVAIS (Fn. 5), 102 f. und 200.

102 GERVAIS (Fn. 5), 115 f.

103 Art. 2 URG (SR 231.1).

104 F. PERRET, *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles*, Genève 1974, 70 f.

105 U.S.C. 17, section 102 (a).

106 GERVAIS (Fn. 5), 33, weist darauf hin, dass die Gewährung des Urheberrechts auch schon in frühen Zeiten als Gegenleistung für die Offenlegung von Texten verstanden wurde: «The protection of author at the time was a quid pro quo for disclosure». Diesen Zusammenhang erläutert auch schon die 1738 in Basel erschienene Dissertation von J. R. THURNEISEN, *De Recusione Librorum Furtiva*; vgl. dazu EGLOFF (Fn. 6), 9 f.

107 SR 0.231.15. Im französischen Originaltext ist von «oeuvres publiées» die Rede. Gemeint sind also Werke, die herausgegeben und in Form von Werkexemplaren verbreitet werden. Demgegenüber versteht das schweizerische URG unter «Veröffentlichung» (Art. 9 Abs. 3 URG), die Offenlegung eines Werks gegenüber einem nicht privaten Publikum, was in der französischen Version des Gesetzes korrekt als «divulgation» bezeichnet wird.

108 Vorne 4.4.

Ziel, «to promote the progress of science and useful arts», ist kaum denkbar.

Ein Eckpunkt eines Urheberrechts in einer digitalen Welt müsste es daher sein, diese dysfunktionalen Bestimmungen über den Schutz technischer Massnahmen ersatzlos aufzuheben. Es muss den Berechtigten zwar freistehen, ihre Werke und Darbietungen der Allgemeinheit nicht zur Verfügung zu stellen. Einen über persönlichkeitsrechtliche Ansprüche hinausgehenden Schutz brauchen sie dafür aber nicht. Diesen gesetzlichen Schutz technischer Massnahmen aufzuheben sollte umso leichter fallen, als diese Bestimmungen in der urheberrechtlichen Praxis kaum eine Rolle spielen. Sie sind unpraktikabel, durch die technische Entwicklung überholt, und sie werden daher kaum angewandt. DANIEL J. GERVAIS bezeichnet die Regelung zu Recht als «misguided and anachronistic».<sup>109</sup>

### 3. Kein originärer Rechtsschutz für Intermediäre

Die Voraussetzung, dass es Urheberrechtsschutz nur für geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter geben kann, muss auch für jeden derivativen Urheberrechtsschutz gelten. Ein Buch ist nur ein Werkexemplar im Sinne des Urheberrechts, wenn es die Vervielfältigung eines urheberrechtlich schützbares Werks repräsentiert. Ist dies nicht der Fall, so ist das Buch einfach eine bewegliche Sache wie ein Stuhl oder ein Kleidungsstück, und der Geschäftsverkehr mit diesem Handelsgut muss sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts richten. Ebenso sollte Gegenstand einer urheberrechtlichen Lizenz nur die Erlaubnis zur Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werks sein. Wer eine Lizenz zur Nutzung irgendeines andern Arbeitsergebnisses, z.B. einer Adressensammlung, erteilt, bewegt sich ausserhalb des Bereichs des Urheberrechts, selbst wenn eine urheberrechtliche Terminologie verwendet wird.<sup>110</sup>

Analoges gilt für die verwandten Schutzrechte oder Nachbarrechte: Eine künstlerische Darbietung ist nur nachbarrechtlich geschützt, wenn sie ein urheberrechtlich schützbare Werk oder eine Ausdrucksweise der Volkskunst zum Gegenstand hat.<sup>111</sup> Wer Fussball spielt, wer Zauberkünste vorführt, wer Kunstturnen praktiziert, ist keine ausübende Künstlerin und auch kein ausübender Künstler, mag die körperliche Leistung noch so herausragend und beeindruckend sein. Sie kann daher auch nicht zu einem übertragbaren nachbarrechtlichen Anspruch führen.

Wer also ein Recht an einem Immaterialgut geltend macht, muss entweder selbst die kreative Leistung erbracht haben oder ein entsprechendes Nutzungsrecht direkt oder indirekt von einem Urheber oder einer Urheberin bzw. von einer Interpretin oder einem Interpreten erworben haben. Nur ein solcher Rechteerwerb darf dazu führen, dass auch Intermediäre über Ausschliesslichkeitsrechte an Immaterialgütern verfügen, die sie allenfalls gegenüber Dritten geltend machen können.

Von diesem an sich klaren Grundsatz gibt es allerdings einige wenige Ausnahmen. Die in der Praxis wichtigste ist der originäre Anspruch der Herstellerinnen und Hersteller

von Tonträgern, wie er im Rom-Abkommen<sup>112</sup> und im WPPT<sup>113</sup> verankert ist. In der EU-Richtlinie 2001/29 wird dieser Sonderschutz auch noch auf die Herstellerinnen und Hersteller von Tonbildträgern ausgeweitet.<sup>114</sup> Die Richtlinie enthält damit eine Diskrepanz zum für diesen Bereich massgeblichen Staatsvertrag, dem BTAP,<sup>115</sup> der nur Interpretenrechte, aber keine originären Produzentenrechte kennt.

Wie vorne dargelegt,<sup>116</sup> gehen diese Sonderregelungen auf Konzepte des autoritären Korporatismus zurück, welcher die damals neu entstandene Schallplattenproduktion als Wirtschaftsbranche ausgestalten wollte, die – wie andere Wirtschaftsbranchen auch – durch Zwangskorporationen unter staatlicher Aufsicht geregelt werden sollte. In einer freien Marktwirtschaft hat ein solches Lenkungsinstrument jegliche Berechtigung verloren. Einerseits hat der sachliche Anknüpfungspunkt der Regelung, der industriell hergestellte physische Tonträger, einen grossen Teil seiner wirtschaftlichen Bedeutung eingebüsst und ist als Mittel der Aufzeichnung und Verbreitung von Musik durch andere Techniken ersetzt worden. Andererseits ist heute kaum noch ein Grund ersichtlich, weshalb gerade diesem kleinen Teil einer Branche der Kreativwirtschaft ein solcher Sonderschutz zukommen soll, während es einen solchen bei ebenso wichtigen verwandten Branchen wie beispielsweise dem Verlagswesen, dem Theater, den Kunstgalerien, dem Kino usw. nicht gibt. Auch innerhalb der privilegierten Branche erscheint als wenig einsichtig, weshalb die Herstellung von physischen Tonträgern oder Tonbildträgern zu einem originären Rechtsanspruch führt, während dies bei vergleichbaren Leistungen im Bereich der Vermittlung akustischer oder audiovisueller Inhalte, z.B. auf dem Wege von Podcasts, Streaming oder einer sonstigen Verbreitung digitaler Dateien, nicht der Fall ist. Solche Ungleichbehandlungen sind allenfalls historisch erklärbar, aber rechtspolitisch nicht mehr vertretbar.

Es erscheint unter all diesen Aspekten zur Entwicklung eines Urheberrechts im digitalen Zeitalter als angebracht, diese nachbarrechtlichen Systemwidrigkeiten zu beseitigen. Leider hat es die EU-Gesetzgebung stattdessen vorgezogen, in der EU-Richtlinie 2019/790 noch einem zusätzlichen Partikulärinteresse von Intermediären seine Referenz zu erweisen. Unter dem Titel «Schutz von Presseveröffentlichungen im Hinblick auf die Online-Nutzung» wird den Presseverlagen ein originäres Nachbarrecht an ihren Publikationen eingeräumt. Dabei wird weder verlangt, dass es sich bei die-

109 GERVAIS (Fn. 5), 203. Vgl. auch HILTY (Fn. 35), Rz. 869.

110 Deshalb kann beispielsweise ein CC0-Waiver nie eine Lizenz sein, wie auch Creative Common selbst immer wieder festhält. Mit dem CC0-Zeichen bringt jemand zum Ausdruck, dass nach seiner oder ihrer Ansicht an einem Objekt kein Urheberrecht besteht, es also kein geschütztes Werk ist, und dass Autorinnen und Autoren dieses Objekts für den Fall, dass nach irgendeiner nationalen Rechtsordnung dieses Objekt dennoch als «Werk» im Sinne des Urheberrechts qualifiziert werden sollte, auf die Geltendmachung des Urheberrechts verzichten.

111 Art. 2 Bst. a WPPT (SR 0.231.171.1); Art. 33 Abs. 1 URG (SR 231.1).

112 Art. 10 Rom-Abkommen (SR 0.231.171).

113 Art. 11 ff. WPPT (SR 0.231.171.1).

114 Art. 2 Bst. d RL 2001/29/EG.

115 SR 0.231.174.

116 Vorne 2.3.

sen Publikationen um urheberrechtlich schützbar Werk handelt noch, dass sie in urheberrechtlich relevanter Weise genutzt werden. Vielmehr soll die bloße Tatsache, dass auf solche Publikationen verlinkt wird, sie also durch Dritte auffindbar und zugänglich gemacht werden, einen Anspruch auf finanzielle Entschädigung begründen. Weshalb ausgerechnet solche Leistungen des Auffindbarmachens und Zugänglichmachens von Inhalten, also die Erbringung elementarer Dienstleistungen für die Verwirklichung des dem Urheberrecht zugrundeliegenden öffentlichen Interesses, finanziell belastet werden sollen, bleibt das Geheimnis des EU-Gesetzgebers. Ebenso die Frage, warum ein solcher Anspruch nur Presseverlagen zustehen soll und nicht auch allen andern Intermediären, deren Inhalte von Internet-Plattformen und Suchmaschinen nachgewiesen und damit auffindbar und zugänglich gemacht werden. Es kann nicht überraschen, dass dieser gesetzgeberische Irrläufer in der europäischen Urheberrechtsdoktrin ganz überwiegend abgelehnt wird.<sup>117</sup>

Von seiner gesellschaftlichen Zielsetzung her kann das Urheberrecht nur Werke schützen, also geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter. Ob einer geistigen Schöpfung die erforderlichen kreativen Entscheidungen von Urheberinnen und Urhebern zugrunde liegen, welche sie als neu und originell erscheinen lassen, ihr also individuellen Charakter verleihen, kann nur anhand des einzelnen Werks entschieden werden. Dementsprechend darf urheberrechtlicher wie auch nachbarrechtlicher Schutz immer nur gewährt werden, wenn er direkt oder indirekt auf eine solche urheberrechtlich relevante Hervorbringung zurückgeführt werden kann. Die juristische Form dieser Rückbeziehung ist der direkte oder indirekte vertragliche Rechteerwerb von Urheberinnen und Urhebern oder von Interpretinnen und Interpreten. Für einen originären Anspruch von Intermediären gibt es dagegen keine objektive Begründung.

#### 4. Notwendigkeit der Kollektivverwertung

Wie bereits erwähnt,<sup>118</sup> waren Urheberinnen und Urheber schon immer darauf angewiesen, die Wahrnehmung ihrer Rechte Dritten anzuvertrauen. Im Bereich der Literatur waren es Druckereien und Verlage welche für die Herstellung und den Vertrieb der Werkexemplare und damit auch für das Inkasso von Entschädigungen zugunsten der Autorinnen und Autoren zuständig waren. In der bildenden Kunst ist es der Kunsthandel, welcher in den meisten Fällen diese Aufgabe übernimmt. Im Bereich der Aufführungsrechte und der Sende-rechte bildeten die Berechtigten selbst spezialisierte Agenturen, die wir heute als Verwertungsgesellschaften bezeichnen, denen sie die Kontrolle des Marktes wie auch die Aus-handlung und den Bezug von Tantiemen anvertrauten.

An der Notwendigkeit solch spezialisierter Intermediäre für die Wahrnehmung von Urheber- und Interpreten-rechten hat sich durch die Digitalisierung und Globalisierung wenig geändert. Zwar macht es das Internet für einzelne Autorinnen und Autoren leichter, ihre Werke selbständig zu vertreiben und auch das Inkasso bei einzelnen Nutzerinnen

und Nutzern zu besorgen. Ebenso ist es heute mit überschaubarem Aufwand möglich, künstlerische Darbietungen aufzuzeichnen und sie im Internet zu verbreiten. Eine gewinnbringende weltweite Verwertung von Werken und Darbietungen setzt aber sehr viel mehr voraus. Wer von seinem Werkschaffen oder von künstlerischen Darbietungen seinen Lebensunterhalt bestreiten will, benötigt auch heute noch wie eh und je eine professionelle Verwertungsorganisation.

Schleichend verändert hat sich aber die Situation der Nutzerinnen und Nutzer wie auch der Konsumentinnen und Konsumenten. Waren Intermediäre in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts durchaus in der Lage, die von ihnen benötigten Verwendungsrechte direkt oder über andere Intermediäre von den Berechtigten zu erwerben, so geriet dieses Geschäftsmodell vor allem beim Aufkommen des Fernsehens erstmals in grössere Schwierigkeiten. Die grosse Zahl der für die Programmgestaltung erforderlichen Rechte führte für die Sendeunternehmen zu enormen Transaktionskosten, ohne dass mit Sicherheit gesagt werden konnte, dass der Rechteerwerb vollständig sei. Fast zur gleichen Zeit führte die Verlagerung der Werknutzung in den privaten Bereich, insbesondere als Folge der raschen Verbreitung der Fotokopie und privater Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte, dazu, dass aus bisherigen Konsumenten und Konsumentinnen, welche sich beim Konsum von Werken und Darbietungen auf die Freiheit des Werkgenusses berufen konnten, rechtlich gesehen Nutzerinnen und Nutzer wurden: sie konsumierten nicht mehr nur Werke und Darbietungen, sondern sie nahmen auch Vervielfältigungen vor. Diese privaten Vervielfältigungen waren nach den damals geltenden Bestimmungen des Urheberrechts eigentlich nicht erlaubt, doch sie wurden meist geduldet, weil es für die Millionen privater Nutzerinnen und Nutzer weder einen Ansporn noch eine realistische und praktikable Möglichkeit gab, die für diese Nutzungen erforderlichen Rechte zu erwerben.

In dieser Situation führten als erste einige skandinavische Länder für Bereiche der Bildung und Erziehung sowie für den Rundfunk sogenannte erweiterte Kollektivlizenzen ein.<sup>119</sup> Diese erlaubten es bestimmten Nutzerinnen und Nutzern, für die im Gesetz genannten Anwendungen bei einer repräsentativen Verwertungsgesellschaft eine kollektive Lizenz zu erwerben, welche sich auf das gesamte von ihnen benötigte Werkrepertoire erstreckte. Diese als «Vereinbarungslizenz» bezeichnete, im übrigen Europa unter dem Namen «erweiterte Kollektivlizenz» bekannt gewordene Erlaubnis<sup>120</sup> war nämlich auch für Werke von Berechtigten gültig, welche

117 So etwa HILTY. (Fn. 35), Rz. 720 ff.; LUTZ (Fn. 68), 253 ff.; F. RIEGER, Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger, Baden-Baden 2013, 376; H. SCHACK, Das neue Leistungsschutzrecht für Presseverleger. Ein schlechtes Vorbild wird reformiert, ZUM 2020, 165 f.; M. STIEPER, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger nach dem Regierungsentwurf zum 7. UrhRÄndG, ZUM 2013, 10 ff.

118 Vorne 2.2.

119 Dazu F. TRUMPKE, Exklusivität und Kollektivierung. Das skandinavische Modell der Erweiterten Kollektiven Lizenz (Extended Collective Licensing), Baden-Baden 2016. Vgl. auch GERVAIS (Fn. 5), 251 ff.

120 W. EGGLEFF, Extended Collective Licenses – ein Modell auch für die Schweiz?, sic! 2014, 671 ff.

von der betreffenden Verwertungsgesellschaft gar nicht vertreten wurden. Diese konnten zwar verlangen, dass ihre Werke von der Erlaubnis ausgenommen wurden, doch wurde von dieser Opt-out-Möglichkeit in der Praxis nicht Gebrauch gemacht.

Wenig später führte Deutschland als erstes Land eine gesetzliche Lizenz für das private Vervielfältigen ein: Das Gesetz erlaubte das Aufnehmen geschützter Werke mittels Tonbandgeräten zu privaten Zwecken, verband diese Nutzung aber mit einer Abgabe, welche beim Kauf dieser Geräte erhoben und über eine Verwertungsgesellschaft an die Berechtigten an den vervielfältigten Werken verteilt wurde. Dieses System von Geräteabgaben wurde in der Folge auch auf andere Ton- und Bildaufzeichnungsgeräte und weitere Vervielfältigungsgeräte ausgeweitet, und es wurde auch von einer Vielzahl anderer europäischer Staaten übernommen.<sup>121</sup>

Beide Formen kollektiver Verwertung von Rechten wurden in den folgenden Jahren ausdifferenziert und auf weitere Nutzungen ausgeweitet. Innerhalb der EU ist ihre Anwendung heute in den Richtlinien 2001/29 und 2019/790 harmonisiert. Dies geschieht einerseits durch die Übernahme des Instruments der erweiterten Kollektivlizenz in das Recht der EU, andererseits durch die Festlegung eines Katalogs obligatorischer oder fakultativer Ausnahmeregelungen zu den allgemeinen Schutzbestimmungen.

Angesichts der Digitalisierung der Werke und Darbietungen und ihrer weltweiten Verbreitung über das Internet erscheinen solche kollektivierten Formen der Lizenzierung vor allem aus der Sicht der Nutzerinnen und Nutzer oft als einzige mit vertretbarem Aufwand realisierbare Möglichkeit des Rechteerwerbs. Allerdings lassen sie sich in der Praxis nur in sehr beschränkten Bereichen umsetzen. So existiert zwar im Bereich der nicht-theatralischen Musik ein nahezu weltumspannendes Netz von miteinander zusammenarbeitenden Verwertungsgesellschaften, welches auf der Basis freiwilliger kollektiver Verwertung einen erheblichen Teil des Weltrepertoires verwaltet und in vielen Ländern entsprechend umfassende Nutzungsrechte anbieten kann. In Bezug auf sämtliche übrigen WerkGattungen und auch für Interpretrechte gibt es diese internationalen Netzwerke aber nur punktuell oder auch gar nicht. Ein Erwerb von Nutzungsrechten hinsichtlich eines zahlenmässig etwas umfangreicheren und über die eigenen Landesgrenzen hinausreichenden Werkrepertoires ist den Nutzerinnen und Nutzern ausserhalb des Bereichs der nicht-theatralischen Musik daher in der Regel nach wie vor nicht mit einem verhältnismässigen Aufwand möglich.

Für die digitale Welt ist es aber geradezu kennzeichnend, dass sich eine Vielzahl von Nutzungen auf grössere Werkbestände bezieht und dass diese Werke und Darbietungen aus verschiedensten Ländern stammen. Soll deren Wiederverwendung auch in solchen Fällen mit der Bezahlung einer Entschädigung verbunden sein, so kann dies nur über ein System zwingender kollektiver Verwertung funktionieren. Insbesondere die Nutzung von FAIR works setzt daher umfassende Regelungen einer obligatorischen kollektiven Verwertung voraus.

Als adäquate Form der Organisation dieser kollektiven Verwertung hat sich über die Jahrzehnte hinweg die Rechteverwaltung durch Verwertungsgesellschaften herausgebildet. Allerdings muss sich auch deren Rolle an die veränderten technischen Voraussetzungen der Werknutzung anpassen. Waren sie anfänglich ausschliesslich Interessenvertretungen der Berechtigten an Urheber- und Interpretrechten, so müssten sie sich heute als Vermittlerinnen zwischen den Berechtigten einerseits und den Nutzerinnen und Nutzern andererseits verstehen. Gleichzeitig müssen sie auch die Interessen der Allgemeinheit wahren, also der Konsumentinnen und Konsumenten der Werke und Darbietungen, damit diese in ihren Möglichkeiten des Werkgenusses nicht in unzumutbarer Weise behindert werden.<sup>122</sup>

## VI. Die Funktion des Urheberrechts in der digitalen Welt

### 1. Urheberrecht als Recht der kreativ Tätigen

Die Nichtrivalität immaterieller Güter, also die Tatsache, dass sie unendliche Male durch unendlich viele Personen verwendet werden können, ohne dass sie verbraucht werden, führt in einer Marktwirtschaft zur polit-ökonomischen Notwendigkeit, für solche Leistungen eine Warenform zu finden, in welcher sie trotz objektiv fehlender Exklusivität marktförmig verwertet werden können.<sup>123</sup> In kapitalistischen Gesellschaften haben sich dafür zwei Varianten herausgebildet. Die eine Form ist der Verkauf der Arbeitskraft selbst: Erbringerinnen und Erbringer immaterieller Leistungen werden zu Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gemacht, welche über den Lohn für ihre Arbeit bezahlt werden. Das aus dieser Arbeit resultierende marktförmige Produkt wird dann rechtlich den betreffenden Unternehmen zugeordnet, also den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern. Diese Form liegt den verschiedenen Varianten von work-made-for-hire-Regelungen zugrunde, und sie ist auch die Grundlage des autoritären Korporatismus, wie er noch heute im Rom-Abkommen zu Tage tritt.<sup>124</sup> Die andere Warenform ist die Ausgestaltung des Immaterialgutes als Rechtsobjekt: das Ergebnis der immateriellen Leistung, das Werk oder die Darbietung, wird schon vor seiner Kommodifizierung rechtlich als eine Art Sache behandelt und damit zu einem handelbaren Gut gemacht.<sup>125</sup> Dieses Arbeitsergebnis steht dann rechtlich denjenigen zu, welche die immaterielle Leistung erbracht haben. Das kontinental-europäische Urheberrecht ist Ausdruck dieser zweiten Variante.

Dass die geltenden Urheberrechtsgesetze diese beiden Möglichkeiten kombinieren, führt zu dem von RETO M. HILTY bemängelten «Überschutz».<sup>126</sup> Eine solche Kumulation macht ökonomisch eigentlich keinen Sinn, denn für

121 DOMMANN (Fn. 16), 227 ff.; EGLOFF (Fn. 6), 85 ff.

122 W. EGLOFF, Obligatorische Kollektivverwertung und Vergütungsansprüche im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2018, 117 ff.

123 NUSS (Fn. 14), 183 f.

124 Vorne 2.3.

125 NUSS (Fn. 14), 178 ff.

126 HILTY (Fn. 35), Rz. 101.

den Handel mit Büchern, Tonträgern, Tonbildträgern oder andern kommodifizierten Werkexemplaren braucht es keinen Sonderstatus; sie haben als bewegliche Sachen ja bereits die Form einer Ware. Das gleiche gilt für Dateien wie etwa Anwendungsprogramme für Computer, die als Produkte auf dem Markt gehandelt werden. Es genügt hier, dass die immaterielle Arbeit über den Lohn abgegolten und das Arbeitsergebnis rechtlich dem Unternehmen zugewiesen wird. Dass dieses marktförmige Arbeitsergebnis dann zusätzlich noch mit einem Status versehen wird, der weit über den für alle übrigen Arbeitsergebnisse geltenden wettbewerbsrechtlichen Schutz hinausgeht, ist Ausdruck der vorne dargestellten Entwicklung des Urheberrechts zum Produzentenschutzrecht, und es führt zu den heutigen Dysfunktionalitäten des Urheberrechts.<sup>127</sup>

Eine ökonomische Notwendigkeit für Urheberrecht besteht aber dort, wo das Ergebnis kreativer Arbeit in noch nicht kommodifizierter Form rechtlich den kreativ Tätigen selbst zugewiesen werden soll. Nur in Bezug auf solche Ergebnisse kreativer Arbeit liegt noch keine Warenform vor, und nur in diesen Fällen besteht die Notwendigkeit, das Arbeitsergebnis in Form eines Immaterialguts auszugestalten. Es ist auch unmittelbar einsichtig, dass eine solche Warenform direkt an die kreative Person anknüpfen muss, denn sie konstituiert ja das Ergebnis von deren Arbeit als Rechtsgut. Das sogenannte «Schöpferprinzip» ist daher nicht einfach ein ideologisch begründetes Denkmuster, sondern es ist die ökonomische Grundlage des kontinentaleuropäischen Urheberrechts. Aus diesem Grunde kann es auch nicht aufgegeben werden, ohne die gesamte Rechtsfigur der Immaterialgüter «Werk» und «Darbietung» in Frage zu stellen.

Die Nutzungsrechte an diesen Immaterialgütern sind folgerichtig den Erbringerinnen und Erbringern der immateriellen Leistungen zugewiesen. Sie können in Form von Persönlichkeitsrechten, ausschliesslichen Verwendungsrechten oder von Vergütungsansprüchen normiert sein. Deren Umfang und Ausgestaltung sind Sache des nationalen Gesetzgebers, weshalb sie sich von Land zu Land unterscheiden. Das gilt insbesondere auch für die Frage der Übertragbarkeit dieser Nutzungsrechte. Gemeinsam ist all diesen Regelungen aber, dass Nutzungsrechte nur bestehen können, soweit sie direkt oder indirekt von den Erbringerinnen und Erbringern der immateriellen Leistung erworben wurden.

## 2. Urheberrecht als Recht der Wiederverwendung von FAIR works

Neben der Ausgestaltung der Immaterialgüter und der daran bestehenden Nutzungsrechte hat das Urheberrecht die weitere zentrale Aufgabe, die Übertragung der Nutzungsrechte und damit die Wiederverwendung von Werken und Darbietungen durch andere Personen als die ursprünglich Berechtigten zu regeln. Es entspricht dies den Funktionen, welche in Bezug auf materielle Güter das Sachenrecht und insbesondere das Obligationenrecht erfüllen. Wer nun aber in der geltenden Gesetzgebung nach solchen Regeln sucht, findet bestenfalls den von RETO M. HILTY beschriebenen

Steinbruch des Urhebervertragsrechts vor: «Von einem einigermaßen klar umrissenen Regulierungsrahmen kann nicht die Rede sein; vielmehr bildet dieses Rechtsgebiet weitgehend ein Sammelsurium von mehr oder weniger konsistenten, oft von der Rechtspraxis entwickelten Bausteinen».<sup>128</sup>

Das mag insofern nicht überraschen, als es sich beim gesamten Urheberrecht um Privatrecht handelt und das weitgehende Fehlen sowohl dispositiver als auch zwingender Vertragsnormen als Ausdruck einer unbegrenzten Vertragsfreiheit verstanden werden könnte. Allerdings bedeutet es gleichzeitig auch, dass bei der Vertragsgestaltung keine andern als die unmittelbaren Interessen der beiden Vertragsparteien eine Rolle spielen können. Der Gesetzgeber verzichtet also sowohl auf den Schutz einer allenfalls schwächeren Vertragspartei als auch auf die Wahrung allgemeiner Interessen im Rechtsverkehr mit Werken und Darbietungen.

Das ist denn in Bezug auf Werke, die nicht oder noch nicht veröffentlicht sind, auch tatsächlich der Fall. Die Berechtigten an Werken und Darbietungen werden durch keine Gesetzesnorm gezwungen, ihre Hervorbringungen offenzulegen oder gar zu veröffentlichen. Es ist einzig ihnen überlassen, ihre Nutzungsrechte an Dritte zu veräussern oder diesen bestimmte Verwendungen der Werke und Darbietungen zu erlauben, wobei diese erlaubte Verwendung auch noch sachlich, räumlich oder zeitlich begrenzt sein kann. Ebenso bleibt es ihnen überlassen, eine finanzielle Entschädigung auszuhandeln oder allenfalls weitere Modalitäten der Verwendung zu vereinbaren, soweit ihre Verhandlungsmacht dies zulässt.

Sind die Werke und Darbietungen aber einmal veröffentlicht, ist die Wiederverwendung sehr wohl Gegenstand gesetzlicher Regelungen. Diese bestehen darin, dass bestimmte Verwendungen gesetzlich erlaubt werden oder dass für bestimmte Verwendungen die Lizenzierung nur über eine Verwertungsgesellschaft möglich ist. Dabei kann diese gesetzliche Erlaubnis unentgeltlich erfolgen, wie beispielsweise beim Zitatrecht oder bei der Beanspruchung der Panoramafreiheit, oder sie ist an die Zahlung einer Vergütung gebunden, die in den EU-Richtlinien als «gerechter Ausgleich» bezeichnet wird. Das Urheberrecht ist, so gesehen, schon heute in erheblichem Masse das Recht der Wiederverwendung von FAIR works.

Die Entwicklung der vergangenen Jahre hat gezeigt, dass gerade diese Aufgabe des Urheberrechts zunehmende Bedeutung erhält. So sind viele Urheberrechtsgesetze durch zusätzliche Schrankenbestimmungen ergänzt worden, welche gesellschaftlich erwünschte Verwendungen von Werken und Darbietungen erlauben oder dafür gesetzliche Lizenzen erteilen. Beispielsweise sind auf dem Wege der Revision in das schweizerische URG Schrankenregelungen zur Nutzung verwaister Werke und Darbietungen, zur Herstellung von Werkexemplaren für Menschen mit Behinderungen, zur Ver-

127 Vorne 2.4.

128 HILTY (Fn. 35), Rz. 548.

wendung von Werken und Darbietungen zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung sowie zur Erstellung von Bestandesverzeichnissen durch Gedächtnisinstitutionen eingefügt worden. Die EU sieht den gleichen Zwecken dienende Regelungen in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 2001/29/EG und in den Art. 3 ff. der Richtlinie 2019/790/EU vor. Auf internationaler Ebene regelt zudem der Marrakesch-Vertrag von 2013 die Verwendung von Werken durch Personen mit visuellen Behinderungen.<sup>129</sup>

Gleichzeitig sind weitere Verwendungsformen der obligatorischen Kollektivverwertung unterstellt worden, und es ist die Möglichkeit zur Erteilung erweiterter Kollektivlizenzen geschaffen worden, was die Möglichkeiten kollektiver Rechteverwaltung erheblich erweitert.<sup>130</sup> Diese ist nicht mehr nur auf die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen Bereiche beschränkt, sondern kann durch entsprechende Vereinbarungen zwischen Nutzerinnen und Nutzern auf der einen Seite und Verwertungsgesellschaften auf der anderen in fast beliebigen Konstellationen angewandt werden. Die Erlangung von Nutzungsbewilligungen für grössere Bestände von Werken und Darbietungen ist dadurch deutlich einfacher geworden.

Viele dieser Neuregelungen sind gerade auch durch Werknutzungen im digitalen Umfeld veranlasst worden. Sie sollen ermöglichen, dass möglichst viele Werke und Darbietungen auffindbar, zugänglich, verknüpfbar und damit wiederverwendbar werden, ohne dass dies mit unverhältnismässigen Transaktionskosten verbunden ist.

### 3. Urheberrecht als Recht des Zugangs zu den Ergebnissen kreativer Arbeit

Die soeben erwähnten neuen Schrankenbestimmungen wie auch die Erweiterung der Kollektivverwertung haben aber auch noch ein zusätzliches Ziel: Sie sollen den Zugang der Allgemeinheit zu Werken und Darbietungen und damit deren Wahrnehmbarkeit erleichtern. Wie der Titel des Statute of Anne illustriert, hatte das Urheberrecht diese Aufgabe schon von seinen Anfängen im britischen Copyright an, indem es so ausgestaltet wurde, dass es dem «Encouragement of Learning» dienen sollte. Es erfüllt sie heute dadurch, dass es den Werkgenuss, also den Konsum von Werken und Darbietungen, freistellt und bestimmte vorbereitende Handlungen, insbesondere das Vervielfältigen und das Aufzeichnen auf Datenträger im privaten, schulischen und betrieblichen Bereich erlaubt.

Als Folge der Digitalisierung erfordert diese Funktion des Urheberrechts heute teilweise andere Vorkehrungen als noch im traditionellen Urheberrecht. Insbesondere muss die Möglichkeit des freien Werkgenusses sichergestellt werden. Das geschieht im schweizerischen URG beispielsweise dadurch, dass beim Schutz technischer Massnahmen die rechtliche Durchsetzbarkeit beschränkt wird: Dieser gilt nur für Massnahmen, welche die unerlaubte Verwendung geschützter Werke und Darbietungen verhindern sollen, und er kann zudem gegen erlaubte Nutzungen nicht durchgesetzt werden.<sup>131</sup> Diese von RETO M. HILTY als «right to hack» be-

zeichnete Gesetzesbestimmung<sup>132</sup> darf im Lichte der vorstehenden Ausführungen auch dahingehend interpretiert werden, dass sie eine Umgehung technischer Schutzmassnahmen für einen erlaubten Werkgenuss rechtfertigt.<sup>133</sup>

Auch die im vorhergehenden Abschnitt erwähnten neuen Schrankenbestimmungen zur Herstellung von Werkexemplaren für Menschen mit Behinderungen, zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung oder zur Gestaltung von Bestandesverzeichnissen in öffentlich zugänglichen Gedächtnisinstitutionen dienen neben ihren primären Zwecken indirekt auch dem Zugang der Allgemeinheit zu Werken und Darbietungen.<sup>134</sup> Sie tragen dazu bei, dass mehr Werke auffindbar, zugänglich, verknüpfbar und wiederverwendbar, also FAIR, werden.

### 4. Verwertungsgesellschaften als Vermittlungsinstitutionen

Als Vermittlerinnen zwischen den Interessen der kreativ Tätigen und den Nutzerinnen und Nutzern von Werken und Darbietungen haben sich die Verwertungsgesellschaften etabliert. Ursprünglich als Interessenvertretung freischaffender Autorinnen und Autoren konzipiert, hat sich ihre Funktion im Laufe der Zeit zumindest in der Schweiz schrittweise gewandelt. Sie sind zwar weiterhin die Treuhänderinnen aller Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber in ihrem Tätigkeitsbereich. Sie müssen aber ebenso dafür besorgt sein, öffentliche Informationsinteressen wahrzunehmen und die rechtmässige Nutzung von Werken und Darbietungen zu ermöglichen.<sup>135</sup>

Dabei kann und soll Ihre Tätigkeit die vorwiegend ökonomisch ausgerichteten Aktivitäten anderer Intermediäre zwischen kreativem Schaffen und der Nutzung von Werken und Darbietungen keineswegs überflüssig machen. Die Vermittlung und wirtschaftliche Verwertung der Ergebnisse kreativer Tätigkeit ist und bleibt das Geschäftsfeld der verschiedenen Sektoren der Kreativwirtschaft. Den Verwertungsgesellschaften kommt lediglich eine komplementäre Funktion zu: Sie haben sicherzustellen, dass Werke und Darbietungen trotz den Zwängen des globalisierten Marktes auffindbar, zugänglich, verknüpfbar und wiederverwendbar sind. Sie haben dafür zu sorgen, dass das Urheberrecht nicht einzig dem Zweck der Profitmaximierung dient, sondern auch öffentliche Interessen und die Interessen von Konsumentinnen und Konsumenten der Werke und Darbietungen berücksichtigt. Sie müssen dafür besorgt sein, dass Nutzerinnen und Nutzer auf einfachem Wege die von ihnen be-

129 Vertrag von Marrakesch vom 27. Juni 2013 über die Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen (SR 0.231.175).

130 Art. 43a URG (SR 231.1). Eine analoge, allerdings sehr viel restriktivere Regelung enthält Art. 12 Richtlinie 2019/790/EU.

131 Art. 39a Abs. 4 URG (SR 231.1). Vgl. dazu EGLOFF (Fn. 29), URG 39 a N 2 und 12; HILTY (Fn. 35), Rz. 101.

132 HILTY (Fn. 35), Rz. 877.

133 EGLOFF (Fn. 29), URG 39 a N 12.

134 Art. 24c, 24d und 24e URG (SR 231.1).

135 EGLOFF (Fn. 122), 132.

nötigten Rechte erwerben und die dafür festgesetzten Entschädigungen bezahlen können.

Aufgabe des Gesetzgebers ist es, diese politischen Ziele der Urheberrechtspolitik und die zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Instrumente vorzugeben. Dazu gehören die Verankerung von Urheberrechtsschranken ebenso wie die Festsetzung der Bereiche, in welchen eine kollektive Rechteverwertung zwingend vorgeschrieben wird. Die Umsetzung dieser Ziele sollte aber den Verwertungsgesellschaften überlassen werden. Nur so kann ein möglichst differenzierter, auf die Besonderheiten einzelner WerkGattungen und unterschiedlicher Verwertungsbereiche abstellender Ausgleich der Interessen von Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern einerseits und Nutzerinnen und Nutzern andererseits erzielt werden.

## Zusammenfassung

Das Urheberrecht hat sich aus einer sektoriellen Regelung der Kreativwirtschaft zu einer Regulierung der gesamten Infrastruktur der Digitalgesellschaft entwickelt. Ausgehend von einer wettbewerbsrechtlichen Regelung im angelsächsischen Copyright und von einer autorenbezogenen, auf der Anerkennung von Immaterialgütern beruhenden Regelung im europäischen Droit d'auteur ist es im Laufe der Zeit immer mehr zu einem Produzentenschutzrecht geworden. Diese Entwicklung wirkt sich in der digitalen Welt in erheblichen Dysfunktionalitäten aus.

Der Beitrag zeichnet diese Entwicklung nach und versucht, Eckpunkte eines besser auf die Anforderungen einer digitalen Welt ausgerichteten Urheberrechts zu entwickeln. Er knüpft an die informationswissenschaftliche Kategorie von Daten an, die unter dem Akronym FAIR data («FAIR» für findable, accessible, interoperable and re-usable) zusammengefasst wird. Er weist auf den Zusammenhang dieser gesellschaftlich erwünschten Eigenschaften von Daten mit der Zugänglichkeit und Wiederverwendbarkeit von Werken und Darbietungen hin und erörtert Folgerungen, die sich daraus für das Urheberrecht ergeben könnten.

Die Untersuchung führt zur Erkenntnis, dass das Urheberrecht in der digitalen Welt neu positioniert werden muss. Es sollte wieder vermehrt auf die ursprünglichen Funktionen fokussiert werden, zum «Encouragement of Learning» beizutragen und den «Progress of Science and useful Arts» zu fördern. Dabei kommt den Verwertungsgesellschaften als Vermittlerinnen zwischen Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern einerseits und Nutzerinnen und Nutzern andererseits, aber auch als Treuhänderinnen von Interessen der Allgemeinheit, eine Schlüsselrolle zu.

Zentrale Aufgabe der Verwertungsgesellschaften muss es dabei sein, dem Urheberrecht seine ursprünglichen Funktionen zurückzugeben, zum «Encouragement of Learning» beizutragen und den «Progress of Science and useful Arts» zu fördern. Sie sollen zwar Treuhänderinnen der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber bleiben, darüber hinaus aber auch Treuhänderinnen der Allgemeinheit sein, die, um nochmals die Begrifflichkeit von Art. 15 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu verwenden, zur Teilnahme am kulturellen Leben und zur Teilhabe an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung FAIR works benötigt: auffindbare, zugängliche, verknüpfbare und wiederverwendbare Werke und Darbietungen.

## Résumé

Le droit d'auteur, qui consistait en une réglementation sectorielle destinée à l'économie créative, a évolué pour devenir une régulation de l'infrastructure de la société numérique dans son ensemble. Partant d'une réglementation de droit de la concurrence dans le *copyright* anglo-saxon, et de dispositions liées à l'auteur et reposant sur la reconnaissance des biens immatériels dans le droit d'auteur européen, il n'a cessé de se transformer, au cours du temps, en un droit de protection des producteurs. Cette évolution a abouti à de sérieux dysfonctionnements dans le monde du numérique.

L'article retrace cette évolution et tente de dresser les grandes lignes d'un droit d'auteur mieux adapté aux exigences d'un monde numérique. Il se fonde sur la catégorie de données qui, dans le domaine des sciences de l'information, sont regroupées sous l'acronyme «FAIR» (faciles à trouver, accessibles, interoperables et réutilisables). Il souligne le lien entre les qualités de ces données, souhaitées par la société, et l'accessibilité et le caractère réutilisable des œuvres et prestations, puis se penche sur les conclusions qui pourraient en être tirées pour le droit d'auteur.

L'analyse mène au constat qu'il conviendrait de repositionner le droit d'auteur dans le monde numérique. Ce droit devrait se recentrer sur ses fonctions d'origine, qui sont de contribuer à l'encouragement de l'apprentissage («*encouragement of learning*») et de promouvoir le progrès de la science et des arts utiles («*progress of science and useful arts*»). Les sociétés de gestion assument un rôle clé à cet égard, en tant qu'intermédiaires entre les titulaires de droits, d'une part, et les utilisatrices et utilisateurs, d'autre part, mais également en tant que «fiduciaires» de l'intérêt général.